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 I

RELATORAS:

Dra. MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ

Dra. MARGARITA HERNANDEZ DE ALBARRACIN

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

PRIMERA PARTE

FUNCION CONSULTIVA

TITULO I

CAPITULO I

CREDITOS ADICIONALES

CREDITOS ADICIONALES.—

Corresponde al Consejo de Estado, en el caso de las consultas del artículo 212 de la Constitución Nacional, llevar a cabo la comprobación de la verosimilitud de los factores que le han permitido al Gobierno encontrar la necesidad de hacer un gasto imprescindible.

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

Consejero ponente: *Doctor Jorge Penen Deltieure.*

Radicación: Número C-064.

Referencia: Dictamen sobre proyecto de decreto por el cual se adiciona el presupuesto de rentas y recursos de capital y se abren unos créditos adicionales en el presupuesto de gastos de la Nación por valor de $ 168.339.4 millones.

Para el dictamen de que trata el artículo 212 de la Constitución Nacional, el señor Ministro de Hacienda trasladó al Consejo de Estado el expediente instruido al efecto. En consecuencia, la Sala Plena procede a dictaminar sobre la materia consultada, que se refiere a la adición del presupuesto de rentas y recursos (Ley 46 de 1987) y a la apertura de créditos adicionales, por valor de $ 168.339.427.155.15.

Además de las copias del proyecto de decreto, el expediente contiene la siguiente documentación:

Oficio remisorio; exposición de motivos; concepto del Consejo de Ministros sobre urgencia e imprescindibilidad del gasto; concepto del Jefe de Departamento Administrativo de Intendencias y Comisarías "DAINCO"; constancia de la Cámara de Representantes; certificación sobre apropiación del rubro "Sentencias a cargo de la Nación" (art. 177 del C. C. A.); certificados números 06, 08, 09, 12, 14, 15, 16, 17, 19, 20, 22 y 23 de la Contraloría General de la República, sobre disponibilidad; memorando del Departamento Nacional de Planeación sobre justificación económica del gasto; copias de los contratos de empréstitos "CONCORD" y "BIRF número 2889 - CO"; Ley 7ª de 1986 sobre autorización de endeudamiento externo y Decreto del Ministerio de Hacienda número 1552 de 1987 que autoriza la gestión de empréstitos externos; Resolución número 02269 de 1988 por la cual se refrenda el contrato del empréstito (Crédito Público) Concord; Decreto del Ministerio de Hacienda número 1355 de 1987, que autoriza la contratación de un empréstito externo; Decreto número 2443 del Ministerio

de Hacienda —23-12-87— que amplió el monto autorizado en el Decreto 1355 de 1987; copia del contrato del préstamo número 2889-CO (BIRF) para ajuste del sector eléctrico; concepto del CONPES favorable a la ampliación del crédito externo para programa de ajuste del sector eléctrico; concepto del Departamento Nacional de Planeación destinado al CONPES sobre modificación del crédito externo para el sector eléctrico; certificado de la Auditoría General ante el Ministerio de Gobierno sobre existencia y disponibilidad de una partida para gastos; Resolución número 0595 de marzo 23 de 1988 declarando un sobrante en su presupuesto de gastos; comunicaciones de los Ministros y Jefes de los organismos oficiales en los cuales solicitan se adicionen sus respectivos presupuestos.

Por petición del Consejero a quien le correspondió inicialmente la elaboración de la ponencia, provenientes del Ministerio de Hacienda llegaron estos documentos:

Certificación sobre monto total de las apropiaciones fijadas en la Ley 46 de 1987, sobre la cuantía del 25% correspondiente al saldo actualmente disponible sobre dicho porcentaje; justificación de la "urgencia e imprescindibilidad" de los gastos que motivan la consulta del Gobierno; oficio del Director General del Presupuesto en el cual se corrige un error numérico.

El día 15 de los corrientes, el señor Ministro de Hacienda envió datos y documentos ordenados por auto fechado el 8 del mismo mes en atención a lo acordado por la Sala en algunas de las sesiones que tuvieron lugar para debatir sobre la materia consultada. Es así como remitió certificación del Director General de crédito sobre depósito de la suma de US$ 466.000.000.00 a buena cuenta de mayor suma correspondiente al crédito Concord; certificado de la Contraloría General de la República sobre disponibilidad de $ 26.045.878.492.27, útiles para la apertura de créditos adicionales; oficio del Jefe de la unidad de inversiones públicas del Departamento Nacional de Planeación, remisorio de: Documento de CONPES sobre modificación al crédito externo que contratará el Gobierno Nacional con la banca multilateral para el programa de ajuste del sector eléctrico, programa macroeconómico 1988 aprobado por el CONPES el 15 de marzo de 1988 e información complementaria correspondiente a las finanzas del sector público 1987 - 1989 y modificaciones (otrosí) al contrato entre el Gobierno nacional y el Banco de la República sobre administración del fondo (Fodex); resoluciones de la Junta Monetaria que conceden autorización al mencionado Banco para emitir y colocar ciertos títulos, y sobre medidas dictadas en relación con préstamos y garantías; relación de entidades deudoras al fondo (Fodex); certificación del Director General del presupuesto sobre inclusión en el proyecto de decreto de adiciones de partidas para pago de *prima de servicios* a empleados del Congreso Nacional, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 55 de 1987, cuya fotocopia acompañó.

Analizado el expediente, para dictaminar se considera:

La apertura de créditos adicionales está sometida a formalidades constitucionales y legales, así:

1. Constitucionales.

Del texto del artículo 212 de la Constitución Nacional, base para la consulta del Gobierno al Consejo de Estado, se aprecia que son cinco los requisitos de orden supralegal indispensables para efectos de la apertura de un crédito suplemental o extraordinario, a saber:

1.1. "...necesidad de hacer un gasto imprescindible a juicio del Gobierno, ..."

1.2. Que las Cámaras estén en receso.

1.3. Que no haya partida votada o habiéndola, ésta sea insuficiente.

1.4. La existencia de un expediente instruido por el Consejo de Ministros.

1.5. Dictamen previo del Consejo de Estado en sentido favorable.

2. Legales.

El artículo 213 de la Constitución Nacional dispone que para la apertura de créditos suplementarios y extraordinarios de que trata el artículo 212 de la misma Carta, el Poder Ejecutivo se someterá a las condiciones y los trámites que la ley establezca. Para el caso tales condiciones y trámites están consagrados en el Decreto extraordinario 294 de 1973 o Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación en sus artículos 98 a 117 correspondientes al acápite c) del Capítulo X, referente a la ejecución del presupuesto, y Decreto 1529 de 1978 reglamentario del anterior. En términos generales esas formalidades legales son:

2.1. Que exista la aprobación del Consejo de Ministros (art. 99).

2.2. Relación de los créditos con copias certificadas de los documentos que los autoricen.

2.3. Los créditos abiertos no podrán exceder en cada año fiscal del 25% del monto total de la ley de apropiaciones aprobada inicialmente por el Congreso para el respectivo año.

2.4. Para salvaguarda del equilibrio presupuestal el crédito adicional se basará en alguno de los hechos certificados por el Contralor General de la República, enumerados en el artículo 101.

2.5. En el decreto de apertura de créditos adicionales deberá estar precisado con claridad el recurso base para su apertura.

2.6. Toda solicitud de apertura de créditos adicionales será sometida por el respectivo Ministro o Jefe de Departamento Administrativo a la consideración del Ministro de Hacienda por conducto del Director General del presupuesto y con concepto previo del Departamento Nacional de Planeación en caso de gastos de inversión. El Ministro de Hacienda informará sobre la solicitud al Presidente de la República para que decida "si hay necesidad imprescindible del gasto a juicio del Gobierno".

2.7. Aprobada la conveniencia del crédito por el Gobierno, se obtendrá del Contralor General de la República la certificación de disponibilidad que ampare la apertura.

2.8. De acuerdo con el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, deberá existir partida apropiada en el presupuesto para la efectividad de condenas contra entidades públicas.

Los requisitos de orden constitucional descritos en los puntos 1.2., 1.3., 1.4. están dados. En efecto: Aunque no exista documento alguno incorporado al expediente que demuestre que las Cámaras están en receso, se trata de un hecho notorio, de público conocimiento, que conforme a los artículos 267 del Código Contencioso Administrativo, y 177 del Código de Procedimiento Civil, no requiere prueba. Es también evidente que el presupuesto nacional de gastos y apropiaciones (Ley 46 de 1987) nació deficitario, lo que también es un hecho notorio, pero que en estas diligencias está ampliamente demostrado con los datos comparativos existentes en los documentos que conforman el cuaderno número 4 del expediente, que son las peticiones de adición presupuestal elevadas al Ministerio de Hacienda por los respectivos Ministros y Jefes de organismos oficiales, y en los documentos anexos a los mismos, en los que están relacionadas con sus correspondientes artículos y valores las necesidades que para la ejecución del gasto son consideradas necesarias en cada sector de la administración pública, tanto en materia de gastos de funcionamiento como de inversión. En los cuadros anexos aparecen los datos sobre la apropiación en la ley de presupuesto nacional y el faltante que en cada caso particular motiva la petición de adición presupuestal.

Por lo que hace al requisito de orden constitucional 1.1., sobre la necesidad de hacer un gasto imprescindible a juicio del Gobierno, su análisis se hará al concluir el que a continuación se expone respecto de los requisitos de orden legal, así:

En el cuaderno número 2 del expediente aparece constancia de la Comisión Cuarta de la Cámara de Representantes, según la cual en las sesiones ordinarias de discusión y aprobación del presupuesto nacional de la vigencia fiscal de 1988, no se negaron créditos por valor de $ 168.339.427.155.15 financiados con recursos ordinarios y créditos CONCORD y BIRF 2889-CO ni contracréditos y créditos adicionales por valor de $ 10.000.000.00 financiados con recursos ordinarios, los cuales se asignan y distribuyen en la forma y cuantías relacionadas en el proyecto de decreto de adiciones al presupuesto del año en curso. Esta constancia fue expedida por petición del Ministerio de Hacienda (fl. 1); también aparece el concepto favorable dado por el Jefe del Departamento Administrativo de Intendencias y Comisarías DAINCO sobre los créditos adicionales que por valor de $ 3.786.734.000.00 se incluyen en el crédito adicional para territorios nacionales con destino a proyectos de inversión programados para 1988 (fl. 2); constancia del secretario del Consejo de Ministros de que en la sesión de 26 de abril del año en curso se aprobaron los rubros contenidos en el proyecto de adición presupuestal por $ 168.339.4 millones, por tratarse de gastos imprescindibles y de carácter urgente (fl. 3); certificación del Subdirector de ejecución presupuestal sobre existencia de partida para el gasto correspondiente al rubro "Sentencias a cargo de la

Nación" en el presupuesto vigente, con anotación de que debe incrementarse en un 62% (fls. 4 y 5); certificados de disponibilidad números 06, 08, 09, 12, 14, 15, 16, 17, 19, 20, 22 (fls. 6, 7, 8, 11, 17, 18, 19, 22, 23, 24, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 38, 39 y 40 del cuaderno número 2) y certificado número 23 incorporado al cuaderno número 3 por medio de los cuales la Contraloría General de la República certifica la existencia de recursos fiscales no incorporados al presupuesto nacional, provenientes de cancelación de reservas, sobrantes de apropiaciones, cancelación de la reserva de la vigencia fiscal de 1986 y del desembolso parcial de empréstitos externos, por un valor de $ 210.520.342.154.11; concepto favorable del Departamento Nacional de Planeación sobre adiciones al presupuesto de ingresos "del sector central" y al presupuesto de gastos de inversión de los Ministerios de Defensa, Hacienda y Agricultura (fls. 26 a 29); concepto favorable del Departamento Nacional de Planeación a la adición presupuestal para el sector Gobierno central y gastos de inversión del mismo Departamento, a folios 51 a 96 del cuaderno número 2 aparece el concepto del Departamento Nacional de Planeación que contiene la "justificación económica" de la apertura de créditos adicionales para el presupuesto de inversión; en los cuadernos números 2 y 3 del expediente aparecen los contratos de préstamo integrado de 1988 Concord, autorizado por la Ley 7ª de 1986 y decretos ejecutivos que permiten su gestión. También el contrato BIRF 2889-CO y la Resolución 2269 del año en curso por la cual la Contraloría General de la República refrenda el contrato de crédito público Concord; en el cuaderno número 3 está la constancia de que el Consejo Nacional de Política Económica y Social CONPES, en su sesión de 3 de diciembre de 1987, conceptuó favorablemente sobre la ampliación del monto del crédito externo con destino al programa de ajuste del sector eléctrico que deberá ser utilizado para cubrir el faltante financiero de las empresas de dicho sector, en forma de aportes del presupuesto nacional y del crédito interno; en el mismo cuaderno aparece la Resolución 0595 de marzo de 1988 por la cual el Ministro de Gobierno declara como sobrante un saldo de apropiación en el presupuesto del Ministerio a su cargo, por valor de $ 10.000.000.00. También está el certificado de disponibilidad número 3 del Auditor General ante dicho Ministerio sobre la disponibilidad de esa suma. En el mismo cuaderno obra la documentación con la cual el Ministro de Gobierno, el Jefe de Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, y el Ministro de Justicia piden adiciones presupuestales. Además, el cuaderno número 4 contiene las solicitudes de Ministros y Jefes de organismos nacionales destinados al Director General de presupuesto, en los que piden la adición presupuestal. Acompañan la documentación necesaria para satisfacer la exigencia de que trata el artículo 106 del Decreto 294 de 1973; en los certificados de disponibilidad provenientes de la Contraloría General se certifica también el monto del 25% de que trata el artículo 100 del mismo decreto e igualmente al folio 18 del cuaderno número 1 el Subdirector de ejecución presupuestal certifica al respecto.

El estudio de los documentos tan prolijamente descritos permite concluir que los requisitos y formalidades contemplados en el Decreto extraordinario 294 de 1973 y sus decretos reglamentarios, se cumplen en este caso, por lo que por ese aspecto y en ejercicio del control de legalidad el Consejo de Estado puede dictaminar favorablemente la

consulta del Gobierno. Como tan sólo falta examinar el requisito constitucional consistente en la *"necesidad e imprescindibilidad"* del gasto, a ello se procede en los siguientes términos:

En el Consejo de Estado se ha debatido en distintas oportunidades lo relacionado con la clase de control que la corporación debe ejercer en el caso de la consulta que se le hace conforme al artículo 212 de la Carta. Las dos posiciones que se han debatido son: La que considera que para dictaminar, el Consejo de Estado debe limitarse al ejercicio del control jurídico del asunto, es decir al de los aspectos supralegales y legales que deben presidir la apertura de créditos adicionales, suplementales o extraordinarios; y aquélla que, además del control jurídico, le permite al Consejo penetrar en el aspecto de orden político general.

Sin perjuicio de la atribución discrecional que presupone la expresión "a juicio del Gobierno" que emplea el artículo 212 de la Carta, la Sala hace las siguientes precisiones: Sobre esta materia existen varias decisiones y salvamentos de voto, cuya transcripción no se hace en aras de la brevedad. Por esta razón, tan sólo se transcriben apartes del dictamen del Consejo de Estado de fecha 27 de junio de 1986, con ponencia del ilustre Consejero Carlos Betancur Jaramillo, dictamen relacionado con la consulta de adición presupuestal formulada por el Gobierno cuando ya expiraba el anterior mandato presidencial. Se dijo en aquélla oportunidad:

> "De estos supuestos, los dos últimos son objetivos y de fácil constatación. En cambio el primero, que toca con la necesidad del gasto y su imprescindibilidad, es, en cierto sentido, ejercicio de la potestad discrecional del Gobierno. Pero no significa esto que las razones que lo mueven a pedir el concepto no tengan que ser adecuadas a los fines que pretende lograr y proporcionales a los hechos que le sirven de causa. En estos extremos, estima la Sala, ese control de mérito sí puede ser evaluado por la corporación al emitir su concepto. Esta idea fue la que *movió al suscrito ponente* a pedirle al Gobierno que precisara el aspecto de la urgencia del gasto y su imprescindibilidad, ya que en la exposición de motivos inicial se hacía la afirmación gratuita (sin fundamentación) de que era imprescindible, según la calificación escueta dada por el Consejo de Ministros (Ver Oficio SCM 1271 de 9 de mayo de 1986, a fl. 61)".

Y refiriéndose a la urgencia del gasto aparecen en la misma providencia los siguientes conceptos, que se transcriben a pesar de que ellos aluden a una situación fáctica diferente:

> "...alegar como razón justificativa la ejecución de obras que con una buena administración debieron llevarse a cabo hace varios lustros y que corresponden a las urgencias comunes de la colectividad, no tiene presentación. No entiende la Sala por qué ahora el gasto que demanda, por ejemplo, la construcción de una escuela veredal, la compra de un edificio para una dependencia estatal, el pago de viáticos o gastos de viaje de funcionarios públicos, la investigación agropecuaria, el préstamo a una empresa minera, la dotación y remodelación de centros hospita-

larios, la capacitación y desarrollo social campesinos, el control y supervisión de insumos pecuarios, la asistencia agrícola en regiones apartadas del país, la administración de los bosques nacionales, la administración de plantaciones forestales, el inventario nacional de la infraestructura física hospitalaria, el alcantarillado en municipios lejanos, ..., se haya vuelto de una urgencia excepcional, imprescindible e inaplazable, cuando corresponde a obra o cometido que estaba en espera de ejecución desde mucho tiempo atrás. No, no es esa la urgencia que contempla la norma constitucional. Las necesidades comunes, por queridas que sean, deben tener su trato y cabida en el presupuesto ordinario. Esa debe ser la política de los Gobiernos. El presupuesto no revela otra cosa. Y a la hora de nona lo que la administración ha dejado de hacer no puede calificarse como excepcional para someterlo a un trato *ídem*. El Gobierno y el Congreso tienen que tomar conciencia de esto, para evitar que un procedimiento de excepción como lo es el de los créditos adicionales, sirva de pretexto para llenar vacíos dejados por una mal elaborada ley de presupuesto".

La Sala entiende que del contexto de la normatividad constitucional, observado con sujeción al principio de la interpretación restrictiva cuando de la ley de leyes se trata, el principio de la separación de las funciones de las ramas del Poder Público, levanta un muro que acota el ejercicio de esas funciones de manera precisa, sin perjuicio de la colaboración armónica que predica la Constitución entre Congreso, Gobierno y Jueces para la realización de los fines del Estado, de manera que el sistema democrático sea una realidad. Es así como en materia *"de la Hacienda"*, Título XIX de la Constitución Nacional, corresponde al Congreso determinar el orden y modo de satisfacer las obligaciones de la deuda pública y los gastos del servicio público nacional, de manera que no podrá hacerse ningún gasto que no haya sido decretado por el mismo Congreso, o por las Asambleas Departamentales o los Concejos Municipales (arts. 203 y 207 de la C. N.) y le compete también al Congreso de acuerdo con la atribución 4ª del artículo 76 de la Constitución, "fijar 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 a continuarse, con la determinación de los recursos e inversiones que se autoricen para su ejecución y de las medidas necesarias para impulsar el cumplimiento de los mismos; así como aprobar o improbar los contratos o convenios que celebre el Presdente de la República, en los cuales tenga interés la Nación, cuando algunas de sus estipulaciones no estuvieren ajustadas a la respectiva ley de autorizaciones (art. 76, atribuciones décimosexta y vigésimosegunda); y dictar las normas generales para que el Gobierno organice el crédito público, reconozca la deuda nacional y arregle su servicio, regule el cambio internacional, etc. Al mismo Congreso le es vedado '...inmiscuirse por medio de resoluciones o de leyes en asuntos que son de la privativa competencia de otros poderes', así como 'dar votos de aplauso o censura respecto de actos oficiales' (art. 78, numerales 2º y 3º)".

A su vez, al Presidente de la República, corresponde en ésta misma materia de las finanzas públicas y en el mismo orden de ideas, pre-

sentar al Congreso los planes y programas a que se refieren el ordinal 4º del artículo 76 citado, y al comienzo de cada legislatura dar un informe detallado del curso de *la ejecución* de esos planes y programas (art. 118, numerales 3º y 4º, C. N.); organizar el crédito público, reconocer la deuda nacional y arreglar su servicio, regular el cambio internacional, etc. (art. 120, numeral 22, C. N.); cuidar de la exacta recaudación de las rentas y caudales públicos y *decretar su inversión con arreglo a las leyes.*

Por su parte el Consejo de Estado, además de las funciones que le competen como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, tiene la de "actuar como cuerpo consultivo del Gobierno en asuntos de la administración". En este sentido el artículo 141 de la Carta Política le asigna expresamente a la Corporación la función de emitir concepto previo en los casos a que se refieren los artículos 5º, 28, 120 numeral 10, 121 y 122, y emitir dictamen en el caso del artículo 212 sobre créditos adicionales.

Por consiguiente, debe entenderse como propia del Gobierno la facultad de calificar "...la necesidad de hacer un gasto imprescindible..." de que trata el artículo 212 de la Constitución Nacional. La expresión *"a juicio"*, utilizada por el constituyente, no puede significar cosa distinta a la posibilidad de discernir, medir, sopesar, calcular, comparar, cotejar el conjunto de circunstancias que influyen en el manejo de las finanzas del Estado. Por esta razón, en la ejecución del presupuesto nacional, y en función del desarrollo de las actividades de las autoridades gubernamentales y el estado del orden público, puede determinar cuándo y cómo se hacen necesarias e imprescindibles medidas tales como la apertura de créditos adicionales, ya sean suplementales o extraordinarios, sobre cuya viabilidad jurídico-legal debe dictaminar el Consejo de Estado.

Sin embargo y como posición conciliatoria entre las tesis expuestas en torno al "juicio del Gobierno" sobre la necesidad e imprescindibilidad del gasto, puede aceptarse que corresponde al Consejo de Estado, en el caso de las consultas del artículo 212 de la Constitución Nacional, llevar a cabo la comprobación de la verosimilitud de los factores que le han permitido al Gobierno encontrar a su juicio la necesidad de hacer un gasto imprescindible. Esta es la fórmula que, a criterio de la Sala, acerca las tesis analizadas.

Sobre esta posición se procede a examinar esa verosimilitud respecto de los factores aducidos por el Ministro de Hacienda en su exposición de motivos al proyecto de decreto de adición presupuestal estudiado, y en la ampliación que por solicitud del conductor inicial del asunto hizo llegar al Consejo en su oportunidad el mismo funcionario.

Al respecto se tiene que con relación a la adición al presupuesto de funcionamiento, informa el Ministro:

> "Conocen muy bien la opinión pública y el honorable Consejo de Estado cómo durante la vigencia fiscal de 1987 se presentaron grandes perturbaciones porque el presupuesto nacional no contaba con las apropiaciones adicionales que permitieran pagar a los servidores del Estado en los diferentes organismos de la Admi-

nistración las remuneraciones a que tienen derecho. Concretamente, en los meses de noviembre y diciembre de 1987 se vivieron complejas situaciones de orden laboral por no existir los créditos adicionales necesarios para atender estos gastos imprescindibles. El Gobierno, consciente de su responsabilidad en el manejo de estas obligaciones, propone en el expediente de adiciones presupuestales que se complemente la ley de apropiaciones de 1988 con los créditos propuestos superiores a $ 13.000 millones los cuales permiten reducir el monto total de faltantes que se tienen en el presupuesto de funcionamiento, originado en el incremento salarial decretado en el mes de enero para todos los servidores del Estado, incremento que no podía quedar contemplado en el presupuesto expedido por el honorable Congreso Nacional. A continuación se presenta el cuadro que determina el total del presupuesto de funcionamiento requerido para 1988, donde puede apreciarse cómo a pesar de las adiciones que se han propuesto para esta vigencia a través del Consejo de Estado, subsiste un importante faltante que necesariamente deberá cubrirse cuando el Gobierno nacional disponga de los recursos fiscales correspondientes".

Y más adelante (fl. 24, cuaderno número 1) el Ministro agrega:

"Sin embargo, es necesario resaltar que ante el estado actual de inseguridad por el que atraviesa el país se han autorizado apoyos especiales de gastos de funcionamiento para los sectores de justicia y defensa y seguridad nacional, los cuales incrementan el faltante por adicionar para gastos de funcionamiento. Estas autorizaciones de mayor gasto se han otorgado conscientes de que la responsabilidad del Poder Ejecutivo en esta materia determina necesariamente la adopción de medidas que permitan volver a la Nación por los cauces de la normalidad. En desarrollo de este objetivo, para el sector judicial se han creado en los últimos meses cargos y plazas de vital importancia, cuyos costos deben presupuestarse, así: 146 cargos en la Dirección de Carrera Judicial, 2939 en la Policía Judicial, 630 para los Juzgados de orden público, así como otros empleos previstos para Tribunal Superior de Orden Público ... En el sector defensa y seguridad se han presentado costos especiales correspondientes a bonificaciones para los servicios de escoltas y a gastos adicionales para el mantenimiento de contingentes de soldados antiguos, a los cuales se les ha ampliado un semestre su estadía en las Fuerzas Militares con el propósito de hacer frente a la ola de violencia en el territorio nacional".

Examinado el cuadro *"presupuesto nacional - 1988 - gastos de funcionamiento - faltantes por adicionar y fuentes esperadas de recursos"*, fácilmente se aprecia que el presupuesto de funcionamiento, al cual le impartió su aprobación el Congreso Nacional al expedir la Ley 46 de 1987 asciende a la cantidad de $ 1.049.245.0 millones y que los cálculos previstos por las autoridades del ramo para cubrir los gastos de funcionamiento hasta el 31 de diciembre del año en curso, fecha de fenecimiento o expiración del actual presupuesto nacional, se

elevan a la suma de $ 1.198.331.0 millones, lo que indica un faltante de $ 149.086.0 millones. Pero resulta obvio que esta situación deficitaria que presenta el presupuesto de funcionamiento en vigencia y ejecución, no se le puede imputar toda al mal manejo por parte del Gobierno, pues ciertamente una ley posterior a la expedición de la Ley 46 de 1987, reajustó el nivel de los sueldos de los servidores públicos con base en datos estadísticos provenientes del DANE, datos que, por otra parte, se completaron al vencimiento del año fiscal anterior, dando origen al mayor valor de los gastos y haciendo necesaria la erogación e imprescindible el pago de los reajustes salariales.

Tampoco es un secreto que la situación de orden público se ha venido deteriorando en los últimos años hasta llegar a los límites increíbles pero reales que hoy se aprecian. Los asesinatos, los secuestros, los ataques a los cuarteles de la fuerza pública, los constantes enfrentamientos entre unidades de las Fuerzas Armadas con los grupos subversivos, las marchas campesinas, algunas veces organizadas por los mismos movimientos subversivos, que encuentran terreno abonado en sectores de la población urbana y rural, hacen necesarios e imprescindibles para la conservación del orden público los gastos que para este rubro contempla el proyecto del decreto de adición al presupuesto de funcionamiento sometido por el Gobierno a consulta del Consejo de Estado.

Es también cierto que para contrarrestar el deterioro del orden público en la parte que a la Rama Jurisdiccional le corresponde, nuevas leyes y decretos han creado corporaciones, juzgados, y dependencias. Así, el Tribunal Superior de Orden Público, juzgados especiales, Sección Quinta del Consejo de Estado con todo su personal y dotaciones. Se trata de un gasto sobreviniente de una situación no conocida cuando se expidió el presupuesto para el año fiscal de 1988. Y, desde luego, es necesario decirlo aquí, por tratarse de una oportunidad en la que se debaten aspectos atinentes a la ejecución del presupuesto de gastos en relación con la Rama Jurisdiccional, la hermana olvidada de las otras ramas del Poder Público, a la cual desde que se tiene memoria se le ha venido considerando como de peor familia. Mejoró en algo su condición en la segunda mitad de la década de los años sesenta, cuando se logró la reposición de equipos de oficina y en algo también se mejoró el *status* de los funcionarios y empleados con la expedición del Decreto 546 de 1971. Sin embargo, subsiste un paulatino desmejoramiento en las partidas asignadas al funcionamiento y a la inversión en cuanto a la Rama Jurisdiccional se refiere. Según datos de la Contraloría General de la República, los porcentajes asignados a la Rama revelan las siguientes cifras: En 1985, 3.03%; en 1986, 2.5%; en 1987, 1.9%, y en 1988 2.7%. Todo esto demuestra que los porcentajes señalados están muy por debajo del 10% que le asignó la frustrada reforma constitucional de 1979.

Por lo demás las trabas administrativas demoran más allá de lo normal el trámite de las cuentas por concepto del pago de servicios, de viáticos, etc., elevándose a sumas crecidas las obligaciones que pasan al capítulo de "vigencias expiradas".

Los medios de comunicación en general, desde hace muchos años vienen dando testimonio de las condiciones no ya inapropiadas sino vergonzosas en las que se ven obligados a laborar los servidores de la Rama Jurisdiccional. Lo inadecuado de algunas de las edificaciones destinadas al servicio de oficinas y el lamentable estado de deterioro físico al que por la incuria se ha permitido lleguen, son circunstancias que en muy alto porcentaje han contribuido a desmejorar la imagen de la administración de justicia, a la cual se le ha nivelado siempre por lo bajo, como se demuestra con la localización de oficinas en cercanías a plazas de mercado, terminales de transporte, zonas de tolerancia y barrios mal habitados. El lugar que en el contexto de la administración pública le corresponde a la justicia depende en gran medida del tratamiento que le den en el presupuesto nacional las otras ramas del Poder Público. Por todo esto es de esperar que se adopten políticas y se elaboren programas con la meta de elevar el nivel de la Rama Jurisdiccional hasta colocarla en un plano que modifique sustancialmente la idea que de ella ha prosperado en la mente del común de los colombianos.

Lo dicho es suficiente para dar por verdaderos los factores que sustentan la necesidad y la imprescindibilidad del gasto. En consecuencia se dictaminará favorablemente a la apertura del crédito adicional proyectado por el Gobierno para gastos de funcionamiento.

En lo tocante a la adición presupuestal para el gasto de inversión, cabe anotar que el profesor Abel Cruz Santos, reconocida autoridad en asuntos de Hacienda Pública opinaba en materia de créditos adicionales lo siguiente:

> "Más si los créditos adicionales no pueden suprimirse en lo absoluto deben sí esforzarse los legisladores y el Gobierno por limitarlos hasta donde sea posible, pues tales créditos rompen la unidad del presupuesto y les quitan todo valor a los cálculos en él contenidos. La Ley de Hacienda no expresa entonces la verdadera situación fiscal, pues fuera de ella hay una masa considerable de erogaciones, que hacen ficticio el presupuesto financiero. El medio más eficaz de disminuir estos créditos consiste en calcular los gastos públicos con toda sinceridad y con la mayor exactitud posible, abandonando el sistema de las falsas economías, encaminadas a presentar presupuestos aparentemente equilibrados, mediante la reducción de gastos imprescindibles. Debido a esto en los países de correcta organización fiscal van disminuyendo día por día las cifras de los créditos adicionales".
>
> "...los créditos adicionales, al romper la unidad del presupuesto favorecen la progresión de los gastos. Y, con frecuencia, le abren sigilosamente la puerta a ciertas erogaciones que, llegado el caso, no tendrían tal vez el asentimiento de las cámaras legislativas. La discusión de créditos adicionales no tiene la trascendencia de la del presupuesto. De ahí que muchos ordenadores se reserven, para incluir en ellos, partida de dudosa importancia, que pasan así poco menos que inadvertidos. Aceptada, como mal inevitable la exigencia de los créditos adicionales, los sistemas fiscales de todos los países han terminado por resignarse a ellos, limitándose a procurar restringirlos lo más posible".

Esta opinión del profesor Cruz Santos ha sido reiterada hasta nuestros días por los estudiosos de las finanzas públicas, y quienes afirman que los presupuestos de las naciones nacen deficitarios todos los años, arrastrando el peso muerto de la situación deficitaria anterior. Colombia no es la excepción y año trás año nuestro déficit fiscal crece hasta llegar a sumas astronómicas. El hecho concreto de que en estos momentos el Gobierno busque adicionar el presupuesto nacional en la suma de $ 168.339.427.155.15, valiéndose en parte de recursos provenientes de empréstitos externos (préstamo Concord), confirma hasta la saciedad este aserto.

La cuantía del reajuste presupuestal que se pretende y buena parte de los rubros reajustados, darían pie para suponer que lo que se quiere es la expedición de un presupuesto nuevo, no adicional al ya existente. Pero bien vistas las cosas, y sobre la base de que la competencia del Consejo de Estado para dictaminar por razón de lo dispuesto en el artículo 212 de la Constitución Nacional, además del control legal, implica la comprobación de que aquello que parece verdadero en la exposición de motivos y en el expediente instruido por el Gobierno es realidad y puede creerse verosímil, como corolario se hace necesario aceptar que en materia de gastos el presupuesto de la actual vigencia quedó corto frente a las necesidades de los programas de atención a los sectores de salud, administración de justicia, construcción de vivienda, y los que de manera especial buscan la erradicación de la llamada "pobreza absoluta", así como de aquellos que buscan eliminar los factores de perturbación del orden público, cuyo deterioro paulatino es innegable.

Es cierto, como se ha reiterado en esta Sala, que el Fondo de por el que pasan cuantiosas sumas de los recursos públicos, afectando incluso la política monetaria del país, para atender la deuda de una Monedas Extranjeras (FODEX) se ha convertido en un "saco roto" serie de empresas del llamado "Sector Eléctrico".

En el programa macroeconómico para 1988, capítulo destinado al análisis del "Sector Público", que forma parte del cuaderno número 2 del expediente, folios 49 a 256, en relación con la situación del FODEX y las empresas del Sector Eléctrico, se dice:

> "En primer lugar, es necesario financiar US$ 450 millones al FODEX, de los cuales US$ 320 millones corresponden a la deuda del Sector Eléctrico al terminar 1987. Hasta la fecha las fuentes de financiación de tales recursos han provenido de Ecopetrol y de excedentes cafeteros afectando en parte la política monetaria. Para 1988 de acuerdo con estudios preliminares, es previsible que el FODEX se puede financiar con recursos del sector cafetero y Telecom por US$ 200 millones; además se requiere que ECOPETROL aumente, en términos netos, sus depósitos en el Fondo por una suma no inferior a US$ 70 millones, para finalizar ese año con un saldo en depósito por cerca de US$ 150 millones. ... Para 1989 se prevé un faltante de US$ 492.6 millones y para 1990 uno de US$ 461 millones para un total de US$ 953.6 millones (cuadro número 2). Con los desembolsos previstos del crédito sectorial por US$ 714.5 millones, el faltante se reduce a US$ 239.1 millones. No obstante, a esa cifra debe agregarse el saldo de la deuda con

el FODEX a diciembre de 1988 (US$ 320 millones). ...Bajo estas circunstancias, el sector presenta, entre 1989 y 1990, un faltante adicional al previsto originalmente de US$ 559.1 millones, para el cual no existe una fuente de financiamiento identificada. Estos nuevos requerimientos desbordan el programa financiero previsto en el Plan de Desarrollo y, en consecuencia, compiten con el financiamiento de los programas allí contenidos ...Lo anterior señala la necesidad de replantear las metas de generación de ingresos, el programa de inversiones del sector eléctrico y la asignación de recursos del crédito interno, de forma tal que el sector se ajuste a las posibilidades reales de financiación del país. Por lo tanto los requerimientos adicionales a los desembolsos de crédito sectorial deberán ser cubiertos por medidas al interior del sector eléctrico. En este sentido debe quedar claro que el Gobierno nacional no canalizará, bajo ninguna circunstancia, recursos adicionales del presupuesto nacional, de crédito externo o interno a través del FODEX a empresas eléctricas".

Y en el capítulo de *"conclusiones y recomendaciones"* y a manera de recomendación para la política a seguir a partir de 1988, se lee lo siguiente:

"Con el fin de evitar un mayor deterioro de la situación financiera del sector se recomienda al CONPES impartir su aprobación a la operación que proyecta celebrar el Gobierno nacional, en el sentido de ampliar la contratación de crédito con la Banca Multilateral en la suma de US$ 150 millones. Así mismo, autorizar la monetización que de estos recursos sea requerida. Los recursos provenientes de éste crédito serán utilizados fundamentalmente para cubrir el servicio de la deuda de las empresas, así: 1. Aportes del presupuesto nacional a ICEL por US$ 72 millones; a CORELCA por US$ 11 millones y a BETANIA por US$ 73 millones para un total de US$ 156 millones. 2. Créditos del Gobierno a CVC por US$ 89 millones; a ICEL por US$ 24 millones; a CORELCA por US$ 23 millones y a EPM por US$ 9 millones, para un total de US$ 144 millones. A su vez, US$ 69.7 millones de estos recursos serán canalizados como aporte de las empresas al proyecto Guavio".

Ahora bien. Los recursos con los que opera el FODEX, de acuerdo con la cláusula segunda del contrato de administración suscrito entre el Banco de la República y el Gobierno el 29 de mayo de 1986, y sus varias modificaciones, son: Los que aporta el Gobierno nacional al FONDO en el Presupuesto Nacional y los que aporta el Banco de la República "originados en la intermediación financiera para captación de recursos de crédito directo o mediante colocación de bonos que autorice la Junta Monetaria". Y ésta, además, mediante las Resoluciones 63 de 1986 y 31 de 1988, autorizó al Banco de la República para emitir y colocar Títulos de Regulación del Excedente Cafetero "TREC".

Es de esperar, pues, que a partir de 1988 no se canalicen más dineros del Erario Público a través del Fondo, como lo sugiere Planeación Nacional en el Programa Macroeconómico (fls. 200 y 202 del

cuaderno número 2), y se le dé a la situación financiera del FODEX una solución para que no se comprometan en adelante los recursos del presupuesto para refinanciarlo.

De grave para la economía del país debe calificarse la situación de desfase financiero que significa el hecho de que al FODEX le adeuden la cantidad de US$ 480.542.704.01 las empresas nacionales, departamentales y municipales que aparecen relacionadas en el cuadro que constituye el folio 222 del cuaderno número 2 del expediente, pero no hay razón para que por el manejo dado al funcionamiento de éste, la actividad de la administración pública y todos los programas encaminados a mejorar la condición social de los colombianos se paralicen, que es lo que ocurriría si se niega la adición que el Gobierno ha proyectado. Resultaría más peligroso el remedio que la enfermedad, porque un cese de actividades que de acuerdo con la documentación del expediente ocurriría en el desarrollo de los programas de la gestión pública, especialmente en aquellos encaminados a mejorar la condición de las clases sociales menos favorecidas, significaría un atraso de años en el programa socio-económico del país.

Para un Gobierno que apenas va en la mitad del período presidencial, y que no puede con la adición al presupuesto pretender cosa distinta a realizar la tarea que le corresponde, negarle la adición no se acomoda a la realidad que vive la Nación, cuando los aspectos legales se cumplen y la necesidad y la imprescindibilidad del gasto son verosímiles conforme al escrutinio que del expediente se ha hecho.

La realidad de la situación de orden público, nacida del descontento de un gran sector de la población al cual todo se le ha ofrecido y poco se le ha dado, no puede desconocerse, y eso es lo que se haría si al Gobierno se lo priva de los dineros y recursos de la adición presupuestal destinados a inversión. El pueblo colombiano no es responsable del mal manejo de las finanzas del Estado, pero sobre él recaería el peso de la negativa del crédito. La misma situación de orden público indica la conveniencia de una medida de tal naturaleza. Ya el Congreso de la República se encargará de fiscalizar las actuaciones del Gobierno, pues a él corresponde legalizar los créditos extraordinarios según lo dispone el artículo 212 de la Carta.

En el proyecto de decreto de adición están claramente determinadas las fuentes de ingreso y los recursos disponibles, como la Contraloría General lo prueba con los correspondientes certificados de disponibilidad. Allanado el camino de los recursos, la necesidad y la imprescindibilidad de los gastos de inversión, surgen también de la urgencia de evitar la parálisis del desarrollo del país en lo que resta de la presente vigencia fiscal. Algunos lunares, como la inversión en la compra de unas banderas o el gasto en la remodelación de la hacienda Hatogrande o el pago de obligaciones que aparecen en capítulos de vigencias expiradas, no amerita la descalificación de la necesidad del cuantioso gasto programado por el Gobierno en el proyecto de decreto que consulta.

Ciertamente, como lo dice el Ministro de Hacienda en la exposición de motivos, los créditos externos están destinados en su totalidad a proyectos de inversión por estar así acordado en las estipulaciones

contractuales; y los créditos adicionales abiertos con esos recursos, complementarán las cuotas de inversión autorizadas por el CONPES.

Por lo expuesto, la Sala Plena emite dictamen favorable a la apertura del crédito adicional propuesto en el proyecto de decreto "por el cual se adiciona el presupuesto de rentas y recursos de capital y se abren unos créditos adicionales en el presupuesto de gastos de la Nación para la vigencia fiscal de 1988 por valor de $ 168.339.427.155.15, se efectúa un contracrédito y unos créditos adicionales por el valor de $ 10.000.000.00".

Cópiese y comuníquese.

El presente dictamen fue aprobado por la Sala Plena en su sesión del día veintiuno (21) de junio de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

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

Nubia González Cerón, Secretaria.

CREDITOS ADICIONALES.— Necesidad del gasto.

El Consejo de Estado en este caso sustituye al Congreso por su ausencia temporal del escenario político, y por lo mismo está facultado por la Constitución para estudiar si se da el requisito de "necesidad".

Salvamento parcial de voto del *doctor Carmelo Martínez Conn.*

Bogotá, D. E., dos de agosto de mil novecientos ochenta y ocho.

Referencia: Expediente C-064.

Consigno a continuación las razones que me llevaron a salvar parcialmente mi voto en el caso del crédito número C-064 los cuales expongo a continuación:

1. A pesar que el artículo 212 de la Constitución Nacional comienza diciendo que: "Cuando haya la necesidad de hacer un gasto imprescindible, a juicio del Gobierno", creo que el Consejo de Estado en este caso sustituye al Congreso de la República por su ausencia temporal del escenario político, y, que por lo mismo, el Consejo de Estado está facultado por la Constitución para estudiar si se da el requisito de "necesidad" de que trata la Constitución, por cuanto si no se entiende de esta manera el artículo 212 se puede comprender la razón por la cual la misma Constitución haga obligatorio para el Gobierno el dictamen del Consejo de Estado. Así las cosas, está claro que el Consejo de Estado tiene competencia para estudiar la "necesidad" y la urgencia del gasto.

Establecido lo anterior, conviene tener presente la doctrina de la Corporación sentada con ocasión del crédito anterior, que era básicamente para las Fuerzas Armadas, en el cual se dijo unánimemente por esta Corporación, sin ninguna excepción, que el Consejo de Estado tenía competencia para votar separadamente cada crédito no sólo en cuanto a la fuente del mismo sino en cuanto a su destinación. Lo anterior explica suficientemente que mi voto sea parcial, en cuanto no es favorable para algunas partidas, muy pequeñas y de poca importancia por cierto.

2. En el caso del crédito en el cual hago salvamento de voto parcial dije en Sala que votaba favorablemente en un 98% el crédito, pero que salvaba mi voto en cuanto algunas partidas que no considero de absoluta necesidad, como son entre otras, la partida para la Iglesia en el Puente de Boyacá, la Casa Cultural Gustavo Rojas Pinilla,

Obras del Puente de Boyacá, Obras para el Centro Histórico de Tunja y otras por el estilo que evidentemente pueden esperar la aprobación del presupuesto ordinario, y respecto de las cuales no está claro la urgencia, la imprescindibilidad y la necesidad del gasto.

Son pues en cuanto a estas partidas identificables, que hago salvamento de voto y dándolo afirmativamente para el resto del proyecto, que es la casi totalidad del mismo.

Atentamente,

Carmelo Martínez Conn.

CREDITOS ADICIONALES.— Falta de planeación.

La falta de planeación se ha originado en el incumplimiento de los órganos responsables de implantarla, quienes no sólo se han acomodado a la situación de desorden, sino que al parecer, la estimulan.

Consejo de Estado.— Sala Plena.—

Aclaración de voto del Consejero *doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente número C-064. Adición al Presupuesto Nacional por valor de $ 168.339 millones de pesos.

El estudio de esta nueva adición al Presupuesto Nacional ha demostrado una vez más las graves fallas que aquejan la economía nacional, causadas en gran medida por el manejo del sector público, sin que éste haya corregido los defectos denunciados frecuentemente por autorizados voceros.

Muchas de las críticas expuestas en el debate y los salvamentos de voto en esta ocasión son desafortunadamente ciertas, pero a manera de gran síntesis puede afirmarse que todas las causas de esta situación tienen un solo nombre que es la *falta de planeación.*

Y, a su vez ésta se ha originado en el incumplimiento de los órganos responsables de implantarla, quienes no sólo se han acomodado a la situación de desorden, sino que al parecer la estimulan porque les da libertad de manejo de los recursos con criterios de conveniencia política del momento y no con los que señala la técnica.

Veinte años de reiterado incumplimiento de la Constitución no demuestra falta de leyes, sino carecencia de voluntad política tanto del Gobierno nacional como del Congreso para cumplir las normas que se adoptaron en la enmienda de 1968 o, para reformarlas, si es que resultaron de difícil aplicación.

Lo que cada cuatro años se denominan planes se lanzan a la opinión como cualquier programa de campaña preelectoral, cuyo incumplimiento no acarrea ninguna consecuencia.

La falta de obligatoriedad legal, administrativa y política de los diversos órganos estatales que tienen que ver con ellos, produce su desbordamiento o su franco desconocimiento, sin que ello traiga como consecuencia ninguna sanción, ni siquiera el reproche político.

La prueba está en que el Congreso Nacional nunca ha hecho un solo debate al Gobierno al momento de "legalizar estos créditos",

como lo ordena el artículo 212 de la Carta. Simple y calladamente estos créditos han sido "legalizados" por el mecanismo del silencio del Congreso durante diez (10) días, según la fórmula establecida por el artículo 99 del Decreto 294 de 1973, tan cuestionable como la inocencia decretada por prescripción.

Desorden e irresponsabilidad, que son el reverso del concepto de planeación obligatoria y vigilada, caracterizan el clima dentro del cual se desarrollan las finanzas públicas. Por ello se ha institucionalizado el sobresalto, la sorpresa y las soluciones de emergencia que deberían ser excepcionales, como los créditos adicionales al Presupuesto, se han convertido en algo crónico y hasta rutinario, sin que se intente dar a la planeación la seriedad e importancia que se ideó en 1968, precisamente por evitar tales vicios.

Como culminación de estos procesos de difícil comprensión y manejo por parte del Consejo de Estado, sin medios adecuados para ello, su siempre apresurada intervención conforme al artículo 212 de la Constitución, resulta igual y desalentadoramente estéril.

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

Jaime Abella Zárate.

CREDITOS ADICIONALES.— Imprescindibilidad y urgencia del gasto.

El dictamen se emitirá luego de la comprobación que haga el Consejo, de tal imprescindibilidad y urgencia, que a juicio del Gobierno existe.

Consejo de Estado.— Sala Plena.—

Salvamento de voto de la *doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente número C-064. Adición al Presupuesto Nacional por valor de $ 168.339 millones de pesos.

En forma respetuosa y breve me permito exponer las razones de mi disentimiento respecto a la decisión tomada por la mayoría de la Sala.

Estimo que en la elaboración del presupuesto que se somete anualmente a consideración de las Cámaras por parte del Gobierno, debe emplearse la mayor diligencia, seriedad y realismo frente a las necesidades del país, a fin de invertir nuestros recursos teniendo en cuenta un orden de prioridades que obedezca a una efectiva planificación se hace imposible la reordenación del gasto público que tan urgente resulta para la buena marcha del país.

El presupuesto así concebido debe resultar eficaz y suficiente puesto que se tiene una idea clara tanto de los ingresos como de los gastos. Pero esta no parece ser la práctica entre nosotros, puesto que en lo que va corrido del año, seis meses apenas, ya se han estudiado varias adiciones presupuestales para cubrir gastos, que eran previsibles cuando el presupuesto se elaboró.

Continuar entonces con esta práctica que ya se ha vuelto crónica no contribuye, a mi modo de ver, a que se sienta la necesidad de hacer realidad la ley del plan, ni a que se tomen las medidas y se adelanten los estudios para reordenar el gasto.

La apertura de créditos extraordinarios o suplementales debe ser entonces excepción y no regla general como se está volviendo porque la competencia en materia presupuestal corresponde al Congreso, con la necesaria iniciativa del Gobierno.

En forma excepcional el artículo 212 de la Constitución confiere al Consejo de Estado facultades que ordinariamente son del Congreso, a fin de que sea oído y acatado su dictamen para la apertura de créditos suplementales o extraordinarios.

La razón de esta atribución excepcional de competencia la encontramos en la necesidad de hacer un gasto imprescindible y urgente, estando en receso las Cámaras y no habiendo partida votada o siendo ésta insuficiente, como lo dispone el artículo 212 citado.

Siendo ello así, el dictamen se emitirá luego de la comprobación que haga el Consejo, de tal imprescindibilidad y urgencia, que a juicio del Gobierno existe, pero que como toda decisión discrecional puede ser controlada en cuanto a la verosimilitud y proporcionalidad de los hechos que le sirven de causa.

Se observa fácilmente que entre estos gastos que el Gobierno considera imprescindibles y que por tanto justifican el crédito extraordinario, aparecen partidas que como las enumeradas a folios 111 a 113 en la salvedad de voto de mis distinguidos colegas, no revisten la urgencia alegada; hubieran podido preverse desde cuando se elaboró el presupuesto y no obedecen a ninguna planificación.

Finalmente, al no aparecer en forma clara el soporte legal de muchas de esas partidas, esa sola circunstancia habría sido suficiente para que se expidiera un dictamen desfavorable para la apertura de crédito tan cuantioso como el que acaba de ser aprobado, y que junto con los demás que han sido propuestos hace que del presupuesto aprobado por el Congreso mediante ley, como debe hacerse, no quede sino un simple recuerdo; porque el que existe en la realidad es el que por el medio excepcional previsto, se ha venido formando con la aprobación del Consejo de Estado.

Bogotá, D. E., quince (15) de julio de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

Clara Forero de Castro.

CREDITOS ADICIONALES.— Imprescindibilidad del gasto.

No se justifica que se consideren como gastos imprescindibles y urgentes, la mayoría de las partidas de que trató el presente crédito adicional.

CREDITOS ADICIONALES. Necesidad urgente o sobreviniente.

De ahí que la necesidad del crédito suplemental o extraordinario sea emergente o sobreviniente, que se funde en nuevos y urgentes requerimientos del Estado que no pudieron contemplarse cuando se expidió el presupuesto de la Nación.

La economía planificada anularía o discriminaría la necesidad de los créditos suplementales y extraordinarios.

Salvamento de voto del Consejero *doctor Carlos Ramírez Arcila.*

Referencia: Expediente número C-064. Créditos adicionales al Presupuesto Nacional por valor de $ 168.339.427.155.15.

Con todo respeto por la ponencia aprobada así como por el criterio de quienes le dieron su aprobación, me he abstenido de acompañarlos con mi voto afirmativo y, al contrario, he votado negativamente el crédito adicional por la suma de $ 168.339.427.155.15, no porque considere que en su totalidad corresponda a gastos que no sean imprescindibles, como pueden serlo los de funcionamiento, y en esto comparto el criterio del honorable Consejero doctor Jaime Paredes Tamayo, pero, en términos generales, adhiero al salvamento de voto de los honorables Consejeros: Samuel Buitrago, Reynaldo Arciniegas y Julio César Uribe.

De la exposición de estos ilustres colegas, más que sensata, me parece patriótica y aún perogrullesca la observación que ellos hacen principalmente respecto de determinadas partidas, porque en estos momentos de dolor y angustia que vive nuestra Patria no se justifica que se consideren como gastos imprescindibles y urgentes, la mayoría de las partidas de que trata el presente crédito adicional y que bien pudieran haber esperado que su aprobación se hiciera por el Congreso Nacional, próximo a reunirse.

Con muestras claras de madurez y gran conocimiento del tema, los doctores Buitrago, Arciniegas y Uribe, luego de presentar un acopio de reflexiones y enseñanzas de connotados tratadistas, exponen los ilustres colegas lo que bien vale la pena repetir:

"Moviéndonos con la anterior perspectiva encontramos que en el proyecto de decreto por el cual se adiciona el presupuesto de rentas y recursos de capital, se toman dineros de los empréstitos externos 'CONCORD' 'CHEMICAL BANK' para atender los siguientes frentes":

Iglesia Puente de Boyacá	$ 50.000.000.00
Casa Cultural Gustavo Rojas Pinilla	$ 25.000.000.00
Obras Puente de Boyacá	$ 100.000.000.00
Obras Centro Histórico de Tunja	$ 40.500.000.00
Banco de Colombia	$ 151.328.000.00
Casa de Francisco de Paula Santander-Cúcuta	$ 5.000.000.00
Casa de la Cultura-Cúcuta	$ 5.000.000.00
Parque el Gallineral en San Gil	$ 3.000.000.00
Restauración Teatro Heredia-Cartagena	$ 7.000.000.00
Conservación y Adecuación Quinta de San Pedro Alejandrino	$ 6.000.000.00
Casa Alfonso López Pumarejo en Honda	$ 2.000.000.00
Templo del Sol	$ 2.500.000.00
Museo Arqueológico	$ 2.500.000.00
Casa de Rafael Pombo-Bogotá	$ 5.000.000.00
Antiguo Claustro del Seminario-Santa Marta	$ 5.000.000.00
Casa de la Cultura y la Conservación-Ocaña	$ 2.000.000.00
Casa de la Cultura en Socorro-Santander	$ 2.000.000.00
Paraninfo Universidad de Antioquia	$ 5.000.000.00
Monumento al Libertador Simón Bolívar en Manizales	$ 9.000.000.00
Monumento a los Héroes-Bogotá	$ 3.000.000.00
Casa de Antonio Nariño-Villa de Leyva	$ 3.500.000.00
Monumento a los Héroes de la Batalla de la Humareda	$ 2.500.000.00
Museo Romántico-Barranquilla	$ 2.000.000.00
Catedral de Manizales	$ 5.000.000.00
Hacienda Bomboná-Nariño	$ 6.000.000.00
Monumento a los Esclavos-Ocaña	$ 3.000.000.00
Construcción Piscina	$ 30.000.000.00
Continuación y Publicación del Diccionario de Construcción y Régimen de Rufino José Cuervo	$ 12.000.000.00

Adquisición de Libros. Autores Colombiano (Ley del libro)	$ 20.000.000.00
Colcultura	$ 848.000.000.00
Instituto de Asuntos Nucleares	$ 606.030.000.00
Investigación y Experimentación Nuclear	$ 206.000.000.00
Construcción Mantenimiento y Dotación C. Vacacional Plenosol	$ 15.000.000.00
Préstamos a empleados oficiales	$ 8.000.000.00
Promoción Turismo Social para empleados públicos y sus familias	$ 15.000.000.00
Construcción Mantenimiento, Club Empleados Oficiales-Bogotá	$ 10.000.000.00
Construcción Mantenimiento y Dotación Centro Vacacional Plenomar-Santa Marta	$ 7.000.000.00
Ampliación Centro Vacacional Plenomar-Santa Marta	$ 10.000.000.00
Construcción, Mantenimiento y Dotación Hotel Parque Real	$ 3.000.000.00
Fondo de Becas Fonade	$ 200.000.000.00

"A través de la complejidad del proyecto de presupuesto de inversión no es fácil, al lego en la materia, detectar todos los rubros débiles, esto es, aquellos que no justifican que se tomen dineros en préstamo en el exterior para hacer un reguero de auxilios, que dejan la impresión de que el ejecutivo también compite con el legislativo en prodigarlos, sin ton ni son. Las partidas que se dejan enlistadas, a simple vista, no son gastos *'imprescindibles'* y también quedan dudas sobre la ley que haya autorizado el gasto, por ejemplo, para el Museo Romántico de Barranquilla, que ni siquiera sabemos qué tesoros expone a la consideración del público. Sin hacer populismo, porque ese no es nuestro propósito, sí podemos preguntar que cuánto no servirían las partidas anteriores en áreas de la comunidad, como la justicia, la salud, etc., etc.".

"Finalmente, no se ve como gastando el dinero de los préstamos Concord y Chemical Bank en tales menesteres, se pueda hablar de inversión productiva, la única, como en antes se dijo, que los justifica y explica".

A la lista precedente, parece que a mis distinguidos colegas no les pareció necesario agregar entre los gastos relacionados, las cifras incluidas para la remodelación de la Casa de Descanso de "Hatogrande", quizás por aquello de que a mayor comodidad, mayor desarrollo en la perfección del pensamiento.

De la aclaración de voto que hizo el honorable Consejero Alvaro Lecompte Luna, adhiero parcialmente a las motivaciones que fundamentan su voto afirmativo, sólo que a mí me sirven de complemento para votar negativamente.

Según el distinguido colega, "si Colombia viviese otras circunstancias; si la paz reinase por doquier; si en el campo social, económico y financiero, la situación fuera bonacible; si el orden jurídico fuese normal; si las instituciones públicas y privadas cumpliesen sus misiones con decidido ánimo patriótico; si el nivel de vida de los obreros, campesinos y asalariados fuese equitativo y suficiente; si el medio ecológico no se deteriorase hasta límites alarmantes, quizá el suscrito Consejero se habría sumado a quienes se opusieron a que se emitiese dictamen favorable a la petición del Gobierno".

"....."

"...Sin embargo, el desconcierto que conturba a los colombianos en esta hora de tinieblas en la que al barbarismo se asoma más en el alma nacional en todas sus formas; la calamitosa situación en que se marcha; las dificultades y peligros que distorsionan la colombianidad, impiden que en asuntos como éste se sea inflexible y riguroso, sino tan sólo en lo que corresponda a las bases fundamentales del sistema republicano y democrático".

Lo anterior, precisamente, fue lo que indujo al suscrito a llegar a una conclusión completamente contraria y marchar en contravía de la votación mayoritaria.

Respecto de uno de los rubros, que se califica de imprescindible como es el de la partida para un "museo romántico", es posible que algunos no alcancemos a comprender a cabalidad el porqué de su imprescindibilidad, en esto tal vez tenga razón Ortega al decir que "los románticos han descubierto la gracia de las ruinas".

Carlos Ramírez Arcila, Consejero de Estado.

Bogotá, D. E., junio 27 de 1988.

CREDITOS ADICIONALES.—

El Gobierno no hace bien cuando aprovecha el expediente de los créditos adicionales, para bendecir los entuertos y aplazar la solución de fondo para los grandes males.

El Consejo de Estado no puede dar concepto favorable al crédito adicional mientras no se acredite que se han cumplido previamente todos los requisitos exigidos por los Decretos 753 de 1984 y 456 de 1988.

Salvamento de voto de los Consejeros *doctores Samuel Buitrago Hurtado, Reynaldo Arciniegas Baedecker y Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Consulta. Radicación número C-064. Créditos adicionales al Presupuesto Nacional de la vigencia de 1988 por $ 168.339.427.155.15.

Con toda consideración nos separamos del concepto mayoritario de la Sala Plena, emitido con ocasión de la presentación que el señor Ministro de Hacienda hizo el día veintiocho (28) de abril pasado, del proyecto de decreto "por el cual se adiciona el presupuesto de rentas y recursos de capital y se abren unos créditos adicionales en el presupuesto de gastos de la Nación para la vigencia fiscal de 1988 por valor de $ 168.339.427.155.15, se efectúa un contracrédito y unos créditos adicionales por valor de $ 10.000.000.00". Nuestro disentimiento se concreta a los siguientes aspectos:

Reintegros al FODEX:

En el estudio intitulado *"justificación económica"*, que obra a folios 51 y siguientes del cuaderno número 2, y que parece corresponder a un estudio del Departamento Nacional de Planeación, duda que surge porque ni siquiera está firmado, se lee:

"...se busca garantizar el pago total del servicio de la deuda de los establecimientos públicos, condición necesaria para la contratación y desembolso de los créditos externos. Estas partidas incluyen la canalización de recursos destinados a efectuar reintegros al Fondo de Monedas Extranjeras —FODEX— el cual ha venido atendiendo los compromisos del servicio de la deuda externa de ciertos establecimientos públicos con faltantes financieros, según lo previsto en el artículo 97 del Estatuto Orgánico del Presupuesto. En este sentido, el Gobierno no ha destinado $ 42.540 millones para las empresas del sector eléctrico, las cuales atenderán al servicio de la deuda externa

y reintegros al FODEX. Parte de estos recursos, $ 19.001 millones, se programan como aportes del Gobierno y los $ 23.539 millones restantes como préstamos al sector".

Para quienes suscribimos este salvamento de voto, el FODEX es, como lo ha destacado la prensa nacional y autoridades en la materia como los doctores Alfonso Palacio Rudas, Abdón Espinosa Valderrama, Guillermo Perry Rubio, Exministro de Minas y el actual Gerente del Banco de la República, doctor Francisco José Ortega Acosta, otro ejemplo aterrador "...de la gestión manguiancha y contraproducente de los asuntos públicos..." (Espectador, Edición junio 25 de 1988); "...olla podrida..." en que viene cocinándose "...una inflación destinada a romper estrepitosamente todo asomo de estabilidad monetaria el próximo año..." (Doctor Abdón Espinosa, El Tiempo, junio 23 de 1988). Su manejo ha sido improvidente, lo que obligará, seguramente, a la Nación, a "...pagar con emisiones inflacionarias, lo que varias empresas de servicios públicos adeudan en monedas extranjeras. Es el fruto de programas mal concebidos y peor ejecutados, envueltas como están en el tremendo lío de las tarifas que cobran al público, insuficientes para atender sus gastos y menos sus deudas" (Espectador. Fecha ya citada). La aprobación que el Consejo de Estado ha dado para que a través del crédito adicional se alimente nuevamente a este monstruo, compromete seriamente a la Corporación, y su conducta va a ser seriamente enjuiciada, por los distintos sectores de opinión ciudadana, que saben que con los recursos que ahora se le dan se le abre amplia vía para que este *"Frankestein o el moderno Prometeo"*, como lo llama el doctor Alfonso Palacio Rudas, tenga la posibilidad de seguir arrasando todo cuanto encuentre a su paso.

Es preocupante, por decir lo menos, saber que el Gobierno acudió presuroso a pagar la deuda de las entidades morosas del sector eléctrico, simplemente para poder obtener parte de los recursos del préstamo "Concorde", es decir, que lo que recibió con una mano lo entregó con la otra. Hacemos nuestra la censura que el doctor Abdón Espinosa hizo en su escrito: *"Crisis de una ciega imprevisión"* (El Tiempo, junio 23 de 1988) donde se lee:

"La urgencia de percibir los recursos del préstamo 'Concorde' nombre con el cual se quiso pregonar a todos los vientos su velocidad de desembolso, obligó a conceder a las empresas morosas del sector eléctrico *créditos irregulares de emergencia con el objeto específico de que satisfacieran el requisito ineludible de estar al día en sus pagos al exterior.*

"Se le sabía práctica malsana, violatoria de las finalidades del mencionado organismo, pero a ella se insistió en apelar a falta de otras igualmente rápidas, en la ilusión de que los nuevos ingresos capacitarán a las empresas en apuros para resarcir al FODEX de sus esfuerzos, herejías y quebrantos. Proviniendo sus recursos de transferencias temporales del Fondo Nacional del Café, de Ecopetrol, Telecom y la Financiera Eléctrica Nacional, no debía comprometerlos en forma indefinida violando los perentorios compromisos adquiridos con esas instituciones. Ni, por otra parte, valerse sistemáticamente, como ha venido haciéndolo, de los instrumentos de emisión del Banco de la República".

En mayo 20 de 1988, entidades como Himat, Ica, Inderena, Zona Franca de Cartagena, Insfopal, Munimedellín, Nación Cerro Matoso, Ferrocarriles Nacionales, Fondo Vial, CHB, Corelca, CVC, EEEB, Icel, Isa, etc., adeudaban al FODEX, más de US$ 480.000.000.00 sin que aparezca doliente que tranquilice a la Nación respecto de su pago. Es la danza de los millones en sectores importantes para la vida nacional, pero seriamente cuestionados en la opinión pública, pues todo indica que el manejo de tales centro de imputación jurídica no ha sido el más razonable.

Nos preocupa, como colombianos, que los altos funcionarios del Estado, en el momento en que deben dar su voto, para la toma de definiciones, adopten conductas complacientes para que ellas se pongan en marcha, pero salidos del Gobierno, empiezan a censurarlas, por considerarlas dañinas para el país. En el periódico El Tiempo, correspondiente a la edición de 23 de junio de 1988, página 3A, se comenta la intervención del doctor Guillermo Perry Rubio, Exministro de Minas, a quien se le atribuye la afirmación de que "...fue el mismo Gobierno el que obligó a las empresas del sector eléctrico a utilizar..." los recursos del FODEX. Allí se lee que el alto exfuncionario se muestra de acuerdo con el Gerente del Banco de la República, doctor Ortega Acosta, en el sentido de que se deben "...buscar mecanismos diferentes al fondo para garantizar el pago de las deudas de las empresas del sector eléctrico con la banca extranjera. Sin embargo —dijo— el Gerente del Banco de la República *no hizo ninguna sugerencia en tal sentido el día que se acordó suplir los desembolsos del crédito sectorial con los recursos del Fondo de Monedas Extranjeras".* A esto agregamos nosotros, que el señor Exministro tampoco dijo nada, en la sesión que el honorable Consejo de Ministros tuvo el día veintiséis (26) de abril del presente año, cuando se discutió el proyecto de decreto de adición presupuestal, que ha contado con el voto mayoritario del Consejo de Estado y a través del cual se inyectan, cuantiosos recursos, al referido Fondo. Nuestro desacuerdo, pues, en este aspecto del crédito, se orienta a simplemente decir la verdad sobre la materia, tal como la hemos podido procesar, con los elementos de juicio de que disponemos. Esperamos, igualmente, no tener que manejar vivencias de contradicción, que sólo son fuente de confusión conceptual y de caos en el manejo de las finanzas públicas. No queremos dar pié, con un comportamiento cuestionable, a que se diga que en el manejo presupuestal ni el Congreso, ni el Gobierno, ni el Consejo de Estado hace lo suyo.

Nos inquietan los 1.974 millones destinados, según el concepto de Planeación Nacional, a la Zona Franca de Cartagena, y que serán transferidos también al FODEX, "...para cubrir el servicio de la deuda correspondiente al préstamo BIRF 1953, que por valor de US$ 15 millones contrató la Zona Franca con garantía de la Nación..." Y nos angustia más todavía, que a renglón segundo se agregue por el citado organismo que: "Este servicio asciende aproximadamente a US$ 10 millones y ha sido atendido por el FODEX, ante la imposibilidad económica de esta entidad para responder por los vencimientos de capital e intereses..."

Todos estos desfases deben ser ventilados, estudiados y definidos por el Congreso Nacional. El Gobierno no hace bien, a nuestro juicio,

cuando aprovecha el expediente de los créditos adicionales para bendecir los entuertos y aplazar la solución de fondo para los grandes males. El doctor Abdón Espinosa Valderrama, en el escrito en antes citado, previene sobre las consecuencias peligrosas que todo este manejo alegre puede producir en el futuro, al predicar:

"Una ciega imprevisión hace estruendosa crisis. La política del avestruz con el sector eléctrico y con otros no ha hecho sino agravar dramáticamente sus agudas dolencias. El Banco de la República entiende que sus problemas han dejado de ser de carácter transitorio para serlo de orden macroeconómico. *Si el Gobierno nacional se ve forzado a pagar de golpe y porrazo, en virtud de sus avales, la vía más expedita lo llevará a tocar las puertas del Banco de la República. Si, por el contrario, se hiciera de la vista gorda, a aquél tocaría asumir los reembolsos al Fondo Nacional del Café, Ecopetrol, Telecom y la Financiera Eléctrica Nacional, acudiendo a la emisión. Con lo que se crearía una grave situación de inestabilidad monetaria".*

Estimamos, finalmente, que no era gasto *"imprescindible"* alimentar con tan jugosos recursos un fondo que sólo es fuente de perturbación de las finanzas del Estado.

Préstamos al sector eléctrico:

Se destaca en el concepto de Planeación Nacional que $ 23.539 millones se darán en préstamo al sector eléctrico y $ 1.122 millones al mismo título, y a través de la Financiera Eléctrica Nacional, "...para la terminación de la línea de transmisión de energía Popayán-Pasto y subestaciones de energía en los departamentos de Cauca y Nariño..."

En esta materia estimamos que el Consejo de Estado no puede dar concepto favorable al crédito adicional mientras no se acredite que se han cumplido, previamente, todos los requisitos exigidos por el Decreto 753 de 30 de marzo de 1984, y 456 de 11 de marzo de 1988. Sobre el particular hacemos nuestra la perspectiva jurídica que el doctor Gustavo Humberto Rodríguez consignó en su salvamento de voto al dictamen rendido por la Sala el día veinticuatro (24) de abril de mil novecientos ochenta y seis (1986), donde se lee:

"1. No es jurídico, ni lógico, que la Nación apropie una partida en su presupuesto para conceder un 'préstamo' a una entidad descentralizada, los Ferrocarriles Nacionales que ésta no ha solicitado. Lo procedente era que previamente esa entidad cumpliera con las exigencias previstas por el Decreto extraordinario número 222 de 1983, artículo 231, entre los cuales está la solicitud del Ministro al cual está adscrita (en este caso el de Obras Públicas), el concepto previo favorable del Departamento Nacional de Planeación, los documentos demostrativos de la situación financiera de los Ferrocarriles la presentación y aprobación de la minuta de contrato 'en el que se establezcan las condiciones del crédito', la autorización al representante de la entidad para contratar y otorgar garantías, la carta de intención contentiva de la oferta del negocio, etc.

"Sólo después de satisfacer estas exigencias legales era posible apropiar la partida, si es que no se requería la existencia del contrato

mismo de crédito interno con los Ferrocarriles, como parece ser lo obvio. . .3. Si bien en la ley orgánica del presupuesto nacional, artículo 16, se dispone que la Nación podrá apropiar partidas para atender contratos, la deducción jurídica obvia es la de que esas apropiaciones sólo se refieren a la atención de contratos celebrados por la Nación, y en este caso no hay contrato alguno celebrado por ella, del cual emane tal obligación".

Los presupuestos financieros también están sometidos a principios, uno de ellos el de legalidad, según el cual su preparación, adopción y ejecución deben sujetarse a las normas prescritas en la ley, como también comprende una sujeción a las partidas previa y legalmente decretadas. 4. En tales condiciones, apropiar una partida presupuestal para conceder un crédito a una entidad descentralizada, sin que exista el crédito, ni la obligación, es una concesión graciosa ajena a nuestra normatividad jurídica. Desde luego la Nación puede en un momento dado, si es imprescindible el gasto, hacer tales apropiaciones adicionales, pero para ello existe el mecanismo de las transferencias o traslados presupuestales. 5. La curiosa modalidad empleada de apropiar una partida para conceder un empréstito que aún no se ha celebrado con los Ferrocarriles conducirá inexorablemente a la celebración posterior de un contrato de crédito interno de la Nación con tal entidad descentralizada en condiciones y términos que ahora se ignoran, y que bien podrían llegar a ser diferentes de las previstas en la ley. 6. Se ha aducido como razón de la apropiación presupuestal previa al contrato de empréstito interno con los Ferrocarriles, la necesidad de que ella debe ser previa al contrato. *Considero que se confunde la exigencia de la sujeción de la cuantía y pagos a las apropiaciones presupuestales, que es cláusula obligatoria de los contratos administrativos, con la exigencia del registro presupuestal, que no es cláusula y que es exigencia del perfeccionamiento del contrato. El registro es posterior al contrato, como requisito para su eficacia, exigido para todos los contratos, sin excepción, en tanto que la cláusula de sujeción presupuestal no está prevista para los de empréstito externo de la Nación en el Decreto extraordinario 222 de 1983 (art. 225), ni para los de empréstito externo de las entidades descentralizadas (art. 226), ni para los empréstitos internos de la Nación (art. 230), ni para los empréstitos internos de las entidades descentralizadas (art. 231)* (Subrayas nuestras).

"Con fundamento la doctrina ha dicho que los empréstitos, más que contratos, constituyen procedimientos". Como dentro del expediente brillan por su ausencia las pruebas orientadas a demostrar que ya están dados todos los pasos legales para que se perfeccionen los respectivos contratos de empréstito, estimamos apresurado el dictamen favorable en este rubro. Por lo demás, la *"imprescindibilidad"* no aparece manifiesta. Al Congreso Nacional se le ha debido brindar la oportunidad de volver a discutir toda la problemática del sector eléctrico, al menos para que se fijen políticas orientadas a aliviar las cargas financieras del mismo. Parece conveniente que se defina, de una vez por todas, si es verdad que el sector eléctrico ha tenido dos problemas esenciales: Los estructurales y los coyunturales, incluyendo

en este último, la sobreinversión y el sobreendeudamiento, que lo han llevado al estado de postración financiera que hoy registra. De ser esto cierto, cómo se podría explicar más inversión en la misma área?

Ni Plan Financiero del Estado ni Plan Legal de Desarrollo:

En el Presupuesto de Inversión, Departamento Nacional de Planeación y para los Programas 5108, Plan de Desarrollo de Urabá y 5106 Plan de Inversión en el Departamento del Chocó, se destinan cuatrocientos millones de pesos, para el primero, y ciento quince millones de pesos, para el segundo. No discutimos la imprescindibilidad y necesidad que pueda tener el gasto, pero sí preguntamos en la Sala Plena, y a los funcionarios del Ministerio de Hacienda, que tuvieron la gentileza de visitarnos, para darnos algunas explicaciones sobre el particular, sobre la ley que autoriza tales gastos, sin haber tenido respuesta explicativa alguna. Tenemos hoy la convicción de que ella no existe, y, por lo mismo, el dictamen no ha debido ser favorable para gastar tales sumas. En esta materia hacemos nuestras las observaciones que el doctor Humberto Mora Osejo hizo cuando salvó su voto al dictamen rendido por la Sala Plena, el día dieciocho (18) de marzo de mil novecientos ochenta y seis (1986). Allí se lee:

"Al cabo de 18 años de aprobado el Acto legislativo número 1, de 1968, parece llegado el momento de que se cumpla este aspecto fundamental del régimen constitucional colombiano y que la ley del plan, con toda su significación jurídica y política sea una realidad que encauce, prioritariamente, todas las inversiones del Estado colombiano. *Sin esa ley esencial, las inversiones quedan sujetas al capricho de los funcionarios, sin la objetiva seguridad que deben tener en la ley.* De este modo, como ha afirmado el Consejo de Estado desde hace ya algún tiempo, la falta de ley del plan impide que los créditos extraordinarios se abran con estricta observancia de la ley. *En consecuencia, el aspecto relativo a los planes de inversión está afectado de ilegalidad, y, por consiguiente, estimo que la Sala debió conceptuar negativamente sobre este aspecto del proyecto de crédito extraordinario"* (Ultimas subrayas nuestras).

En esta ocasión recordamos los planteamientos que respecto del presupuesto para 1988 hizo el doctor Abdón Espinosa Valderrama, en escrito publicado en el periódico El Tiempo el día 25 de febrero, donde se lee:

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

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

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

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

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

".....

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

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

La justicia sigue de menesterosa:

En la exposición de motivos al proyecto de decreto, hecha por el señor Ministro de Hacienda, se lee:

"La Rama Jurisdiccional se beneficia con créditos adicionales para gastos de funcionamiento que ascienden a la suma de $ 3.302.4 millones con los cuales se financia la ampliación de servicios de justicia autorizados recientemente, y se complementan las apropiaciones deficitarias por el incremento salarial de 1988. *En lo que corresponde a los gastos de inversión se otorgan $ 705.0 millones dirigidos a la atención de la infraestructura judicial constituida en sus instalaciones y edificaciones.* Respecto de los equipos y unidades móviles, se asigna en favor de la Rama Jurisdiccional la suma de $ 750.0 millones que serán manejados a través del Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia y que fueron programados en el expediente de adición presupuestal a través de la Secretaría de Integración Popular de la Presidencia de la República como dependencia coordinadora de la ejecución del Plan Nacional de Rehabilitación".

De la partida destinada a gastos de funcionamiento, sólo cabría decir que ni más faltaba que no se tomaran las medidas y partidas apropiadas para que al menos los salarios de los funcionarios de la Rama se garanticen, para que éstos no tengan que laborar con las angustias que se generan cuando no se puede llevar el pan al hogar. Si algo demuestra ese monto, es que al aprobarse el presupuesto, la partida fue sustancialmente deficitaria.

Respecto a los gastos de inversión, la fabulosa partida de setecientos cinco millones, sólo permitirá atender los gastos que se relacionan en la hoja número 246 del proyecto de decreto, donde se indica:

"Despachos Judiciales de Riohacha	$ 10.000.000.00
Reparación y Dotación Despachos Judiciales del País	$ 125.000.000.00
Despachos Judiciales Duitama	$ 100.000.000.00
Tribunal Superior de Orden Público	$ 250.000.000.00
Adquisición Ascensores Cali	$ 120.000.000.00
Adquisición y Mantenimiento Ascensores Barranquilla	$ 100.000.000.00
Total Entidad	$ 705.000.000.00".

A folio 66, del cuaderno número 4, aparece el documento intitulado *"justificación adición Rama Jurisdiccional. Servicios personales"*, donde se observa que el Ministerio de Justicia hizo solicitud por nueve mil seiscientos veintisiete millones de pesos ($ 9.627.000.000.00), de los cuales sólo se asignaron las partidas mínimas ya indicadas. En el proyecto de decreto resultan con más importancia que la justicia el Fondo de Desarrollo Comunal ($ 819.200.000.00); el Instituto Geográfico Agustín Codazzi ($ 1.179.170.000.00) los servicios Fotográficos Catastrales ($ 939.670.000.00); las investigaciones agropecuarias ($ 1.180.009.000.00); el Instituto Colombiano Agropecuario (ICA)

($ 10.074.552.000.00), el Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente ($ 3.002.186.000.00); el Instituto Colombiano de Hidrología ($ 8.351.590.000.00). A estos pesares se agrega la información suministrada por el Director del Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia, que opta por renunciar al cargo porque el año pasado el Gobierno "...cogió para el presupuesto nacional recursos de Ley 11, que eran del Fondo y que estaban destinados a la justicia y los gastó. En total $ 2.200 millones..." Y más preocupante aún, que el mismo funcionario confiese, que aún se debe papelería de cuatro meses del año pasado y que no hay planificación porque al sector lo han demeritado. *"El sector justicia está fuera de cualquier plan prioritario del Gobierno"*, concluye.

Los profesores de Hacienda Pública enseñan que:

"A semejanza de la evaluación de los ingresos, la de los gastos requiere de un previo diagnóstico de la incidencia de la economía privada en la pública y de ésta en aquélla. Sólo así es posible establecer la tendencia cuantitativa y cualitativa del gasto público en relación con el desarrollo estable de la economía nacional y calcularlo adecuadamente hacia el futuro. Como factores internos de evalución, se han de tener en cuenta los métodos utilizados *y el principio de la prelación del gasto público"* (Subrayas nuestras. Hacienda Pública. Alejandro Ramírez C. Tercera Edición, pág. 390).

Como el Consejo de Estado reemplaza al Congreso, en la situación contemplada en el artículo 212 de la Constitución Nacional, debe ocuparse en estudiar y analizar si el proyecto de decreto pergeñado por el Gobierno para adicionar el presupuesto de rentas y recursos de capital, respeta ese principio. Creemos, sinceramente, que en el presente caso no, pues a la justicia se le sigue dando un trato menesteroso, con el agravante de que al Consejo de Estado se le pide que rinda dictamen favorable para gastar partidas considerables en otros frentes, también importantes, pero nunca como el de la justicia. Dándole la bendición al crédito adicional, se tiene la sensación de que, por una especial ironía, el menesteroso tiene el encargo de autorizar que otras áreas de la administración gocen de plena prosperidad siéndole vedado demandar algo para sí. Que sigan pues los Tribunales Administrativos del Cauca, Quindío, Tolima, para citar sólo los visitados por la Secretaría de la Corporación, al principio de este año, esperando que el Fondo Rotatorio les gire la partida para papelería y elementos de oficina, que no les llega desde agosto de 1987; que siga el Secretario del Tribunal Administrativo del Cauca recogiendo en los basureros muebles que por su pésimo estado botó el Banco Cafetero; que sigan los Magistrados de este mismo Tribunal, pagando, con sus propios dineros, el servicio telefónico. Que sigamos los Consejeros de Estado manejando máquinas de escribir sofisticadas, cuya dotación de cintas hay que implorar como se implora a Dios el pan de cada día. Que sigan los distintos sectores de opinión ciudadana cuestionando la justicia porque no sirve, porque no falla, pero que se tapen al mismo tiempo los ojos para que no detecten nuestra miseria física. Los Jueces de la República tiene el deber de ordenar el lanzamiento del inquilino que no paga el precio del arrendamiento,

pero la justicia misma es lanzada de las destartaladas oficinas que ocupa en provincia, porque el Gobierno tampoco paga el precio del arrendamiento. Qué mal ejemplo!

Si la tarea que el constituyente le asigna al Consejo de Estado, en el artículo 212 de la Constitución Nacional debe limitarse a una labor mecánica, de "chuleo" de partidas, a la manera como lo hace un contador de empresa privada, estamos de acuerdo con el doctor Gabriel Rosas, cuando afirma: "...no tiene sentido que este trámite se dé a través del Consejo de Estado; primero no es un organismo técnico ideal para resolver cuestiones financieras, y segundo, porque se corre el riesgo de ver desautorizada a entidad tan respetable por las otras dos ramas del Poder Público: El Gobierno y el Congreso.

"Haciendo abstracción por un momento de los traumatismos inmediatos que genera una no aprobación por parte del Consejo, *es bueno señalar que basta que el ejecutivo espere las sesiones ordinarias del Congreso, presente el proyecto de ley con las adiciones necesarias y resuelva su problema...* El buen funcionamiento del sistema presupuestal aconseja ponerle la máxima atención a este asunto que cada día se torna más preocupante por el absurdo y estéril enfrentamiento que está alimentando" (Un enfrentamiento absurdo. Para ajustar el plan de gastos cuando no está reunido el Congreso se requieren dos aprobaciones de dos entidades distintas. El Tiempo, Jueves 26 de mayo de 1988) (Subrayas nuestras).

"Los capitalistas de hoy prestarán el dinero y los contribuyentes de mañana habrán de pagarlo"

En la obra "Tratado de Ciencia de la Hacienda Pública" del profesor Esteban Jaramillo, aprendimos que los empréstitos externos destinados a la ejecución de obras productivas y de desarrollo, constituyen la *"deuda pública ideal"*, pues por lo general las grandes obras públicas no pueden constituirse con los recursos ordinarios del Estado. Ellos, por lo demás, evitan que el Gobierno tenga que imponer de una vez tributos exorbitantes, que desalientan las industrias, paralizan el comercio, restringen los consumos necesarios, quebrantan la economía nacional y son en extremo difíciles de recaudar. A todo lo anterior, agrega el ilustre profesor, que por medio de los empréstitos el "...Estado puede repartir en períodos largos y hacer pesar sobre las futuras generaciones una parte de la pesada carga fiscal impuesta por las necesidades de defensa o de desarrollo nacional".

La anterior filosofía es recogida por los nuevos tratadistas sobre la materia, al enseñar que: "...el empréstito como verdadero ingreso público, se ha de destinar a fines públicos mediante el gasto público, y no a los gastos mismos del servicio de la deuda. El gasto de la deuda debe financiarse principalmente con otros ingresos: Fiscales, empresariales, o con las rentas obtenidas por las mismas actividades financiadas con el empréstito (actividades autoliquidables); con excepción de los servicios públicos secundarios, financiados con tasas *...por ello, el empréstito público se orienta más que a todo a gastos de inversión productiva, antes que de inversión improductiva o de funcionamiento, en sentido estrictamente económico. Esta apreciación*

es definitiva tratándose del empréstito externo, pues es necesario crear una nueva renta con la cual autorizarlo y pagar los intereses a fin de que no se vea disminuida la renta nacional, sino que, más bien, aumente en términos monetarios y reales" (Hacienda Pública. Alejandro Ramírez Cardona. Tercera Edición, págs. 271 y 272).

Moviéndonos con la anterior perspectiva encontramos que en el proyecto de decreto por el cual se adiciona el presupuesto de rentas y recursos de capital, se toman dineros de los empréstitos externos "CONCORD" "CHEMICAL BANK" para atender los siguientes frentes:

Iglesia Puente de Boyacá	$ 50.000.000.00
Casa Cultural Gustavo Rojas Pinilla	$ 25.000.000.00
Obras Puente de Boyacá	$ 100.000.000.00
Obras Centro Histórico de Tunja	$ 40.500.000.00
Banco de Colombia	$ 151.328.000.00
Casa de Francisco de Paula Santander-Cúcuta	$ 5.000.000.00
Casa de la Cultura-Cúcuta	$ 5.000.000.00
Parque el Gallineral en San Gil	$ 3.000.000.00
Restauración Teatro Heredia-Cartagena	$ 7.000.000.00
Conservación y Adecuación Quinta de San Pedro Alejandrino	$ 6.000.000.00
Casa Alfonso López Pumarejo en Honda	$ 2.000.000.00
Templo del Sol	$ 2.500.000.00
Museo Arqueológico	$ 2.500.000.00
Casa de Rafael Pombo-Bogotá	$ 5.000.000.00
Antiguo Claustro del Seminario-Santa Marta	$ 5.000.000.00
Casa de la Cultura y la Conservación-Ocaña	$ 2.000.000.00
Casa de la Cultura en Socorro-Santander	$ 2.000.000.00
Paraninfo Universidad de Antioquia	$ 5.000.000.00
Monumento al Libertador Simón Bolívar en Manizales	$ 9.000.000.00
Monumento a los Héroes-Bogotá	$ 3.000.000.00
Casa de Antonio Nariño-Villa de Leyva	$ 3.500.000.00
Monumento a los Héroes de la Batalla de la Humareda	$ 2.500.000.00
Museo Romántico-Barranquilla	$ 2.000.000.00
Catedral de Manizales	$ 5.000.000.00

Hacienda Bomboná-Nariño	$ 6.000.000.00
Monumento a los Esclavos-Ocaña	$ 3.000.000.00
Construcción Piscina	$ 30.000.000.00
Continuación y Publicación del Diccionario de Construcción y Régimen de Rufino José Cuervo	$ 12.000.000.00
Adquisición de Libros. Autores Colombianos (Ley del libro)	$ 20.000.000.00
Colcultura	$ 848.000.000.00
Instituto de Asuntos Nucleares	$ 606.030.000.00
Investigación y Experimentación Nuclear	$ 206.000.000.00
Construcción Mantenimiento y Dotación C. Vacacional Plenosol	$ 15.000.000.00
Préstamos a empleados oficiales	$ 8.000.000.00
Promoción Turismo Social para empleados públicos y sus familias	$ 15.000.000.00
Construcción Mantenimiento, Club Empleados Oficiales-Bogotá	$ 10.000.000.00
Construcción Mantenimiento y Dotación Centro Vacacional Plenomar-Santa Marta	$ 7.000.000.00
Ampliación Centro Vacacional Plenomar-Santa Marta	$ 10.000.000.00
Construcción, Mantenimiento y Dotación Hotel Parque Real	$ 3.000.000.00
Fondo de Becas Fonade	$ 200.000.000.00

A través de la complejidad del proyecto de presupuesto de inversión no es fácil, al lego en la materia, detectar todos los rubros débiles, esto es, aquellos que no justifican que se tomen dineros en préstamo en el exterior para hacer un reguero de auxilios, que dejan la impresión de que el Ejecutivo también compite con el Legislativo en prodigarlos, sin ton ni son. Las partidas que se dejan enlistadas, a simple vista, no son gastos *"imprescindibles"* y también quedan dudas sobre la ley que haya autorizado el gasto, por ejemplo, para el Museo Romántico de Barranquilla, que ni siquiera sabemos qué tesoros expone a la consideración del público. Sin hacer populismo, porque ese no es nuestro propósito, sí podemos preguntar que cuánto no servirían las partidas anteriores en otras áreas de la comunidad, como la justicia, la salud, etc., etc.

Finalmente, no se ve cómo gastando el dinero de los préstamos Concord y Chemical Bank en tales menesteres, se pueda hablar de inversión productiva, la única, como en antes se dijo, que los justifica y explica.

El estado de excepción se ha tornado normal:

Finalmente, deseamos recordar un aparte de salvamento de voto que el doctor Julio César Uribe Acosta hizo al dictamen rendido por el Consejo de Estado en marzo dieciocho (18) de mil novecientos ochenta y seis (1986), donde se destaca:

"Dentro del marco de competencias que la Constitución Nacional fija, y por mandato del artículo 210 de la Constitución Nacional, corresponde al Congreso establecer las rentas nacionales y fijar los gastos de administración. Por estado de excepción, el artículo 212 de la Carta preceptúa que: 'Cuando haya necesidad de hacer un gasto imprescindible a juicio del Gobierno, estando en receso las cámaras, y no habiendo partida votada o siendo esta insuficiente, podrá abrirse un crédito suplemental o extraordinario.

" 'Estos créditos —precisa la norma— se abrirán por el Consejo de Ministros instruyendo para ello expediente y previo dictamen favorable del Consejo de Estado'.

"Dentro del marco constitucional descrito, fácil es conducir que sólo por estado de excepción se debe hacer uso del procedimiento indicado en el artículo 212. Sin embargo, fácil es demostrar cómo ese estado de excepción se ha vuelto normal, hasta el punto de que en lo que va corrido del presente año ya se han despachado por la Corporación tres conceptos sobre el particular, todos ellos favorables y dos más son objeto de estudio. La historia nos muestra, igualmente que en el pasado la situación ha sido de entidad igualmente preocupante. Así las cosas, nadie podría discutir que hemos recibido sin beneficio de inventario la teoría decisionista de Carl Schmitt, quien enseña que lo que suele ocurrir es que el estado de excepción se convierte en normal con lo cual se transita hacia los poderes dictatoriales, Alvaro d'Ors recuerda en 'Escritos Varios sobre el Derecho en Crisis. Cuadernos del Instituto Jurídico Español, número 24', que:

"El desarrollo político de la segunda mitad del siglo XX ha quedado poderosamente influido por el decisionismo schmittiano, aunque el nombre del autor puede ser silenciado por haberse convertido, en la Alemania de la posguerra, en víctima abominable y propiciatoria. En efecto, como es sabido, el artículo 48 de la Constitución de Weimar de 1919 otorgaba al Presidente unos poderes excepcionales para casos de estado de excepción 'Ausnahmezustand' y los mismos gobiernos democráticos hubieron de hacer uso de esos poderes, hasta el punto de que *Hindemburg estaba cansado de la frecuencia con que debía acudir a ellos.* Ese fue precisamente el camino por el que Hitler llegó al poder, en un momento de total descomposición parlamentaria, en la que parecía necesaria la intervención de un gobierno enérgico que supiera hacer uso del estado de excepción en que realmente vivía. En la nueva ley fundamental de Bonn, de 1949, se tuvo gran cuidado de eliminar toda referencia al 'estado de excepción' 'Ausnahmezustand', que recordaba el fatídico artículo 48 de la Constitución de Weimar, y cuando ahora se tiene que hablar

en Alemania de estas situaciones excepcionales se utiliza el término más anglosajón de 'ley de emergencia' 'Notstandsgesetz', con lo que se pretende convertir en régimen legal especial lo que tradicionalmente se venía considerando una inhibición del ordenamiento normal.

"Luego el distinguido tratadista concluye:

"Con ello, lo que debía ser excepcional se hace normal, y van desapareciendo las inhibiciones de los gobiernos civiles, propiamente normales. Lo excepcional prevalece sobre lo normal, se hace normal...De esta suerte, todo gobierno tiende a recabar para sí y conservar poderes excepcionales, a fin de gobernar con mayor perfección técnica, pues es claro que la perfección técnica queda favorecida por una mayor concentración del poder. Con ello desaparece el ideal del 'estado de derecho' del normativismo, pero desaparece al mismo tiempo todo principio de legalidad para la acción política ejecutiva, amparada constantemente por un régimen de excepción. Si para Kelsen la excepción no existe, para Carl Schmit la excepción es la normalidad" (Subrayados nuestros).

Si he transcrito en parte sustancial los comentarios del profesor d'Ors es porque parecen pergeñados para Colombia que se ha venido habituando, al estado de sitio permanente, al estado de emergencia económica con igual vocación y al uso del artículo 212 de la Constitución Nacional para el manejo del 25% del presupuesto nacional por parte del Poder Ejecutivo, olvidando que él ya tiene tantos poderes en nuestro régimen constitucional que bien podría preguntarse; qué es lo que no puede hacer.

"El Consejo de Estado ha venido emitiendo conceptos favorables sobre la apertura de créditos suplementarios o extraordinarios con excesiva generosidad, con lo cual está comprometiendo la función que la Constitución Nacional le dio y se está haciendo responsable del déficit fiscal que tantos males le ha causado a la República".

Con toda consideración,

Samuel Buitrago Hurtado, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Julio César Uribe Acosta.

Bogotá, julio 5 de 1988.

CREDITOS ADICIONALES.—

Cuando el Consejo de Estado emite un dictamen de la índole del señalado en el artículo 212 de la Constitución, puede apartarse de consideraciones estrictamente objetivas y de derecho rectamente entendido, para que sopesando el elemento "cuando", que hace vocación a la oportunidad, a la conveniencia y al mérito, asuma su tarea de controlar la administración en el ejercicio de sus facultades discrecionales.

Aclaración de voto del Consejero *doctor Alvaro Lecompte Luna* en el dictamen sobre proyecto de decreto "por el cual se adiciona el presupuesto de rentas y recursos de capital y se abren unos créditos adicionales en el presupuesto de gastos de la Nación para la vigencia fiscal de 1988 por valor de $ 168.339.427.155.15, se efectúa un contracrédito y unos créditos adicionales por el valor de $ 10.000.000.00".

21 de junio de 1988.

Referencia: Expediente número C-064.

Mayores males habrían sobrevenido a la República si el Consejo de Estado, en Sala Plena, no hubiese emitido dictamen favorable en el asunto arriba mencionado. Por ello, el suscrito Consejero votó afirmativamente la ponencia que contó con el criterio mayoritario de la Corporación. Sin embargo, cree un deber de conciencia explicar y aclarar sus puntos de vista relacionados con la parte motiva de la misma, los que obedecen a premisas de carácter doctrinal, y de esa manera, fijar su posición al respecto, después de leer y releer cuidadosamente el proyecto del honorable Consejero doctor Jorge Penen Deltieure, que finalmente fue acogido con algunas correcciones, de apreciar los planteamientos de la anterior ponencia del honorable Consejero doctor Jaime Paredes Tamayo, y de escuchar las opiniones, en pro o en contra, de los distinguidos colegas que intervinieron de viva voz en el debate.

Si Colombia viviese otras circunstancias; si la paz reinase por doquier; si en el campo social, económico y financiero, la situación fuera bonacible; si el orden jurídico fuese normal; si las instituciones públicas y privadas cumpliesen sus misiones con decidido ánimo patriótico; si el nivel de vida de los obreros, campesinos y asalariados fuese equitativo y suficiente; si el medio ecológico no se deteriorase hasta límites alarmantes, quizá el suscrito Consejero se habría sumado a quienes se opusieron a que se emitiese dictamen favorable a la petición del Gobierno, pues está enteramente de acuerdo, por ejemplo,

con el análisis que hacen en su salvedad de voto de los honorables Consejeros doctores Samuel Buitrago Hurtado, Reynaldo Arciniegas Baedecker y Julio César Uribe Acosta, en lo que atañe a los "reintegros al FODEX", para el cual recurren a ponderadas y agudas críticas de verdaderos expertos en la materia. Pero como la situación del país es, por desgracia, bien distinta, como es notorio, en esta oportunidad se alejan las posibilidades de escudriñar fríamente, desde un ángulo estricto de interpretación y hermenéutica jurídicas, lo que ha tenido a su estudio el Consejo, lo que abre paso al pragmatismo dentro de un sentido de equidad que corresponda a los álgidos momentos que vive la Nación.

Y ello, porque cuando el Consejo de Estado emite un dictamen de la índole del señalado en el artículo 212 de la Constitución, no juzga, no "administra justicia"; es más, recobra su prístina labor original, o sea, actúa "como cuerpo supremo consultivo del Gobierno", siendo, en este único caso del 212, de fuerza obligatoria su concepto (art. 141, literal a, C. N.). Por lo tanto, aquí puede apartarse de consideraciones estrictamente objetivas y de derecho rectamente entendido, para que, sopesando el elemento *"cuando"*, que hace vocación a *la oportunidad*, a *la conveniencia* y *al mérito*, asuma su tarea de controlar la Administración en el ejercicio de sus facultades discrecionales. Si el Gobierno, a la luz del artículo 212 mencionado, es quien *"juzga"* —en la acepción de "aprecia", "discierne"—, es el Consejo de Estado, en receso de las cámaras legislativas, el organismo que ejerce el control de los elementos discrecionales que aquél ha ejercido o pretende ejercer para abrir un crédito suplemental o extraordinario, y así determinar si hay verdadera necesidad de hacer un gasto imprescindible.

En condiciones normales, el Consejo de Estado, cada vez que el Gobierno somete a su concepto un crédito suplemental o extraordinario para efectos de gastos imprescindibles, *"valora"* el elemento *"oportunidad"* a partir de un severo control jurídico y legalista. Pero cuando "circunstancias exorbitantes" las desbordan, la cautela, el sopeso del momento, tienen que mediatizar el específico fin de conseguir, en lo posible, la satisfacción concreta de las necesidades públicas para promover el bien de la sociedad. Como dice Soto Kloss, en el actuar administrativo —y, en este caso, el Consejo es "coadministrador", "cogobierno" y "colegislador", al mismo tiempo—, muchas veces la oportunidad y la conveniencia integran la juridicidad misma de su actividad, ya que le han sido atribuidas potestades determinadas para lograr esos fines precisos y específicos, de modo idóneo y eficaz.

De suerte, pues, que debido a todas estas reflexiones, el suscrito Consejero de Estado decidió votar afirmativamente en este asunto, no obstante que se aparta en mucho, con sumo respeto, de las apreciaciones y de los enfoques acogidos por la mayoría. Así se tiene:

1. Según el dictamen "el estudio de los documentos tan prolijamente descritos permite concluir que los requisitos y formalidades contemplados en el Decreto extraordinario 294 de 1973 y sus decretos reglamentarios, *se cumplen en ésta* (sic) *caso*, por lo que ese aspecto

y en ejercicio del control de legalidad el Consejo de Estado puede dictaminar favorablemente la consulta del Gobierno" (ver pág. 10, segundo párrafo; subrayas fuera del texto). Mas, sin embargo, dentro del rigor probatorio, dichos documentos están muy lejos de satisfacer las exigencias legales, dado que, v.gr., el estudio intitulado *"justificación económica"* que obra a folios 51 y siguientes del cuaderno número 2, es anónimo, pues carece de firma responsable, como bien lo dicen en su salvedad de voto los Consejeros Buitrago, Arciniegas y Uribe; además muchos de los otros que se relacionan tienen fallas de parecida o distinta índole que sería prolijo enumerar aquí.

2. Como se atrevió a sugerirle el suscrito Consejero en las glosas que hiciera al negado proyecto del honorable Consejero doctor Paredes Tamayo, ha debido distinguirse entre los que corresponde a los recursos ordinarios —que serviría a lo que respecta a "gastos de funcionamiento", aunque en algunos casos, ellos se hallan entreverados con otros que no revisten esa naturaleza—, por una parte, y lo que atañe a "recursos que provienen del llamado préstamo externo CONCORD" y que irían a financiar programas de crédito agrícola, difusión tecnológica, etc., por la otra parte, de tal manera que fuera nítida y clara la posición del Consejo respecto a estas dos cuestiones, que son muy distintas. Hubiera preferido entonces el suscrito que se estudiasen estos dos grandes rubros de modo separado, para que así se analizaran la necesidad y la imprescindibilidad de cada uno de ellos, *ítem* por *ítem*, y no en globo como se hizo, seguramente por la premura del tiempo. Si se hubiese hecho así, quizá se habrían notado aspectos como los descubiertos por los distinguidos Consejeros que salvaron su voto, doctores Uribe, Arciniegas y Buitrago, como lo atinente a tener como "imprescindible", frentes que, en sana lógica, no tienen ese carácter, pues pueden esperar a que las cámaras legislativas determinen lo que crean conveniente dentro del desarrollo normal del presupuesto. ¿Serán imprescindibles gastos o inversiones tales como $ 40.500.000.00 para obras en el Centro Histórico de Tunja, o $ 2.500.000.00 a un monumento a los héroes de la batalla de la Humareda, o $ 9.000.000.00 a un monumento al Libertador en Manizales y otras obras semejantes? ¿Será eso "urgente", que es el significado de "imprescindible"?

3. Habría sido útil para los fines perseguidos, seguir un camino dialéctico en las distinciones que deberían haberse hecho, y no entrar en lucubraciones de tipo subjetivo, acerca de las evidentes penurias de la Rama Jurisdiccional que, en algunos párrafos del dictamen, parece más bien, propios de un "memorial de agravios" dirigido a las Cortes de Cádiz. Es verdad que así lo dijeron, aunque con otras palabras, algunos de los estimados colegas de esta Corporación durante el debate. El suscrito guardó silencio en ese instante de la discusión ante la urgencia de decidir, en uno u otro sentido, lo que estaba sobre el tapete. Tal vez si el estilo hubiera sido menos dolorido, esos acápites que se proponen, sin duda, a la revitalización de la justicia, "el más importante de los servicios públicos", al decir de Alvaro Gómez, estaría de acuerdo con ellos.

4. Se habla de la "comprobación de la verosimilitud de los factores que le han permitido al Gobierno encontrar a su juicio la

necesidad de un gasto imprescindible" como un método para acercar "las posiciones extremas" de los Consejeros de Estado, o sea la que estima que "para dictaminar, el Consejo de Estado debe limitarse al ejercicio del control jurídico del asunto, es decir al de los aspectos supralegales y legales que deben presidir la apertura de créditos adicionales, suplementales o extraordinarios" y la que cree que "además del control jurídico, le permite al Consejo penetrar en el aspecto de orden político general". Para el suscrito Consejero que aclara su voto, esa "comprobación de la verosimilitud" no es fórmula "conciliatoria". Al fin y al cabo, el derecho no es ciencia exacta y responde, obra de la inteligencia y del pensamiento a episodios que se contemplan desde diversos oteros.

Cuando en el avance de la jurisprudencia, la Corporación toma una determinada posición por mayoría, ese es su pensamiento oficial, pese a que haya discrepancias o disidencias, que, con los años se irán decantando, bien porque ellos se convenzan de la bondad de las nuevas tesis, o porque, de la renovación de los Magistrados, vayan surgiendo nuevos adherentes a éstas.

Habría otros reparos que formular a la parte de las consideraciones del dictamen. Los que se acaban de explicar, son suficientes.

Ya en cuanto hace al porqué se sostiene al principio de esta aclaración que "mayores males habrían sobrevenido a la República" si no se hubiese emitido dictamen favorable, valgan las siguientes reflexiones:

A) Si no se tiene por necesario e imprescindible todo lo dedicado a los "gastos de funcionamiento", pese a que, como se anotó, aparecen algunos o muchos que no gozan de ese carácter, como la mayoría de esos gastos hacen referencia a sueldos, primas, satisfacción de obligaciones monetarias del Estado, prestaciones sociales y otras parecidas, el orden público se deterioraría aún más de lo que está, con la parálisis de servicios esenciales, con traumas grandes en la instrucción pública, con la no atención de las obras, con la agravación de las situaciones francamente alarmantes en hospitales y organismos similares, con la desatención a la defensa y a la seguridad;

B) Si no se tiene por necesario e imprescindible, en gracia de discusión y pese a todas las anomalías que anotan los Consejeros Buitrago, Uribe y Arciniegas, y correlativamente, a los recursos provenientes del llamado "empréstito CONCORD", seguramente cuestiones como el fomento del crédito agrícola, el desarrollo de los programas del INCORA, la construcción de alcantarillados, acueductos y caminos, la administración de los bosques y parques nacionales, la recuperación de ríos, lagos y ciénagas contaminados, etcétera, que no dan esperas, experimentarían quebrantos evidentes que redundarían en un mayor desequilibrio socio-político económico que el que actualmente existe;

C) Si no se tiene por necesario e imprescindible todo lo que el Gobierno ha enumerado presupuestariamente en su proyecto de decreto, notoriamente carente de verdadera planeación técnicamente entendida, incluyendo en la aprobación los "lunares" a que se refirió el honorable Consejero doctor Javier Henao Hidrón, como la famosa "compra de las tres banderas", o como la "remodelación de Hato-

grande", que no son más que "homenajes al despilfarro", la armonía que ha de imperar entre las tres ramas del Poder Público se deprimiría y ello iría en contra del buen transcurrir de las instituciones, con gravísimo detrimento del ya gravísimo instante que vive el país.

Siendo así la cuestión, habiéndose estudiado, por lo menos formalmente, los requisitos constitucionales y legales para emitir dictamen favorable, habiéndose ejercido el control que corresponde al Consejo de Estado no dejando al garete y al talente y arbitrio del Gobierno un negocio de tanta trascendencia, en aras de la salud de la patria, el suscrito Consejero ha creído conveniente votar afirmativamente la ponencia, como lo ha dicho, mas con la aclaración que la misma salud de la patria exige.

En condiciones normales muy otra habría sido la posición del suscrito Consejero en este caso concreto y aquí lo reitera. Sin embargo, el desconcierto que conturba a los colombianos en esta hora de tinieblas en la que el barbarismo se asoma más en el alma nacional en todas sus formas; la calamitosa situación en que se marcha; las dificultades y peligros que distorsionan la colombianidad, impiden que en asuntos como éste se sea la flexible y riguroso, sino tan sólo en lo que corresponda a las bases fundamentales del sistema republicano y democrático. Sin terrorismos psicológicos, sin desconocer la realidad, el Consejo cumple su tarea como lo ha hecho la ponencia acogida por el dictamen aprobado por la mayoría de la Sala Plena. Es sobre otros en quienes descansa la responsabilidad en este aspecto.

Con todo respeto,

Alvaro Lecompte Luna, Consejero de Estado.

Bogotá, D. E., julio 15 de 1988.

CREDITOS ADICIONALES.— Necesidad del gasto.

Al Consejo de Estado únicamente le incumbe examinar, como fundamento de su decisión favorable o desfavorable, los motivos expuestos por el Gobierno para justificar la "necesidad" del gasto "imprescindible". Sólo así su función puede consistir en el control jurídico de la fuerza restrictiva del presupuesto nacional.

Aclaración de voto de los *doctores Consuelo H. Sarria Olcos y Humberto Mora Osejo.*

Referencia: Dictamen sobre crédito adicional presentado por el Gobierno. Radicación número C-064.

Los suscritos Consejeros votamos afirmativamente el dictamen favorable a la apertura del crédito extraordinario. Pero consideramos necesario exponer claramente los motivos de nuestra determinación, a saber:

1º Los créditos suplementales y extraordinarios, contemplados por el artículo 212 de la Constitución, tienen carácter excepcional y son, por lo mismo, de restrictiva interpretación. Suponen que se haya expedido el presupuesto nacional de conformidad con la Constitución y las leyes y que, a pesar de ello, súbitamente se presente la necesidad imprescindible de hacer un gasto, no obstante las ordinarias previsiones que se debieron adoptar mediante el presupuesto de gastos de la Nación. A este respecto, puede afirmarse que la necesidad de abrir un crédito suplemental o extraordinario se presente pese a que, según la Constitución y las leyes, se tomaron todas las medidas presupuestales necesarias para que los gastos del Estado se hagan en forma normal u ordinaria. *De ahí que la necesidad del crédito suplemental o extraordinario sea emergente o sobreviniente, que se funde en nuevos y urgentes requerimientos del Estado que no pudieron contemplarse cuando se expidió el presupuesto de la Nación.*

2º Lo expuesto es más relevante si se considera que, mediante el Acto legislativo número 1 de 1968, se instituyó en el país la planeación nacional y local, obligatoria para el sector público e indicativa para el particular. Se trata de una previsión fundamental de la Constitución que implica, esencialmente, una clara ordenación del gasto, como un conjunto de prioridades comprendidas en un amplio programa macroeconómico del país: La planeación de todos los procesos de la economía nacional y de los gastos del Estado y de las entidades de carácter local, constituye así un conjunto de decisiones que excluye el azar, el capricho y la improvisación, con unas metas programadas en todos

los niveles y sectores, en todas las actividades del país. Es evidente que la economía planificada y los gastos del Estado, de funcionamiento e inversión, dispuestos en función de prospectivas predeterminadas, de suyo disminuyen o impiden la posibilidad de que se presente la necesidad de hacer gastos imprevistos, urgentes e ineludibles, que tenderían a disminuir y aún a desaparecer. *La economía planificada anularía o discriminaría la necesidad de los créditos suplementales y extraordinarios.*

A esto se agrega que el presupuesto del Estado debe reflejar, en la correspondiente vigencia fiscal, el plan de desarrollo económico y social porque debe ser instrumento de su realización (arts. 76, ordinal 4º, y 208 de la Constitución Nacional). Lo que significa que el presupuesto no puede expedirse al azar sino en estricta armonía con el plan económico y social que constituye, por lo mismo, su fundamento esencial. Del mismo modo, los departamentos, intendencias y comisarías y municipios deben expedir planes de desarrollo económico y social, en perfecta armonía con el plan nacional (arts. 6º, 187, ordinal 20, 189 y 197 de la Constitución), y sus correspondientes presupuestos también deben ser, durante la vigencia fiscal, medios, idóneos de realización del plan. *De donde deducimos que la ejecución presupuestal en los órdenes nacional y local es el instrumento esencial de realización de los planes de desarrollo económico y social.*

Desafortunadamente estos principios esenciales no se cumplen en el país; sin planes que determinen las prioridades esenciales del gasto público, el país marcha a la deriva, por procedimientos contrarios a las prescripciones constitucionales y en un ambiente de desorden presupuestal que se acrecienta. El presupuesto nacional, en lugar de ser un instrumento estable, ordenando y continuo de ejecución paulatina del plan, *ha devenido en un conjunto de disposiciones provisionales, que no reflejan ninguna prospectiva y que, por el contrario, como consecuencia de su crisis estructural, necesita completarse con créditos adicionales que permitan realizar nuevos y más numerosos gastos imprescindibles.*

Consideramos que es necesario y urgente poner en vigencia las disposiciones constitucionales que contemplan que los gastos del Estado tengan por fundamento la política presupuestal y el plan de desarrollo económico y social. *Sólo en esta forma se puede remediar radicalmente el caos que existe en la actualidad y conjurar la tendencia a volverlo irreversible.*

La Sala del Consejo de Estado, en dictamen de 15 de julio de 1987, prohijó el criterio que sustentamos, en los siguientes términos, que reiteramos y transcribimos:

"El Consejo de Estado considera que es necesario y urgente expedir y poner en vigencia el plan de desarrollo económico y social y de obras públicas, como prescribe el artículo 80 de la Constitución, que adopte las opciones políticas fundamentales para superar los problemas del país; que el plan, según el artículo 76, ordinal 4º, de la misma Carta, debe reflejarse en el presupuesto de rentas y gastos que es, durante la vigencia fiscal, el instrumento jurídico y político para darle efectividad, y que el mismo debe constituir el fundamento

jurídico, general y sistemático, de las inversiones públicas y de los planes seccionales y locales, que también deben cumplirse mediante los correspondientes presupuestos.

"La Corporación estima que el plan de desarrollo económico y social y de obras públicas, obligatorio para el sector oficial e indicativo para el privado, además de constituir las prioridades y prospectivas del Estado para un determinado lapso, evita la improvisación y hace posible que las inversiones se realicen conforme a los objetivos establecidos por la ley; que se trata, por lo mismo, de una institución constitucional cuya efectividad ha sido diferida durante diecinueve años y cuya plena vigencia es indispensable para remediar los grandes problemas nacionales..."

3º El artículo 212 de la Constitución atribuye al Gobierno la facultad de abrir créditos suplementales o extraordinarios cuando, "estando en receso las Cámaras, y no habiendo partida votada o siendo ésta insuficiente", considera necesario hacer un gasto "imprescindible"; el Gobierno debe ejercer esta facultad mediante el procedimiento que determine la ley y previo dictamen favorable del Consejo de Estado (arts. 212 y 213 de la Constitución).

El Consejo de Estado dictamina con fundamento en la Constitución y en la ley orgánica del presupuesto nacional con la finalidad de efectuar el control de la fuerza restrictiva del presupuesto nacional. Conceptúa, en consecuencia, sobre todos los elementos jurídicos necesarios para la apertura del crédito: Le incumbe verificar la regularidad del procedimiento adelantado por el Gobierno y el fundamento de su determinación de efectuar un gasto que considera imprescindible. El artículo 212 de la Constitución le atribuye determinar, "a su juicio", la necesidad imprescindible del gasto, como un poder discrecional cuyo posible ejercicio el Consejo de Estado evalúa, con fundamento en la doctrina general, a fin de establecer si ese juicio es o no fundado o verosímil, si es o no arbitrario. De este modo, si el Gobierno es autónomo para determinar la conveniencia y oportunidad de la medida, el Consejo de Estado está facultado para controlar los fundamentos jurídicos objetivos de esa decisión, como sucede en todos los casos en que controla actos o poderes discrecionales. *Estimamos, por consiguiente, que el Consejo de Estado exclusivamente debe verificar el proyecto de decreto del Gobierno, sin que le sea posible, según el artículo 212 de la Constitución, cambiar o modificar la opción adoptada por el mismo: El control jurídico implica que debe examinar exclusivamente el procedimiento y el fundamento del proyecto del Gobierno.*

4º En este orden de ideas, tampoco le es dable al Consejo de Estado aducir nuevos motivos de conveniencia para justificar el proyecto del Gobierno: Por el contrario, *únicamente le incumbe examinar, como fundamento de su decisión, favorable o desfavorable, los motivos expuestos por el Gobierno para justificar la "necesidad" del gasto "imprescindible". Sólo así su función puede consistir en el control jurídico de la fuerza restrictiva del presupuesto nacional.*

Consideramos, en consecuencia, que la Sala no debió aducir nuevos motivos de conveniencia para la apertura del crédito extraor-

dinario; y que, por el contrario, debió examinar exclusivamente las razones expuestas por el Gobierno, como corresponde a la índole o naturaleza de la atribución que le confiere la Constitución: *Los motivos aducidos por el Gobierno para justificar los nuevos gastos de funcionamiento e inversión son suficientes para concluir que el crédito extraordinario es necesario y urgente.*

Fecha, *ut supra.*

Consuelo H. Sarria Olcos, Humberto Mora Osejo.

CREDITOS ADICIONALES.— Imprescindibilidad del gasto.

El juicio del Gobierno sobre la necesidad de hacer un gasto imprescindible, sólo puede recaer sobre lo que se presente cuando las Cámaras no están reunidas, no sobre la necesidad que estas pudieran juzgar inicialmente cuando aprobaron la ley de apropiaciones para el respectivo año.

Imprescindibilidad del gasto.

Salvamento de voto del Consejero *doctor Jaime Paredes Tamayo.*

Radicación: Número C-064.

Referencia: Consulta del Gobierno nacional sobre el proyecto de decreto "por el cual se adiciona el presupuesto de rentas y recursos de capital y se abren unos créditos adicionales en el presupuesto de gastos de la Nación para la vigencia fiscal de 1988 por valor de $ 168.339.427.155.15, se efectúa un contracrédito y unos créditos adicionales por valor de $ 10.000.000.00".

En los siguientes motivos de orden constitucional, sostengo mi discrepancia con la motivación del concepto mayoritario y su conclusión respecto del crédito adicional proyectado para gastos de inversión:

Establecidos de manera clara y precisa los recursos que han de servir de base para la apertura de créditos adicionales al presupuesto, no puede apreciarse en igual forma que lo esté la necesidad imprescindible de incorporarlos con el fin de destinarlos a gastos de inversión.

Si lo que juzga imprescindible el Gobierno es la incorporación de los recursos, dicho juicio no supone el grado de necesidad que hace imprescindible el gasto en términos del artículo 212 de la Constitución Política, regla de aplicación exceptiva cuando no está reunido el Congreso.

La insuficiencia de las partidas votadas tampoco supone tal grado de necesidad, referido al momento en que la apropiación se hizo, como correspondiente a un gasto decretado conforme a ley anterior; el grado de necesidad que requiere el artículo 212 se establece con referencia a la imprescindibilidad del gasto mientras las Cámaras están en receso, pues estando reunidas son éstas las llamadas a juzgar dicha necesidad y abrir el crédito suplemental o a prescindir del gasto.

Si el Gobierno pudiera juzgar, en general, la necesidad del gasto, en receso de las Cámaras, todo gasto podría resultar imprescindible, indispensable siempre el aumento de las apropiaciones y compatible,

por tanto, el juicio del Gobierno con la apertura de créditos adicionales, en ejercicio de la facultad otorgada por el artículo 212 de la Constitución y por el artículo 98 del Decreto-ley 294 de 1973.

La posibilidad del Gobierno de abrir créditos adicionales implicaría, así, la de aumentar el monto de toda apropiación, bien para complementar las insuficiencias, bien para ampliar los servicios existentes, o bien para establecer nuevos servicios autorizados por la ley, máxime cuando no existe ley del plan ni la comisión especial permanente que vigile la evolución del gasto público.

Pero como tal posibilidad está circunscrita a los límites excepcionales señalados por el artículo 212, el juicio del Gobierno sobre la necesidad de hacer un gasto imprescindible, sólo puede recaer sobre la que se presente cuando las Cámaras no estén reunidas, no sobre la necesidad que estas pudieran juzgar inicialmente cuando aprobaron la ley de apropiaciones para el respectivo año.

Si así no fuere, resultarían paralelas las competencias del Congreso y del Gobierno respecto a la fijación de los gastos, pues bastaría el receso de aquel para que el Gobierno la asumiera, con relación a aquellos que el Congreso no consideró imprescindibles en la respectiva vigencia, pero que sí lo sean a juicio del Gobierno, y exista el recurso que pueda servir de base para la apertura del crédito adicional.

La competencia del Congreso para abrir créditos adicionales, a solicitud del Gobierno, es otorgada, por demás, explícitamente, en el mismo artículo 212, sin que la consideración de la Cámara de Representantes sobre el proyecto de ley respectivo, se limite por otra razón distinta a la necesidad del gasto durante la respectiva vigencia.

No hay alternativa diferente dentro de las regulaciones constitucionales (arts. 76, ordinales 3º y 13; 118, ordinal 4º, 120, ordinal 11 y 208 a 213 inclusive), cuya prevalente e integral aplicación garantiza la validez y eficacia de los actos de la administración.

La unidad del sistema presupuestario se mantiene en términos sin alternativa válida por la separación orgánica entre constituyente y legislador, entre Congreso y Gobierno y por la actuación de cada órgano en su respectiva órbita. Allí donde concurren Constitución y ley, siempre prevalece la primera, que escuetamente ordena que el Congreso establezca las rentas nacionales y fije los gastos de la administración, con este *ítem:* "En cada legislatura, y estrictamente de acuerdo con las reglas de la ley normativa se expedirá el presupuesto general de renta y ley de apropiaciones" (art. 210). Porque ya en el artículo 76 se ordena al mismo Congreso la expedición de las normas orgánicas del presupuesto nacional (3ª), el establecimiento de las rentas y la fijación de los gastos (ordinal 13).

Lo que declara expresamente la Constitución que puede hacer el Congreso, estando reunido, y el Gobierno, en receso de aquél, son competencias, supralegales, estrictamente sujetas en su ejercicio a las circunstancias de tiempo y formas propias de su atribución, pero

no a la posibilidad de modificación, extensión o subrogación mediante interpretaciones originadas en otras circunstancias que la Constitución no ha previsto.

Todas las disposiciones en materia presupuestal deben ceñirse a las prescripciones contenidas en el Estatuto Orgánico del Presupuesto, único instrumento de origen constitucional para desarrollar las propias normas constitucionales, afianzar las competencias por ellas atribuidas y asegurar el ejercicio válido de las mismas por el Congreso, el Gobierno y el Consejo de Estado, cuando se trata de expedir el presupuesto general, de ejecutarlo o de adicionarlo, cuando no esté reunido el Congreso.

Evidentemente el artículo 212 de la Constitución y el parágrafo del artículo 106 del Decreto-ley 294 de 1973 señalan que corresponde exclusivamente al Gobierno nacional, calificar si un gasto es imprescindible, cuando no están reunidas las Cámaras, pero esta atribución no implica la calificación de cualquier gasto o de todo gasto, pues la iniciativa del Gobierno para hacerlo está vinculada a una necesidad sobreviniente en receso de las Cámaras, porque sólo entonces resulta imprescindible en el sentido de que únicamente el Gobierno podrá atenderla, no en virtud de la calificación que le dé, sino de la ocurrencia misma de la necesidad.

Deslindada, así, la iniciativa del Gobierno frente a la concurrencia permanente de las necesidades colectivas que compete atender al Congreso, no se comprende cómo pueda aquel asumir la calificación de toda necesidad, con aplicación del artículo 212 de la Constitución, cuando éste sólo le atribuye la calificación de las necesidades que surjan mientras las Cámaras están en receso, para tenderlas mediante la apertura de los créditos adicionales.

Por esta razón el procedimiento que determina genéricamente que los créditos adicionales propuestos para gastos de inversión resultan imprescindibles ante los faltantes de apropiación que presenta la inversión pública para 1988, no es de recibo indiscriminado, y reglamentariamente reclama de cada uno de los organismos y entidades ejecutivas la información prevista por el artículo 2º del Decreto número 1529 de 1978, reglamentario del artículo 107 del Decreto 294 de 1973.

En el presente caso bastaría tener en cuenta que a la aplicación del artículo 212 de la Constitución, dentro del cual está circunscrita una competencia excepcional del Gobierno, le son ajenas finalidades como la de complementar el valor de la cuota de inversión que el CONPES autorizó a las diferentes dependencias oficiales para la vigencia fiscal de 1988 o en general, la de complementar el presupuesto de inversión con el propósito de no paralizar acciones del Estado en sectores tan importantes como el agropecuario y en sectores sociales como el de educación y salud.

De otra parte la perturbación nacional en receso de las Cámaras mal podría controlarse a través del artículo 212 cuando la aplicación de éste implique sustituir al Congreso en su función de destinar una adecuada financiación a los sectores de Defensa y Seguridad Nacional y al sector judicial.

Ni la ampliación de servicios de justicia, o la atención de la infraestructura judicial (instalaciones y edificaciones) deficitario siempre, se justificaría en términos de aplicación del artículo 212, cuando siempre son frentes de imprescindible atención y su programación se cumple independientemente del receso de las Cámaras.

La necesidad de incorporación de recursos es comprensible en toda organización necesitada, pero no lo es la pretensión de definir un contorno de financiación y apoyo directo de la acción estatal a través del artículo 212 de la Constitución Política.

Sí resulta, en cambio, compatible con la aplicación del artículo 212 la incorporación dentro del presupuesto de funcionamiento de recursos originados en reintegros de Tesorería, ante la necesidad de complementar mediante la apertura de créditos adicionales, las apropiaciones insuficientes, relacionadas con servicios personales, en vista del incremento salarial de enero en favor de todos los servidores del Estado, que no alcanzó a incorporar la ley de presupuesto y cuya atención no se puede aplazar total o parcialmente, sin afectar la regularidad del servicio.

Con este fundamento, extensivo, en general a la adición del presupuesto de funcionamiento proyectado por el Gobierno y en atención a la reunión, respecto de la misma, de los requisitos exigidos por los artículos 100, 101, 102, 106 y 107 del Decreto-ley 294 de 1973, el Consejo de Estado podía emitir concepto favorable sobre la adición de $ 13.578.383.390.73 al presupuesto de funcionamiento proyectado por el Gobierno y desfavorable, sobre la adición de $ 154.761.043.264.42 al presupuesto de inversión, como lo propuse originalmente y ahora lo reafirmo.

Jaime Paredes Tamayo.

CREDITOS ADICIONALES.— Revisión de su apertura.

No puede introducirse partida en el presupuesto nacional que no tenga soporte en una disposición legal.

Salvamento de voto del Consejero *doctor Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia: Consulta. Radicación número C-064. Adición al presupuesto de gastos de la vigencia fiscal de 1988 por ($ 168.339.4) millones.

Con todo respeto me aparto de la mayoría que votó afirmativamente la solicitud de crédito adicional al presupuesto hecho por el Gobierno nacional por valor de $ 168.339.4 millones por las siguientes razones:

1. El artículo 212 de la Constitución Nacional contiene la previsión de la apertura de estos créditos mediante el cumplimiento de especiales requisitos que contiene la disposición y que tienen su desarrollo legal en el Decreto 294 de 1973, Estatuto Orgánico del Presupuesto. El dictamen del Consejo de Estado debe ser previo y favorable, y de no ocurrir así, no procede la apertura del crédito.

A este respecto, la formación del expediente en el cumplimiento de requisitos legales deja mucho que desear, sin que considere necesario hacer un análisis puntualizado.

Quiero así resaltar que existen partidas cuyo gasto no considero imprescindible como para excluir del Congreso Nacional su disposición, en especial en cuantías que deben estar a su consideración, para materias de especial estudio, con apreciable influencia en una política definida presupuestal, y en relación con un empréstito que por su naturaleza y modalidades afecta ostensiblemente la deuda externa.

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

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

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

En el expediente no aparece la autorización legal de algunas partidas, y por lo menos se crea la duda constitucional al aparecer que por un crédito adicional se pueda decretar un gasto público. La situación de *imprescindibilidad del gasto* no es razón que supla la exigencia de norma legal.

3. Es oportuno deplorar la falta de desarrollo del artículo 80 de la Constitución, es decir, la carencia de funcionamiento de la Comisión del Plan de Desarrollo Económico y Social, comisión especial permanente, encargada de tramitar los proyectos que fijan los planes y programas de desarrollo económico y social a que debe someterse la economía nacional, y los de las obras públicas que hayan de emprenderse o continuarse, con la determinación de los recursos e inversiones que se autoricen para su ejecución y de las medidas necesarias para impulsar el cumplimiento de los mismos. Igualmente, vigilar la ejecución de los planes de desarrollo económico y social, lo mismo que la ejecución del gasto público, y que puede llegar el momento en que por vencimiento de los plazos de la comisión "el Gobierno podrá poner en vigencia el proyecto mediante decreto con fuerza de ley".

Es decir, que carecemos de planeación, con detrimento del ordenamiento del gasto público, sin orientación legal, y todo queda a imaginativos y arbitrarios planes de los gobernantes de turno, así estén ajustados al marco de las buenas intenciones y a la lealtad de las promesas en las campañas electorales.

Jaime Betancur Cuartas.

Bogotá, 14 de julio de 1988.

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

Salvamento de voto del Consejero *doctor Simón Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Consulta. Radicación número C-064. Créditos adicionales al

Presupuesto Nacional de la vigencia de 1988 por $ 168.339.427.155.15.

En vista de que en el dictamen aprobado se omitieron algunas consideraciones sobre la función del Consejo de Estado en materia de créditos adicionales en receso del Congreso, y que creí aún subsistían, me siento relevado de hacer aclaración alguna al mismo.

Atentamente,

Simón Rodríguez Rodríguez, Consejero de Estado.

CREDITO ADICIONAL.— Control de mérito.

Si bien la necesidad del gasto y su imprescindibilidad son apreciadas discrecionalmente por el Gobierno, es indudable que el control de mérito puede ser evaluado por esta Corporación para emitir su dictamen.

CREDITOS ADICIONALES. Competencia del Consejo de Estado. Es temporal y en verdad residual.

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

Consejero ponente: *Doctor José Ignacio Narváez García.*

Referencia: Expediente número C-093. Crédito adicional. Solicitud del Ministro de Hacienda y Crédito Público.

Con Oficio número 0407 de fecha primero de julio del presente año, el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público remitió el expediente contentivo de la documentación y la solicitud de dictamen del honorable Consejo de Estado para expedir el Decreto "por el cual se adiciona el presupuesto de rentas y recursos de capital y se abren unos créditos adicionales en el presupuesto de gastos de la Nación para la vigencia fiscal de 1988 por valor de $ 12.561.946.902.56".

Correspondió el estudio del informativo al honorable Consejero doctor Javier Henao Hidrón, quien leyó y explicó en la reunión de la Sala Plena del ocho de julio último, su ponencia con dictamen favorable por considerar reunidos a cabalidad los requisitos exigidos en el estatuto orgánico del Presupuesto General de la Nación (Decreto-ley 294 de 1973), a pesar de la siguiente observación:

> "No obstante todo lo anterior, hubiera sido altamente deseable y conveniente que el Departamento Nacional de Planeación —que forma también para integrante del Gobierno al tenor del artículo 57 de la Constitución Política—, asumiera con todo el rigor técnico y socio-económico la obligación de elaborar el concepto previo, cuando se trata de gastos de inversión, prescrito en el artículo 106 del Decreto 294 de 1973. Ya en otra oportunidad, la Sala Plena de esta Corporación, con asistencia del equipo técnico del Gobierno —entre quienes se encontraba la actual directora del Departamento Nacional de Planeación— hizo claras y pertinentes advertencias en el sentido de que el concepto que corresponde emitir a Planeación, máxime ante la ausencia reite-

rada de la LEY DEL PLAN ordenada por el artículo 80 de la Constitución, debía tener una completa motivación que justificara plenamente las inversiones del Gobierno que constituyen créditos adicionales al Presupuesto de la Nación.

"Pues bien: Los cuatro conceptos del Departamento Nacional de Planeación favorables a la adición presupuestal solicitada por el Gobierno (visibles a fls. 6-7, 57-58, 59-60 y 61-62), obedecen a un mismo modelo estereotipado y prescinden de la parte motiva destinada a servir de fundamento a la inversión de los dineros públicos desde el punto de vista presupuestal, financiero, social y económico. Además, respecto de dichos conceptos no asume el jefe del organismo la responsabilidad que le corresponde, dejando simplemente que sean firmados, por el funcionario que tiene a su cargo la unidad de inversiones públicas".

Para colmar las deficiencias del expediente, la Sala decidió por unanimidad que previamente se exigiera:

a) La petición del señor Ministro de Comunicaciones al de Hacienda y Crédito Público sobre apertura del crédito adicional; y

b) El concepto en debida forma y suscrito por el Director titular del Departamento Nacional de Planeación.

En la reunión de la Sala llevada a cabo el trece (13) de julio del año en curso fue sometida a votación la ponencia y no obtuvo la mayoría absoluta, indispensable para aprobarla o improbarla. Idéntico resultado dio la votación efectuada en la reunión del día catorce de los mismos mes y año, y se ordenó sortear Conjueces, conforme a lo dispuesto en el artículo 102 del Código Contencioso Administrativo.

Y en la sesión del día diecinueve de julio último, con asistencia de 22 Consejeros y 3 Conjueces, la Sala rechazó la ponencia por trece (13) votos y dispuso pasar el expediente al Consejero en turno según el orden alfabético de apellidos, para que redacte nueva ponencia con la tesis de la mayoría (art. 23 del Reglamento del Consejo).

Los principales argumentos de la mayoría se sintetizan enseguida, así:

1º El crédito adicional propuesto no es urgente ni inaplazable frente a necesidades colectivas que requieren soluciones y inmediatas y prioritarias como las de la salud, la construcción de acueductos y alcantarillados, la educación primaria y técnica, así como la modernización y dotación de la administración de justicia en todos sus niveles. Al respecto se expresó que de conformidad con el primer inciso del artículo 212 de la Constitución Nacional "cuando haya necesidad de hacer un gasto imprescindible a juicio del Gobierno, estando en receso las Cámaras, y no habiendo partida votada o siendo ésta insuficiente, podrá abrirse un crédito suplemental o extraordinario"; pero que el Consejo de Estado, en su dictamen de fecha 27 de junio de 1986 (Expediente número C-020. Crédito Adicional, ponencia redactada por el honorable Consejero doctor Carlos Betancur Jaramillo), interpretó este precepto en el sentido de que si bien la necesidad del gasto y su imprescindibilidad son apreciadas discrecionalmente por el Gobierno, es indudable que el control de mérito puede ser evaluado por

esta Corporación para emitir su dictamen; que "la urgencia fuera de ser especial, tiene una nota condicionante en el tiempo: Debe satisfacerse ya, lo más pronto posible, hasta el punto que no pueda ni siquiera esperarse la próxima reunión de las Cámaras. De allí que siempre que se estudie el aspecto de la urgencia tenga que observarse el aspecto de la oportunidad". Agregó que "las necesidades comunes, por queridas que sean, deben tener su trato y cabida en el presupuesto ordinario. Esa debe ser la política de los gobiernos. El presupuesto no revela otra cosa. Y a la hora de nona lo que la Administración ha dejado de hacer no puede calificarse como excepcional para someterlo a un trato *ídem*. El Gobierno y el Congreso tienen que tomar conciencia de esto, para evitar que un procedimiento de excepción, como lo es el de los créditos adicionales, sirva de pretexto para llenar vacíos dejados por una mal elaborada ley del presupuesto" (dictamen citado, págs. 4 a 6).

2º La adición presupuestal prospectada corresponde a un recurso de crédito externo para cuya contratación el Gobierno fue autorizado de modo general en las Leyes 63 de 1983 y 7ª de 1986 en cuanto el endeudamiento sea para financiar planes o programas de desarrollo económico y social. Al efecto el artículo 7º de la mencionada Ley 7ª dispuso que "las operaciones de crédito externo e interno que garantice la Nación con cargo a las autorizaciones de los artículos 3º y 5º, requerirán el concepto previo de la Comisión Interparlamentaria de Crédito Público". Pero como esta formalidad no aparece acreditada en el informativo, es imposible saber si el incremento de la deuda externa que en este caso motiva la adición presupuestal proyectada se ciñe en ese aspecto a la legalidad por estar destinado o no a financiar el plan de desarrollo económico y social del Gobierno o si así debe entenderse el enunciado genérico expresado en uno de los considerandos del proyecto de decreto, según el cual, su finalidad es atender erogaciones suplementarias en el presupuesto de gastos de la vigencia fiscal de 1988.

3º El protocolo financiero celebrado el seis de marzo de 1986 entre el Gobierno de la República Francesa y el Gobierno de la República de Colombia, así como el convenio de aplicación de dicho protocolo suscrito en esa fecha, se refirieron únicamente al "proyecto de ampliación de la tercera cadena de televisión educativa". Pero mediante adendo al convenio de aplicación, de fecha 25 de marzo de 1988, se acordó cambiar el objeto del protocolo financiero con la denominación de "proyecto de desarrollo del sistema de canales de televisión existentes en Colombia tutelados por la Nación —Ministerio de Comunicaciones—" y se modificaron varias de sus principales cláusulas. Y aunque los contratos fueron sometidos a los trámites y revisiones de rigor sin que hubieran merecido glosa alguna, la evidencia es que en ellos se hizo abstracción de preceptos legales que consagran la reserva de carga en porcentaje apreciable en favor de buques de bandera nacional para el transporte de equipos y maquinaria, así como de los que obligan a contratar los correspondientes seguros en compañías lideradas por una asegurada del país. En verdad conforme a las estipulaciones acordadas, el transporte se hará en naves de bandera francesa y las pólizas de seguros serán tomadas en aseguradoras de Francia.

Además, las diferencias que se susciten por razón de los contratos celebrados, serán dirimidas en unos aspectos por tribunales franceses y en otros por los de Estados distintos.

4º Según el Aditivo número 1 del Convenio de Apertura de Crédito, suscrito el 25 de marzo de 1988 por el Ministro de Hacienda y Crédito Público (prestatario y el Banque Paribas y el Banque Francaise du Commerce Exterieur —prestamistas—), el precio de los contratos, que es de 490.000.000 de francos franceses, se integra así:

A. Parte francesa	F.F. 390.000.000
B. Parte extranjeras (Colombia)	F.F. 100.000.000

Pues bien: El crédito adicional por $ 12.561.946.902.56 sólo comprende 250.000.000 de francos franceses, que es el desembolso correspondiente al año de 1988. Pero en la vigencia fiscal de 1989 deberá incorporarse al presupuesto el equivalente en pesos colombianos a 175.000.000 de francos franceses, y en la de 1990 la suma que equivalga a 65.000.000 de francos franceses. Además, Colombia deberá conseguir el faltante para completar el precio total, o sea, cien millones de francos franceses, más o menos siete mil millones de pesos.

5º El destinatario del crédito adicional es INRAVISION, aporte presupuestal con el que su patrimonio se vería considerablemente aumentado, sin contrapartida de parte suya. A su turno, los beneficiarios indirectos serían las programadoras que explotan comercialmente los espacios de las Cadenas Uno y Dos. Sin embargo, a la luz de los estados financieros más recientes de ese Instituto, es fácil cerciorarse de su bonanza económica, patrimonial y financiera. Al respecto basta poner de relieve que en el año de 1987 realizó inversiones por 318 millones en Telecaribe, Audiovisuales y otras; que adquirió equipos por valor de 2.172 millones; que sus utilidades ascendieron a 1.170.5 millones, y que su coeficiente de liquidez es del 2.42%, a pesar del sistemático incumplimiento en los pagos por parte de las programadoras que determinó un debido cobrar a 31 de diciembre de 1987 en cuantía de $ 2.256. Estas cifras revelan que INRAVISION es administrado con eficiencia y tiene capacidad para ampliarse y modernizarse paulatinamente por sí mismo, tal vez sólo con el respaldo de garantías estatales.

Por último, la competencia del Consejo de Estado en lo atinente a los créditos adicionales al Presupuesto es temporal y en verdad residual. Pero para que su dictamen se emita favorablemente es menester que el día de su aprobación, la necesidad del gasto sea tan imprescindible que no permita esperar las deliberaciones del Congreso. Y en relación con el crédito que el Gobierno acaba de someter a su estudio. en aras del interés general de la comunidad, es conveniente dictaminar desfavorablemente para dar oportunidad al Congreso de la República, cuyas sesiones ordinarias se iniciarán dentro de pocas horas, de pronunciarse acerca de este incremento de la deuda externa; de si se trata de un gasto prioritario y si es o no posible encasillarlo en los planes de desarrollo económico y social actualmente en ejecución.

Al proceder así, el Consejo de Estado corrobora su criterio expuesto hace dos años y reiterado en el último dictamen rendido hace

pocos días, en el sentido de que la imprescindibilidad del gasto es a juicio del Gobierno, en forma discrecional, siempre que tal imprescindibilidad surja con posterioridad al receso de las Cámaras legislativas. Y cuando el Consejo ejerce el control jurídico de los créditos adicionales o extraordinarios, no puede soslayar el examen de la necesidad y la urgencia. Si el gasto es necesario y urgente el dictamen debe ser favorable; y si es necesario pero no inaplazable o urgente, la aprobación del crédito debe deferirla al Congreso para que en su sabiduría decida lo que más convenga al bien común.

Estas consideraciones fueron suficientes para que la mayoría de la Sala Plena improbara la ponencia inicialmente presentada. En consecuencia, su dictamen es desfavorable con relación al proyecto de decreto "por el cual se adiciona el presupuesto de rentas y recursos de capital y se abren unos créditos adicionales en el presupuesto de gastos de la Nación para la vigencia fiscal de 1988 por valor de $ 12.561.946.902.56".

Comuníquese y publíquese.

Se hace constar que esta decisión fue aprobada por la Sala en su reunión del diecinueve (19) de julio de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

Carmelo Martínez Conn, Presidente, con Salvamento de voto; *Antonio José de Irisarri Restrepo,* con Salvamento de voto; *José Ignacio Narváez García, Aydée Anzola Linares,* con Salvamento de voto; *Consuelo Sarria Olcos,* con Salvamento de voto; *Clara Forero de Castro, Luis Antonio Alvarado Pantoja,* con Salvamento de voto; *Jaime Abella Zárate,* con Salvamento de voto; *Carlos Betancur Jaramillo,* con Salvamento de voto; *Samuel Buitrago Hurtado, Jaime Betancur Cuartas, Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Javier Henao Hidrón,* con Salvamento de voto; *Alvaro Lecompte Luna,* con Salvamento de voto; *Euclides Londoño Cardona,* con Salvamento de voto; *Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo, Carlos Ramírez Arcila, Jorge Penen Deltiure, Simón Rodríguez Rodríguez,* con Salvamento de voto; *Carlos Upegui Zapata,* Conjuez; *Julio César Uribe Acosta, Germán Escobar Ballestas,* Conjuez; *Mario Delgado Echeverry,* Conjuez.

Nubia González Cerón, Secretaria General.

CREDITO ADICIONAL. —

La afirmación hecha en la ponencia de mayoría de que el crédito adicional propuesto no es urgente ni inaplazable frente a necesidades colectivas que requieren soluciones inmediatas y prioritarias... equivale a colocar por encima del Gobierno, consideraciones de índole meramente subjetiva.

Salvamento de voto.

Con el debido respeto, los suscritos Consejeros nos apartamos de la decisión mayoritaria adoptada en la reunión de Sala Plena del día 19 de julio y mediante la cual se emitió dictamen desfavorable en relación con la apertura de un crédito adicional en el presupuesto de gastos de la Nación para la vigencia fiscal de 1988 por valor de $ 12.561.946.902.56.

Estuvimos de acuerdo con los planteamientos expuestos en la ponencia original, en la cual se proponía al Consejo de Estado emitir dictamen favorable en relación con la expedición del decreto gubernamental respectivo. Las razones pueden resumirse de la manera siguiente:

1ª El expediente presentado por el Gobierno reúne los requisitos legales establecidos en el Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación y su Decreto reglamentario 1529 de 1978.

2ª El crédito adicional propuesto tiene su fundamento en un convenio suscrito por el Gobierno de Colombia con el gobierno de la República Francesa y en contratos de empréstito con bancos franceses por un total de 390 millones de francos, con destinación específica para la ampliación de los servicios de la televisión colombiana, así: Ampliación de la Cadena Tres (canal educativo) y nuevos equipos para las Cadenas Uno y Dos.

Respecto de dicho crédito adicional el Contralor General de la República expidió con fecha 18 de mayo de 1988, los Certificados de Disponibilidad números 25 y 26, que corresponden a un giro inicial por la cantidad de 250 millones de francos franceses ($ 12.561.946.902.56).

En tal sentido, el crédito adicional encuentra su justificación jurídica en el Decreto 294 de 1973, que preceptúa:

> Artículo 101. Para salvaguarda del equilibrio presupuestal, todo crédito adicional, deberá basarse en alguno de los siguientes hechos certificados por el Contralor General de la República, a saber:

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

Por lo demás, en su oportunidad la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación había declarado *ajustados a la ley* los respectivos contratos de empréstito, autorizados por la Ley 7ª de 1986.

3ª El gasto es imprescindible a juicio del Gobierno, de conformidad con el artículo 212 de la Constitución Política, y en tal sentido el Consejo de Ministros en su sesión del día 30 de junio de 1988, luego de analizar detenidamente los rubros que conforman el crédito adicional, aprobó todos los gastos en él contemplados por considerar que son imprescindibles y tienen carácter urgente.

La decisión adoptada por el Consejo de Ministros tiene su fundamento en el concepto de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, que había considerado los contratos de empréstito para la ampliación de la televisión nacional, plenamente justificados; en los estudios elaborados al respecto por INRAVISION; y en el concepto del Departamento Nacional de Planeación. Este último, debidamente ampliado, fue anexado al expediente a petición de la Sala Plena (fls. 46 a 55 del cuaderno número 1). Y,

4ª La solicitud de apertura del crédito adicional, para su debida incorporación al presupuesto de la Nación, reúne las demás exigencias de ley: No excede el veinticinco por ciento (25%) ordenado en el artículo 100 del Decreto 294 de 1973 como porcentaje máximo para que el Gobierno efectúe adiciones presupuestales estando en receso el Congreso Nacional; los recursos tienen destinación específica y no pueden destinarse a financiar rubros diferentes; su objeto o finalidad no fue expresamente negada por el Congreso al aprobar la respectiva ley de apropiaciones, ni al decidir sobre un crédito adicional, con lo cual se cumple también con lo dispuesto en el artículo 111 del Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación.

Por otra parte, no nos es posible compartir los siguientes criterios expuestos en la ponencia de mayoría que con fecha dos (2) de agosto de 1988 fue elaborada por el Consejero José Ignacio Narváez García:

A. El crédito adicional propuesto no es urgente ni inaplazable frente a necesidades colectivas que requieren soluciones inmediatas y prioritarias como las de la salud, la construcción de acueductos y alcantarillados, la educación primaria y técnica, así como la modernización y dotación de la administración de justicia en todos los niveles.

Dicha afirmación equivale a colocar por encima del criterio del Gobierno, que es el que rige el crédito adicional en cuanto a su carácter de imprescindible (art. 212 de la Constitución), consideraciones de índole meramente subjetiva, las cuales además pierden toda su apariencia de verdad en tratándose de un crédito adicional cuyo fundamento es un contrato de empréstito con destinación específica para la ampliación y mejora de los servicios que prestan las tres Cadenas de la televisión colombiana.

B. Aunque los contratos fueron sometidos a los trámites y revisiones de rigor sin que hubieran merecido glosa alguna, la evidencia es que en ellos se hizo abstracción de preceptos legales que consagran la reserva de carga en porcentaje apreciable en favor de buques de bandera nacional para el transporte de equipos y maquinaria, así como de los que obliga a contratar los correspondientes seguros en compañías lideradas por una aseguradora del país. En verdad conforme a las estipulaciones acordadas, el transporte se hará en naves de bandera francesa y las pólizas de seguros serán tomadas en aseguradoras de Francia. Además, las diferencias que se susciten por razón de los contratos celebrados, serán dirimidas en unos aspectos por tribunales franceses y en otros por los de Estados distintos.

La anterior afirmación olvida que el Estatuto Contractual de la Nación (Decreto-ley 222 de 1983), teniendo en consideración las especiales características de los contratos de empréstito, exceptúa a éstos de aquellos requisitos tendientes a dar aplicación a la ley y jurisdicción nacionales. En tal sentido, el artículo 239, inciso 2º, declarado exequible por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 20 de marzo de 1986 dispone lo siguiente:

La ejecución de los contratos de empréstito que deba verificarse en el exterior, podrá someterse, en cuanto a ley y jurisdicción a lo que en ellos se pacte.

C. Tampoco creemos que la imprescindibilidad del gasto deba surgir "con posterioridad al receso de las cámaras legislativas", porque si así fuese, existiría la imposibilidad jurídica y práctica de poder incorporar al presupuesto los dineros provenientes de contratos de empréstito cuya negociación y legalización suelen surtirse mediante un proceso relativamente prolongado. Imposibilidad que pugna con la filosofía del crédito adicional.

Por las razones expuestas, el dictamen debió ser favorable a la apertura del crédito adicional.

Jaime Abella Zárate, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Aydée Anzola Linares, Carlos Betancur Jaramillo, Javier Henao Hidrón, Antonio José de Irisarri Restrepo, Alvaro Lecompte Luna, Euclides Londoño Cardona, Carmelo Martínez Conn, Simón Rodríguez Rodríguez, Consuelo H. Sarria Olcos.

CAPITULO II

CONSULTAS DEL GOBIERNO

ECOPETROL.—

Impuesto de transporte sobre los oleoductos. Sobre los que se constituyan desde el 7 de octubre de 1952 debe pagarse por todos los propietarios de oleoductos públicos y que están exentos del mismo los demás oleoductos privados.

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

Consejero ponente: *Doctor Humberto Mora Osejo.*

Radicación: Número 198.

Referencia: Consulta del Ministerio de Minas y Energía, impuesto de transporte sobre oleoductos de Ecopetrol.

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

"1. El artículo 52 del Decreto-ley 1056 de 1953, establece: 'El impuesto de transporte sobre todos lo oleoductos que se construyan a partir del día 7 de octubre de 1952 y con sujeción a las disposiciones del presente Código, será del seis por ciento (6%) del valor resultante de multiplicar el número de barriles transportados por la tarifa vigente para cada oleoducto. De este impuesto quedan exceptuados los oleoductos de uso privado para el servicio exclusivo de explotaciones de petróleo de propiedad particular; pero en caso de que éstos transporten petróleo de terceros en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 47 del presente Código, se causará el impuesto establecido en este artículo, pero sólo sobre el volumen de petróleo transportado a dichos terceros.

" 'Para los oleoductos que se construyan con destino al transporte de petróleo que pueda hallarse al Este o Sureste de la cima de la Cordillera Oriental, este impuesto será sólo del cuatro por ciento (4%).

" 'El impuesto de transporte por oleoducto se cobrará por trimestres vencidos'.

"2. Por su parte, la Ley 165 de 1948, por la cual se promueve la organización de una empresa colombiana de petróleos, determinó en su artículo 10: 'La empresa que se funde de conformidad con la autorización contenida en esta ley, queda exonerada de todos los gravámenes, impuestos y derechos relacionados con su constitución'.

"Igualmente, el Decreto 1973 de 1951, en su artículo 1º expresa: 'La Empresa Colombiana de Petróleos queda exonerada de todos los gravámenes, impuestos y derechos relacionados con su constitución y funcionamiento'.

"Esta disposición, fue confirmada por el artículo 36 del Decreto 062 de 1970.

"3. Vistos los anteriores antecedentes legislativos y considerando que la exención consagrada en las normas transcritas hace relación con la constitución de la empresa y que el impuesto de que trata el Código de Petróleos, sería aplicable sobre los oleoductos que opera —ECOPETROL—, se consulta a esa honorable Sala:

"a) Está —ECOPETROL— obligada al pago de impuesto de transporte, establecido por el artículo 52 del Decreto-ley 1056 de 1953, o por el contrario, se puede considerar que está exonerada del mismo?".

La Sala considera:

1º El artículo 10 de la Ley 165 de 1948, que dispuso la organización de la Empresa Colombiana de Petróleos, también prescribió que "queda exonerada de todos los gravámenes, impuestos y derechos relacionados con su constitución". Aunque la transcrita disposición ha sido interpretada en diversos sentidos, para la Sala es claro que tiene por finalidad exonerar a la Empresa Colombiana de Petróleos de los impuestos o gravámenes de carácter nacional. Así también lo entendió el Gobierno al disponer, en el artículo 1º del Decreto reglamentario 1973 de 1951, que "la Empresa Colombiana de Petróleos queda exonerada de todos los gravámenes, impuestos y derechos relacionados con su constitución y funcionamiento".

Además, el artículo 36 del Decreto 62 de 1970, que aprobó los estatutos de la misma empresa, reitera que ella está exonerada de pagar impuestos nacionales.

La exoneración se explica porque, de conformidad con la Ley 165 de 1948, la Empresa Colombiana de Petróleos tiene una finalidad de interés público, particularmente porque su objeto consiste en "la administración y explotación de los campos petroleros, oleoductos, refinerías, estaciones de abastecimiento y, en general, de todos o parte de los bienes muebles o inmuebles que reviertan al Estado de acuerdo con las leyes y contratos vigentes sobre petróleos", como también en "la explotación y administración de los campos petrolíferos aledaños a las concesiones que reviertan a la Nación, de los oleoductos de propiedad de la misma, y la construcción y ampliación de refinerías y estaciones de abastecimiento" y, en general, en explorar y explotar, directamente o mediante aportes, los hidrocarburos de la Nación.

2º Sin embargo, con posterioridad a la expedición de la Ley 165 de 1948, mediante el artículo 52 del Decreto 1056 de 1953 —o Código de Petróleos— se estableció el "impuesto de transporte sobre todos los oleoductos que se construyan a partir del día 7 de octubre de 1952", en cuantía equivalente al seis por ciento (6%) "del valor resultante de multiplicar el número de barriles transportados por la

tarifa vigente para cada oleoducto"; pero el impuesto será del cuatro por ciento (4%) para el petróleo que pueda hallarse al Este o Sureste de la cima de la Cordillera Oriental. La misma disposición prescribió que quedan exceptuados los oleoductos de uso privado, entendiéndose por tales, según el artículo 45 del Decreto 1056 de 1953, "los construidos y beneficiados por las propias empresas explotadoras o refinadoras de petróleos, para su uso exclusivo y el de sus afiliados, ya se trate de petróleo de concesiones nacionales o de petróleo reconocido como de propiedad privada"; también son oleoductos de uso privado los "construidos por dos o más compañías no afiliados para beneficio de sus propias explotaciones, si la construcción en común del oleoducto se justifica, a juicio del Gobierno, por razones económicas que redunden en beneficio de los explotadores y del país". La disposición agrega que "los demás oleoductos serán de uso público".

De lo expuesto se infiere que "el impuesto de transporte" sobre los oleoductos que se construyen desde el 7 de octubre de 1952 debe pagarse por todos los propietarios de oleoductos públicos y que están exentos del mismo los dueños de oleoductos privados. Por consiguiente, si la Empresa Colombiana de Petróleos es propietaria de oleoductos públicos, entendidos en la forma en que los define el artículo 45 del Decreto 1056 de 1953, respecto de ellos es sujeto pasivo del impuesto de transporte; si, por el contrario, es propietaria de oleoductos de uso privado, según el artículo 52 del Decreto 1056 de 1953, en relación con éstos está exonerada de pagar el mencionado gravamen.

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

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

Elizabeth Castro R., Secretaria.

TESORERO. ALCALDE.—

Cualquier Alcalde según las nuevas normas, que haga el nombramiento de éste, aplica una atribución específica que hace producir un acto administrativo que se ajusta a derecho.

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

Consejero ponente: *Doctor Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia: Consulta. Radicación número 212. Acto legislativo número 1 de 1986, Ley 78 de 1986, Ley 49 de 1987 y Decreto reglamentario 1001 de 1988. Elección del Tesorero del Distrito Especial de Bogotá.

El doctor César Gaviria Trujillo Ministro de Gobierno, formula a la Sala una consulta, previas las siguientes consideraciones:

"...someto a su consideración la siguiente consulta relacionada con la aplicación del Acto legislativo número 1 de 1986, reformatorio de la Constitución Política; Ley 78 de 1986, Ley 49 de 1987; y Decreto reglamentario 1001 de 1988".

El Acto legislativo número 1 de 1986, en su artículo 7º consagra:

"*Artículo 7º* El artículo 199 de la Constitución Política 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. La ley podrá agregar otro u otros municipios circunvecinos al territorio de la capital de la República, siempre que sea solicitada la anexión por las tres cuartas partes de los Concejales del respectivo municipio.

".....".

La Ley 78 de 1986, artículo 24 establece:

"*Artículo 24.* Corresponde a los Alcaldes nombrar y remover libremente a los Tesoreros Municipales a partir del 1º de junio de 1988".

La Ley 49 de 1987, artículo 5º, parágrafo transitorio dispone:

"*Artículo 5º* El artículo 3º de la Ley 78 de 1986 quedará así:

"……

"Parágrafo transitorio: Mientras los Alcaldes elegidos por el voto directo de los ciudadanos entran a ejercer sus funciones, los Tesoreros Municipales serán elegidos por los Concejos. Los Tesoreros elegidos para 1988 terminarán su período el 31 de mayo de ese mismo año".

Y, el Decreto reglamentario número 1001 de 23 de mayo de 1988 en su artículo 12 dice:

"Artículo 12. Personal de Tesorería.

"A partir del 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".

—El Tesorero del Distrito Especial de Bogotá debe ser elegido por el Concejo de la ciudad o debe ser designado por el Alcalde Mayor de la misma, quien fue elegido el 13 de marzo de 1988 y tomó posesión del cargo el 1º de junio de este año?

—Cuál es la situación jurídica que se presenta frente al nombramiento del Tesorero del Distrito Especial de Bogotá hecho por el actual Alcalde y el elegido por el Concejo Distrital quien continúa ejerciendo el cargo?

La Sala considera y responde:

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 del 1º de junio de 1988.
>
> "Artículo 25. Suprímase la palabra 'tesoreros' o 'tesoreros municipales' en los artículos 87, 101, 103, 153, 288 inciso 2º, 289, inciso 2º del Decreto 1333 de abril 25 de 1986".

5. 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 serán elegidos 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" y la Ley 49 de 1987 introduce a ésta modificaciones;

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 198, 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 del 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.

8. *Permite lo anterior CONCEPTUAR:*

1. *La competencia* para nombrar el Tesorero del Distrito Especial de Bogotá *corresponde,* desde el primero (1º) de junio de 1988 al Alcalde Mayor elegido popularmente.

2. La situación jurídica objeto de la pregunta es la siguiente: El Tesorero del Distrito Especial de Bogotá *es el nombrado por el Alcalde,* quien adquirió la competencia desde el primero (1º) de junio de 1988. *El Tesorero elegido con anterioridad por el Concejo Distrital de Bogotá terminó su período el día treinta y uno (31) de mayo del año en curso.*

Así, en los anteriores términos, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado *absuelve* la consulta planteada a esta Corporación por el señor Ministro de Gobierno, doctor César Gaviria Trujillo.

Transcríbase en copia auténtica.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

MINAS. HIDROCARBUROS.—

La Ley 20 de 1969 estableció el nuevo requisito de la vinculación del derecho a yacimientos descubiertos, pero sólo a partir de la vigencia de esa nueva ley. Los derechos "definitivamente" reconocidos con anterioridad a la vigencia de dicha ley, subsistieron a plenitud bajo el imperio del nuevo estatuto y no quedaron afectados por el nuevo requisito.

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

Consejero ponente: *Doctor Jaime Paredes Tamayo.*

Radicación: Número 187.

Referencia: Consulta del Ministro de Minas y Energía sobre propiedad privada del subsuelo petrolífero (Ley 20 de 1969).

El señor Ministro de Minas y Energía en Oficio número 000517, envió a la Sala la siguiente consulta:

"Referencia: Consulta Ley 20 de 1969.

"Propiedad privada sobre subsuelo petrolífero.

"1. Este Ministerio ha recibido de la Oficina Jurídica de la Empresa Colombiana de Petróleos, Ecopetrol, la interpretación que se transcribe a continuación:

> "1. *Propiedad de las minas.* El artículo 1º de la Ley 20 de 1969 dispone que: 'Todas las minas pertenecen a la Nación, sin perjuicio de los derechos constituidos a favor de terceros. Esta excepción, a partir de la vigencia de la presente ley, sólo comprenderá las situaciones jurídicas, subjetivas y concretas debidamente perfeccionadas y *vinculadas a yacimientos descubiertos'* (se subraya). El texto literal, primero de los elementos de que dispone el intérprete en un sistema jurídico escrito como el vigente en Colombia, indica que la norma consagra la pertenencia de 'todas las minas' en cabeza de la Nación, pero respeta los derechos adquiridos, denominados por la Ley 20 con la expresión 'derechos constituidos a favor de terceros', actitud que se ajusta a lo dispuesto en el artículo 30 de la Constitución Nacional. Lo contrario implicaría el desconocimiento de tales derechos con flagrante violación de la Carta Fundamental, pues tal manera de obrar habría tenido que estar precedida de una sentencia judicial dictada por motivos de utilidad pública o interés social, definidos

por el legislador, lo mismo que de una indemnización previa y total, a menos que por razones de equidad se prescindiera de ella en los términos del inciso final del artículo 30 citado. Que la Ley 20 de 1969 se refirió a los hidrocarburos para la aplicación integral de su texto (arts. 1º, 2º y 3º y ss.), cuestión que se obtiene sin duda alguna de la exposición de motivos, donde el doctor Carlos Gustavo Arrieta expresó: 'Pero hay algo más. Aún en el supuesto inadmisible de que los artículos 1116 y 1126 del Código Fiscal de 1873 hubiesen reconocido implícitamente el dominio particular de las minas ubicadas en los baldíos adjudicados antes de 28 de octubre de ese año, el hipotético derecho habría desaparecido totalmente al iniciarse la vigencia de la Constitución de 1986, ya que ésta, en su artículo 202 restauró para la República el dominio de todos los yacimientos situados en su territorio y que el artículo 3º de la Ley 38 de 1887 eliminó el supuesto derecho de los dueños del suelo.

" 'De allí que no se pueda aceptar la constitucionalidad de las normas legales posteriores a 1887 que consagran la propiedad de los particulares sobre las minas y yacimientos de hidrocarburos que se encuentran en baldíos adjudicados antes de 28 de octubre de 1873. Por esta razón, entre otras, el Gobierno ha estimado indispensable someter ese proyecto a la consideración de las honorables Cámaras Legislativas. Desea cumplir un mandato imperativo de nuestra Carta Política y aspira a que la Nación recobre la totalidad de su dominio minero'.

"En las ponencias del Senado y Cámara se respalda plenamente el objetivo enunciado: 'Para mí es profundamente satisfactorio encontrar reproducidos en el proyecto de la ley que motiva esta ponencia alguno de los principios que propusimos en el proyecto de Código de 1961, y precisamente tres de los fundamentales: a) El derecho de propiedad de una mina se mantiene si ésta se explota económicamente; b) El derecho de propiedad sobre las minas se extingue *ipso facto* si transcurrido un lapso a partir de la vigencia de la ley no se explotan económicamente; c) Se declara de utilidad pública e interés social la industria minera en sus diversas ramas y se autoriza la expropiación consiguiente' (Senador Hernando Durán Dussán). 'Establecer ese marco legal es la finalidad esencial del proyecto de ley hoy sometido a la Cámara, y para el efecto se consagran, en el articulado del mismo, las siguientes determinaciones legislativas: Primera. Se reafirma el principio de que todas las minas pertenecen a la Nación sin perjuicio de los derechos constituidos a favor de particulares, derechos que se entienden exclusivamente «como las situaciones jurídicas subjetivas y concretas, debidamente perfeccionadas y vinculadas a yacimientos descubiertos». Segunda. Se declara que el objeto de los derechos otorgados sobre los depósitos mineros es el de obtener, mediante su explotación técnica y sistemática, el aprovechamiento total de los respectivos yacimientos. Tercera. Se dispone que las normas y declaraciones anteriores se aplicarán también a los yacimientos de hidrocarburos' (Representante Indalecio Liévano Aguirre).

"2. *Ejercicio de los derechos constituidos:* La norma que se comenta estableció en su segunda parte una carga al ejercicio de los mencionados derechos constituidos, consistente en que 'esas situaciones jurídicas subjetivas y concretas debidamente perfeccionadas' debían estar 'vinculadas a yacimientos descubiertos', exigencia que se impone 'a partir de la vigencia de la presente ley'. Significa lo anterior que el derecho de propiedad de las minas en favor de personas distintas de la Nación, adquirido bajo la ley anterior y de conformidad con ella, subsiste bajo el imperio de la Ley 20 citada; 'pero en cuanto a su ejercicio y cargos, y en lo tocante a su extinción, prevalecerán las disposiciones de la nueva ley', como lo preceptúa el artículo 28 de la Ley 153 de 1887. Los titulares de derechos adquiridos sobre el subsuelo petrolífero quedaron con la carga obligatoria desde el 22 de diciembre de 1969, de concretar su relación jurídica a un 'yacimiento descubierto'; no basta, entonces, la exhibición del título de adjudicación o de la sentencia que reconoce el derecho sino que es necesario vincularlo a un yacimiento descubierto, entendido como 'toda acumulación de uno o varios minerales que ofrezca perspectivas de aprovechamiento económico establecidas por medio de trabajos preliminares', noción consagrada por el artículo 4º del Decreto reglamentario número 1275 de 1970, en armonía con el contenido del artículo 2º de la Ley 20 de 1969, como lo destacó el Consejo de Estado en providencia de 10 de febrero de 1983 al negar la nulidad de la primera de las disposiciones citadas, cuando dijo: '...sólo faltaba, entonces, determinar el sentido exacto de la expresión «yacimiento descubierto» y aunque no fue el legislador mismo quien lo hizo, consagró en el artículo segundo, transcrito, los elementos que servirían de fundamento a dicha definición. Si en materia minera el objeto de todo derecho otorgado por la Nación, cualquiera que sea el título de éste, consiste en obtener, «mediante su previa exploración técnica, el aprovechamiento total de las sustancias económicamente aprovechables» es lógico que la definición que se adopte de «yacimiento descubierto» debe contener dichos elementos porque ellos concuerdan con la finalidad del estatuto mismo y es lógico también que tal definición esté comprendida dentro de la facultad reglamentaria del Ejecutivo sin que éste al expresarla exceda los términos de la ley, como lo pretende la demandante' (*Anales del Consejo de Estado*, CIV, 61). A partir de la vigencia de la Ley 20 de 1969, se respeta el derecho constituido, vinculado a un yacimiento descubierto, esto es, referido a minerales (incluidos los hidrocarburos por mandato del artículo 13 de la misma Ley) que ofrezca perspectivas de aprovechamiento económico establecidas por medio de trabajos preliminares; es la condición de ejercicio del derecho que impone la nueva ley y que se exige a partir de su vigencia y no antes, pues resultaría retroactiva, y debe demostrarse con la prueba de la realización y ejecución de los 'trabajos preliminares' que a su vez conduzcan al convencimiento técnico de que el yacimiento ofrece 'perspectivas de aprovechamiento económico'. No se respeta el derecho que no se vincule a un yacimiento descubierto, lo que ocurre cuando no se demuestran los trabajos preliminares, por complejos que sean, o los realizados

no son suficientes para establecer las 'perspectivas de aprovechamiento económico', o 'simplemente', el yacimiento no ofrece esas perspectivas. Los titulares de los derechos constituidos que pretendan el reconocimiento de tal prerrogativa jurídica a partir de la vigencia de la nueva ley, deben demostrar este elemento constitutivo de la condición de ejercicio de su derecho, salvo razones de fuerza mayor o caso fortuito debidamente probadas. Una sentencia, por ejemplo, que declara un derecho sobre el subsuelo petrolífero, fechada con anterioridad a la vigencia de la Ley 20 de 1969, sirve al favorecido con ella para demostrar que es titular de un derecho adquirido y, en consecuencia, que el objeto de su derecho no pertenece a la Nación según el tenor del artículo primero de la precitada Ley 20, pues se trata de un derecho constituido a favor de un tercero. Pero a partir de la vigencia de la ley, para ejercerlo, el titular queda sometido a la carga de demostrar que su derecho, reconocido en la sentencia del ejemplo se halla 'vinculado a un yacimiento descubierto', o sea, que ha realizado 'trabajos preliminares' con los cuales se establece inequívocamente que éste ofrece 'perspectivas de aprovechamiento económico', sin cuya prueba el yacimiento revierte automáticamente a la Nación con la consiguiente extinción del derecho del particular. Tal es el alcance que el artículo 28 de la Ley 153 de 1887 dio a la expresión 'derechos adquiridos', norma impugnada mediante demanda de inconstitucionalidad y declarada exequible por la Corte en sentencia de 18 de junio de 1945 (G. J. 2019, pág. 80); en pronunciamiento contrario habría sacrificado todos los intereses sociales en aras del pretendido respeto al derecho adquirido, ya que como lo dijo la Corporación, 'ni en Colombia, ni en ningún país civilizado está prohibida la reglamentación del ejercicio de los derechos adquiridos' (26 de mayo de 1919, XXXV, 414). La protección de los derechos reales como el de la propiedad minera, incluidos obviamente los hidrocarburos, queda así reducida a sus justos límites: La titularidad que se obtuvo bajo el imperio de la ley anterior continúa bajo el régimen de la ley nueva; sin embargo el contenido del derecho, su ejercicio, cargas y extinción, corren la suerte de los derechos que se adquieran bajo la ley nueva y en consecuencia se rigen por esta última, planteamiento que se viene haciendo desde 1925, como puede verse en sentencia de 28 de octubre del citado año (XXXII, pág. 73). Sobre el particular en la exposición de motivos manifestó el doctor Carlos Gustavo Arrieta: 'La República de Colombia, en la forma indicada, recuperó la propiedad de todos los depósitos de minerales salvo los derechos constituidos a favor de terceros. Cuál es el alcance de esta última expresión? Para saberlo exactamente basta tener en cuenta que el artículo 202 de la Constitución, al consagrar la regla general de pertenencia en beneficio de la Nación, siempre habla de «minas», vale decir, de una materia determinada, de un elemento que tiene un valor económico. *La relación jurídica se establece, pues, entre la República y los yacimientos.* Pero la excepción, al referirse concretamente a «derechos constituidos», le imprime al concepto genérico de «minas» una valoración específica, ya que *esa clase de derechos no puede existir sin un acto previo e individualizado que se relacione di-*

rectamente con un objeto conocido. Eliminado el régimen de la accesión, en el cual la propiedad del suelo determinaba la propiedad de algunos yacimientos sin necesidad de saber su existencia, sólo vino a quedar en vigencia el sistema de la adjudicación que presupone un aviso y un denuncio de mina nueva o de antiguo descubrimiento, es decir, de un depósito conocido recientemente o de vieja data. *Por todos estos motivos el concepto de derechos constituidos a favor de terceros tiene que vincularse, necesariamente, a un yacimiento descubierto'* (Las subrayas no son del texto).

"3. *Procedimiento:* El artículo 3º de la Ley 20 de 1969 estableció el procedimiento para que los titulares de los derechos adquiridos, respetados por el artículo 1º de la misma ley según se vio, los ejercieran so pena de su extinción en favor de la Nación. En efecto, se dispuso que salvo fuerza mayor o caso fortuito el derecho pasaría a la Nación 'si el vencimiento de los tres años siguientes a la fecha de la sanción de esta ley los titulares de derecho no han iniciado la explotación económica de las minas respectivas' y, también, 'si la explotación una vez iniciada se suspende por más de un año'. El trámite señalado es aplicable a los hidrocarburos y a él resultan sometidos los titulares de los derechos reales sobre los mismos, pues los hidrocarburos aparecen incluidos en la expresión genérica de 'todas las minas' a que se refiere el artículo 1º de la Ley 20 de 1969, como lo reitera el artículo 13 de la misma ley y como lo define el artículo 28 del Decreto 1275 de 1970 cuando expresa: *'Para todos los efectos legales* se entiende por *mina* todo yacimiento, depósito, formación o criadero de minerales o de *materias fósiles,* útil o aprovechable económicamente que se encuentre en el suelo o en el subsuelo, en cualquier estado físico' (se subraya). En consecuencia, no existen derechos adquiridos sobre ninguna clase de minas, expresión esta tomada con el alcance indicado, que se hallen libres de las mencionadas exigencias legales. Por tanto los particulares que no ejercieron el derecho con la explotación económica dentro de los tres años siguientes a la vigencia de la ley o abandonaron esta actividad por más de un año, lo perdieron en favor de la Nación. No se concibe hoy un derecho de propiedad sobre hidrocarburos con la prerrogativa de no explotarlo económicamente. A esta interpretación contribuye el elemento teleológico que indica que los objetivos buscados por el legislador fueron 'adaptar la legislación minera al espíritu de la Constitución y eliminar algunos obstáculos que desde hace más de un siglo han venido entorpeciendo el desarrollo de las actividades de exploración, explotación y beneficio de los recursos renovables'. En la ponencia para primer debate en el Senado (Ley 20 de 1969) se dijo sobre el particular: 'Una mina de cualquier clase, de cualquier mineral, de metales preciosos o no, tiene un significado para la economía nacional si produce. Si no está en producción, sino se ha explotado o su explotación se abandona carece de todo significado a no ser lo que represente como reserva eventual para el futuro. Y como reserva debe ser de propiedad nacional. Una mina no es, no puede ser simplemente un derecho, una titularidad jurídica,

sino que tiene que ser un medio de producción, un elemento o conjunto económico explotable. Con el subsuelo debe ocurrir lo mismo que con el suelo; ya no basta tener título de propiedad saneados sobre la tierra, escrituras debidamente registradas y aún posesión material de la mina. Es necesario trabajarla, hacerla producir, hacerla cumplir la función social de la propiedad so pena de extinción del dominio. El proyecto que motiva esta ponencia busca eso, propone eso: Que las minas se exploten económicamente. Es decir, no se trata de cercenar el derecho de propiedad sino de exigir que éste, en su forma de propiedad minera, cumpla la función social a que obliga la Constitución Nacional desde 1936. Desde entonces estamos en mora de adecuar la legislación minera al texto de la Carta fundamental y determinar, en consecuencia, que la propiedad minera cumpla la función social a que están sujetas las otras formas de propiedad en Colombia. Mantener la excepción de que el dominio del subsuelo sea la única forma de propiedad que pueda excusarse de realizar la función social a que obliga la Constitución, es violar la Carta a sabiendas, además de atentar contra la economía nacional. «La propiedad es una función social que implica obligaciones». Cuando el segundo inciso del artículo 30 de la Carta dijo eso, no hizo excepciones. Y el legislador define qué entiende por función social, producción económica, creación de trabajo y empleo, generación de riqueza, aprovechamiento de recursos naturales, explotación técnica y económica del suelo o del subsuelo. Suelo y subsuelo en virtud de este nuevo instrumento legal van a tener una situación jurídica similar, como era obvio: Ya el título inscrito, por sí solo no es suficiente. El derecho de propiedad hay que ejercerlo y se ejercita cumpliendo la función social que al mismo tiempo le señale la ley. Sólo así el derecho individual de propiedad podrá servir útilmente los intereses de la sociedad. El país tiene que utilizar sus recursos del subsuelo al máximo es como tiene que hacerlo y lo está intentando, con los del suelo. Solamente así apelando a la total movilización de sus recursos naturales podrá Colombia dar el paso definitivo para su despegue económico. Entonces, cómo mantener una inmensa propiedad del subsuelo congelada e improductiva...' (Senador Hernando Durán Dussán). El elemento lógico-sistemático de la interpretación, conduce al mismo resultado. El sentido de la ley ya expuesto resulta armónico con las demás disposiciones del estatuto legal comentado, y no conduce ni al absurdo ni a la contradicción, por lo que se ajusta integralmente a la razón. En efecto: No puede admitirse la aplicación aislada de un texto legal en una materia jurídica determinada, independientemente de las restantes normas que la precisan, complementan y desarrollan. En tal sentido, la remisión que en materia de hidrocarburos hace el artículo 13 al artículo 1º de la Ley 20 de 1969 no es más que una reiteración tautológica de que la Nación ha recuperado el derecho sobre el más importante de sus recursos naturales no renovables. En ninguna forma puede entenderse que sobre los derechos adquiridos en esta materia, no sea aplicable la exigencia legal relacionada con su explotación económica en los términos y condiciones que establecen los artículos 2º y 3º del analizado estatuto, pues tal razonamiento im-

plicaría: Una determinación excesivamente drástica que dejaría a los titulares de tales derechos sin oportunidad para ejercerlos, ya que la vinculación a un yacimiento descubierto ha debido cumplirse con anterioridad a la vigencia de la ley; o, una determinación tan generosa, que bastaría a los particulares la presentación del título correspondiente con la posibilidad de abstenerse de manera indefinida y perpetua de explotar económicamente el yacimiento. Como tales interpretaciones resultan absurdas deben desecharse. Si no es así, qué sentido tendría la remisión que hace el artículo 13 al primero en materia de hidrocarburos, sin la consiguiente aplicación de las finalidades y procedimiento expuestos en los artículos 2º y 3º? La historia muestra también que la Nación reconstituida en forma de República unitaria a partir de la Constitución de 1886, ha buscado la recuperación de toda su riqueza minera. En efecto, basta recordar las siguientes disposiciones: Artículo 202 de la Constitución de ese año, Ley 38 de 1887, artículos 315 y siguientes de la Ley 153 de 1887, Ley 30 de 1903, Ley 59 de 1909, Ley 110 de 1912, Ley 75 de 1913, Ley 120 de 1919, Decreto 1255 *bis* de 1919, Ley 14 de 1923, Ley 37 de 1931, Decreto 223 de 1932, Ley 160 de 1936, Decreto 1056 de 1953, Ley 10 de 1961 y Ley 20 de 1969. Puede observarse de lo anterior y de las diversas posiciones jurisprudenciales sobre la materia, la lucha de la Nación con la finalidad indicada y la presencia de intereses privados claramente destinados a obstaculizar ese sano propósito. De ello habla con elocuencia el doctor Eustorgio Sarria en su obra 'Régimen Jurídico del Subsuelo'. Esquema de un Curso de Derecho de Minas. Publicaciones Críticas Jurídicas. Bogotá. En este punto es importante recordar lo expuesto por el Representante Indalecio Liévano Aguirre, así: 'Por qué, debemos preguntarnos, necesita hoy la Nación aclarar el problema de la propiedad y el dominio de las minas? Porque en la historia de la legislación minera colombiana se advierten graves vacíos, cambios en los principios normativos y la doctrina, producto a veces de errores involuntarios y en otras de filosofía contrarias al interés nacional o de presiones indebidas de intereses foráneos. La República ha tratado, por ejemplo, de expedir un Código de Minas que sustituya al ya obsoleto del antiguo estado soberano de Antioquia, pero todos los esfuerzos oficiales en este sentido han sido vanos. En desarrollo de las autorizaciones conferidas al Gobierno en la Ley 13 de 1937 se preparó un primer proyecto que pronto fue abandonado ante la presión de los intereses privados. En 1954 se elaboró un segundo proyecto, el cual ha corrido, hasta hoy, la misma suerte. Al decir de uno de sus redactores, el doctor Eustorgio Sarria 'la lectura de él provocó la inmediata reacción de las compañías extranjeras que explotan las minas de metales preciosos y la protesta de sus representantes y asociaciones'. El Senador Hernando Durán Dussán enfatizó en la ponencia: 'A estos proyecto que tratan de mejorar la situación de la Nación colombiana frente al régimen de coloniaje que todavía rige en la explotación de nuestro subsuelo, le surgen dos clases de enemigos, no siempre desinteresados personalmente: Los que consideran que el proyecto atenta excesivamente contra el orden establecido, contra el tradicional *jus utendi, fruendi y abutendi* del subsuelo;

y los demagogos que sostienen que la revolución total hay que hacerla esta tarde, nacionalizando y confiscando las empresas mineras y la industria petrolera. Frente a esas posiciones extremas un realismo nacionalista que ha llevado indefectiblemente a defender los intereses del país dentro de una concepción jurídica, dentro de un estado de derecho que busca un permanente avance sin desconocer ni vulnerar los legítimos derechos de nadie. En este orden de ideas creemos que quienes tan acuciosamente defienden intereses privados extranjeros contra los intereses nacionales, debieron apreciar la extraordinaria garantía que para su representado significa la conducta de un país respetuoso del ordenamiento legal, y tratar de cooperar en la defensa de intereses colombianistas, que sirven a todos, en lugar de luchar exclusivamente por el máximo provecho pecuniario de las compañías que apoderan. Debieran pensar que donde la evolución se hace imposible la revolución se hace inevitable. Debieran comparar entre nuestro sistema jurídico que camina lenta y trabajosamente la ruta del progreso y de la independencia económica y los procedimientos que han tenido que aplicar recientemente algunos regímenes latinoamericanos para corregir hondas y antiguas desigualdades e injusticias. Y debieran escoger cuál sistema prefieren'.

"4. *Reglamentación de la Ley 20 de 1969.* Mediante Decreto 797 de 1971 el Gobierno reglamentó la Ley 20 de 1969 en relación con los hidrocarburos. Dice el artículo primero de este Decreto: 'De acuerdo con el artículo 202 de la Constitución Nacional y con los artículos primero y décimotercero de la Ley 20 de 1969, todos los yacimientos de hidrocarburos pertenecen a la Nación. Se exceptúan de esta regla general los derechos constituidos a favor de terceros. Dicha excepción, a partir de 22 de diciembre de 1969, sólo comprende las situaciones jurídicas subjetivas y concretas debidamente perfeccionadas y vinculadas a uno o varios yacimientos descubiertos. Se entiende que únicamente reúnen tales requisitos las situaciones individuales creadas con anterioridad a la fecha citada por el título específico de adjudicación de hidrocarburos como mina o por una sentencia definitiva, siempre que tales actos conserven su validez jurídica'. Por supuesto, esta norma no pudo ir más allá del texto materia de la reglamentación; simplemente, reprodujo de manera sustancial el contenido del artículo 1º de la Ley 20 de 1969, sin que los términos del inciso 3º de dicha norma puedan constituir un desconocimiento de las claras exigencias allí consagradas por el legislador acerca de la forma de acreditar los derechos adquiridos en favor de terceros: *'Una situación jurídica subjetiva y concreta debidamente perfeccionada y la vinculación de dicha situación a uno o varios yacimientos descubiertos'*. El mencionado inciso tercero, no hizo más que enfatizar que la excepción del artículo 1º de la Ley 20 de 1969 a favor de los particulares, sólo es aplicable a los derechos adquiridos con anterioridad al 22 de diciembre de 1969. En consecuencia subsiste la carga impuesta en el artículo 1º de la ley en el sentido de que el derecho que se respeta es el que se encuentra vinculada a yacimientos descubiertos, lo que no se demuestra con la sola exhibición de un título o de una sentencia,

así hayan sido expedidos antes de la citada fecha. Lo contrario implicaría nulidad del decreto por extralimitación de la potestad reglamentaria, pues sabido es que las normas que el Presidente de la República profiera de conformidad con el artículo 120-3 de la Constitución Política, buscan 'la cumplida ejecución de las leyes' y no pueden modificarlas, derogarlas o adicionarlas, so pena de que el Ejecutivo incurra en abuso de poder, como lo ha reiterado la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Como reglamentario, el Decreto 797 citado, no pudo cercenarle a la Ley 20 de 1969 una exigencia contenida claramente en ella, como es la de que el derecho constituido se vincule a uno o varios yacimientos descubiertos. El Representante Liévano Aguirre en su ponencia dijo al respecto: 'Al amparo de títulos inciertos o de derechos constituidos por legislaciones sucesivamente revocadas, se halla congelada una porción muy importante de la riqueza minera del país, o sujeta a una explotación de puras apariencias, que se orienta a mantener en reserva o a atesorar un yacimiento no explotado, un volumen muy apreciable de nuestros recursos minerales, particularmente los metales preciosos' (...) 'Nada puede ser más conveniente, en estos momentos, que la expedición de un estatuto que ligue expresamente la validez de los títulos mineros a la explotación de los yacimientos y le otorgue, sin desconocer derechos legítimos, un necesario estímulo a la productividad y mejora de esa importante actividad'. Por consiguiente cuando una persona solicita hoy que se le tenga como titular de un derecho constituido con anterioridad a la vigencia de la Ley 20 de 1969 en materia de hidrocarburos, y pide autorización para iniciar y adelantar la explotación con taladro, debe demostrar su derecho con un título de adjudicación o con un fallo que declare a su favor si bien, acompañado de la prueba de que tal derecho se vinculó a un yacimiento descubierto durante el tiempo que señala el artículo 3º de la Ley 20 de 1969, si no lo había sido antes de entrar en vigencia este estatuto; o demostrar que por fuerza mayor o caso fortuito no inició las actividades tendientes a la vinculación del derecho a un yacimiento descubierto en el término que señaló el citado artículo 3º, razón por la que, hasta ahora, busca iniciar la explotación respectiva. De ahí que en estos trámites deba verificarse plenamente el cumplimiento de todos los requisitos legales enunciados; así como la vigencia y validez de los documentos presentados para acreditar el derecho. Importante resulta la imperativa e ineludible intervención del Procurador General de la Nación para cumplir su función constitucional y legal de defender los intereses nacionales, como lo exigen los artículos 143 de la Constitución Nacional, 35 y 36 del Código de Petróleos, en concordancia con el artículo 2º del Decreto 797 de 1971. Resulta vigente lo expuesto por el Representante Indalecio Liévano Aguirre en la ponencia: 'Es necesario dotar al Estado de Colombia no de instrumentos que le permitan defender ese patrimonio y obtener su mejor aprovechamiento. Sólo así, tendrá plena autoridad el Congreso para exigirle mañana a la Rama Ejecutiva del Poder Público que asuma, como debe hacerlo, la tutela eficiente de los intereses generales en un sector de la riqueza colombiana que está expuesto permanentemente a la intromi-

sión de poderes ajenos y a la influencia de intereses que no siempre coincidan con las conveniencias nacionales'.

"2. Por su parte, la Dirección Legal del Ministerio ha aplicado tradicionalmente la interpretación que se sintetiza a continuación:

"1. La Ley 20 de 1969 'por la cual se dictan algunas normas sobre minas e hidrocarburos' consagra en su artículo primero que 'todas las minas pertenecen a la Nación, sin perjuicio de los derechos constituidos a favor de terceros. Esta excepción *a partir de la vigencia de la presente ley,* sólo comprenderá las situaciones jurídicas, subjetivas y concretas debidamente perfeccionadas y vinculadas a yacimientos descubiertos' (el subrayado es nuestro).

"Como se observa, esta norma fue expedida sólo para minas, sin embargo, el título 14 de la misma ley expresa que 'las normas contenidas en el artículo primero de esta ley se aplicarán también a los yacimientos de hidrocarburos'.

"Entonces, con dichos fundamentos, se tiene que en hidrocarburos como norma general se debe partir de la base de que los yacimientos son propiedad de la Nación y como excepción de los particulares, siempre que se reúnan las dos condiciones, cuales son: La existencia de un derecho adquirido, esto es que el particular ostente 'una situación jurídica subjetiva y concreta debidamente perfeccionada' y además que exista un 'yacimiento descubierto' (art. 1º de la Ley 20 de 1969, art. 1º del Decreto 797 de 1971).

"2. A los titulares de derechos de propiedad privada del subsuelo petrolero se les impuso en la práctica, una prueba nueva, fuera de la existencia de una situación jurídica subjetiva y concreta debidamente perfeccionada. Consiste ella en que el título se vincula a un yacimiento descubierto.

"Por la simple lectura del párrafo 2º del artículo 1º del Decreto 797 de 1971, transcrito anteriormente, podemos apreciar el esfuerzo que hizo el Poder Reglamentario para no exigir la prueba del yacimiento descubierto. Así mientras la primera parte del párrafo es copia, prácticamente, del artículo 1º de la Ley 20, luego deja de hablar de yacimientos descubiertos y, en forma perentoria, afirma que únicamente reúnen tales requisitos las situaciones individuales creadas con anterioridad a la fecha citada por el título específico de adjudicación de hidrocarburos como mina o por sentencia definitiva, siempre que tales actos conserven su validez jurídica.

"En otras palabras, la persona que presente uno de los títulos mencionados es considerada, actualmente, como propietaria privada del subsuelo petrolífero, sin tener que demostrar que el yacimiento ha sido descubierto ya.

"El poder reglamentario descubrió que era imposible demostrar, en materia petrolera, un yacimiento descubierto y que, si ello se exigía se encubría una confiscación.

"Ni siquiera se previó como en el caso de las minas, establecer términos y requisitos para demostrar la explotación (Los Contratos Petroleros, Juan Ignacio Vélez Botet).

"3. Pero obviamente, los condicionamientos anteriores rigen a partir de 22 de diciembre de 1969, fecha de la vigencia de la ley; puesto que en virtud de principios generales del Derecho, una ley nueva no puede aplicarse retroactivamente, como tampoco puede desconocer derechos adquiridos; lo que sí puede la ley nueva es condicionar el ejercicio del derecho, tal como ocurre para minas, según lo dispuesto por el artículo tercero de la misma ley.

"Debe observarse que esta última norma no es aplicable en materia de hidrocarburos, puesto que el artículo 27 del Código Civil dispone que 'cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu'.

"De otra parte, el artículo tercero de la ley es la interpretación restrictiva porque contiene una condición extintiva de derechos y por tanto, es una norma que conlleva una sanción civil.

"Este criterio restrictivo es oponible tanto sobre la materia o derecho sometido a extinción como sobre los sujetos pasivos a quienes se les aplica.

"En consecuencia, si la norma no se refirió sino a los derechos mineros y de los particulares no puede aplicarse a los hidrocarburos, como tampoco a las personas jurídicas de carácter oficial o público.

"4. Todo lo anterior significa que existe diferencia entre la manera de acreditar la propiedad privada de los hidrocarburos, según su reconocimiento hubiere sucedido antes de la vigencia de la Ley 20 o después de ella.

"a) Para acreditar dicha propiedad privada en el primer caso, sólo se requiere la existencia de un título regular que no hubiere caducado, o de un fallo que la reconozca y que conserve su validez jurídica;

"b) Para el segundo caso, o sea la validez de un reconocimiento que se hubiere hecho con posterioridad a la Ley 20, se exige además del título o del fallo, la existencia de un 'yacimiento descubierto'.

"Se concluye que una sentencia de reconocimiento de propiedad privada, que profirió la Corte Suprema de Justicia el 15 de diciembre de 1962, en nuestro ordenamiento jurídico tiene efecto de cosa juzgada y como otorga un derecho, éste no puede ser desconocido por una ley nueva, en virtud de lo dispuesto por el artículo 58 del Código de Régimen Político y Municipal.

"En consecuencia, una vez presentada la solicitud de aviso para perforar un pozo dentro del área objeto de un reconocimiento de propiedad privada, mediante sentencia ejecutoriada, de autoridad competente, es imperativo para el Ministerio otorgar dicha autorización.

"Vale la pena aclarar que el Ministerio de Minas no es el llamado a consultar la validez de una sentencia debidamente ejecutoriada, sino, si el particular reúne o no los requisitos para aceptar el aviso mencionado.

"3. De lo anterior queda claro que se presentan algunas diferencias en cuanto al alcance de los artículos 1º, 2º y 3º de la Ley 20 de 1969 en materia de hidrocarburos, en las interpretaciones de la Dirección Legal del Ministerio y la Oficina Jurídica de Ecopetrol. En consecuencia, este Ministerio ha juzgado conveniente consultar la opinión de la honorable Sala con respecto a los siguientes puntos:

"a) A partir de la vigencia de la Ley 20 de 1969, los derechos constituidos a favor de terceros sobre toda clase de minas (incluidos los hidrocarburos por mandato expreso del artículo 13 de la misma ley) subsisten con la sola existencia de un título de adjudicación o de una sentencia que declare el derecho, *proferida con anterioridad a la misma,* o es necesario también demostrar su vinculación a un yacimiento descubierto?

"b) La finalidad y procedimiento establecidos en los artículos 2º y 3º de la Ley 20 de 1969 son aplicables en materia de hidrocarburos?".

Se considera:

1. *Régimen jurídico anterior a la Ley 20 de 1969.*

De conformidad con los artículos 2º, 4º, 5º, 70 y relacionados del Código de Minas de Antioquia, adoptado para toda la República por la Ley 38 de 1887, y con las disposiciones que lo adicionaban, los particulares adquirían la propiedad privada de las minas denunciables mediante la adjudicación y la redención a perpetuidad. Y de acuerdo con los artículos 4º, 109, 110 y concordantes del Código Fiscal de 1912, con la Ley 85 de 1945 y con el Decreto 805 de 1947, los particulares también adquirían el dominio privado de las minas contratables, a menos que estuviesen ubicadas en terrenos adjudicados con posterioridad al 28 de octubre de 1873. Tales derechos estaban eficazmente amparados por los correspondientes actos administrativos o por sentencia de los Tribunales, y por los artículos 30 y 202 de la Constitución Nacional.

De otro lado, el Código de Petróleos de 1953, siguiendo las orientaciones del Código Fiscal de 1912, de las Leyes 37 de 1931 y 160 de 1936, y, en general, de todas las disposiciones de minas o hidrocarburos expedidas en Colombia en aquellas épocas, en su artículo 5º consagró los siguientes principios fundamentales.

"Los derechos de los particulares sobre el petróleo de propiedad privada serán reconocidos y respetados como lo establece la Constitución, y el Estado no intervendrá con respecto a ellos en forma que menos cabe tales derechos".

Ese ordenamiento legal refleja claramente el espíritu que animaba todo el sistema jurídico de aquellos tiempos y el alto grado de protección que se le concedía a la institución de la propiedad privada

del petróleo, ya que para efectos de asegurar el reconocimiento y el respeto a aquella institución, no sólo invocaba las disposiciones superiores de derecho que reforzaban su obligatoriedad, sino que restringía los alcances del artículo 32 de la Constitución Nacional a través de un mandato expreso de la ley, autorizado por aquella norma, mandato que establecía limitaciones a la intervención del Estado en materias relacionadas con el dominio privado de los hidrocarburos.

En desarrollo de los principios constitucionales y legales anotados, los artículos 34, 35 y 36 del Código de Petróleos, además de reconocer a los particulares el derecho de oponerse a las propuestas o solicitudes de contratos de exploración y explotación de hidrocarburos que ellos reputasen de propiedad privada, les otorgaba acción ante la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia para que ella *"resuelva definitivamente* si es del Estado o de propiedad privada el petróleo que se encuentra en los terrenos materia de la oposición..." Y generalizando la doctrina, las citadas normas reglamentaban los avisos de exploración y explotación de hidrocarburos reputados de propiedad privada y autorizaban al Ministerio para reconocer administrativamente ese derecho, o para evitar la documentación a la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, a fin de que ella *"resuelva definitivamente* si es del Estado o de propiedad privada el petróleo que se encuentra en los terrenos materia del aviso". Para tales efectos, los particulares debían allegar tres pruebas indispensables: El título emanado del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873 o sus documentos supletorios, los títulos de propiedad del terreno y el correspondiente certificado de registro, y la determinación precisa de ese terreno. No se exigía, pues, la vinculación del derecho a yacimientos descubiertos.

De esa manera, por mandato expreso y reiterado de la ley, el derecho quedaba *"definitivamente"* adquirido y perfeccionado con arreglo a la legislación de la época y *"definitivamente"* protegido por la Constitución Nacional y por la verdad formal de la cosa juzgada. Esa era una situación irreversible que las nuevas leyes no podían desconocer ni vulnerar en manera alguna.

2. *Régimen jurídico de la Ley 20 de 1969.*

Dice el artículo 1º de ese Estatuto:

> "Todas las minas pertenecen a la Nación, sin perjuicio de los derechos constituidos a favor de terceros. Esta excepción, a partir de la vigencia de la presente ley, sólo comprenderá las situaciones jurídicas subjetivas y concretas debidamente perfeccionadas y vinculadas a yacimientos descubiertos".

Y agrega el artículo 13:

> "Las normas contenidas en el artículo 1º de esta ley se aplicarán también a los yacimientos de hidrocarburos".

En la primera disposición transcrita hay una regla general, una excepción y una aclaración, y en la segunda hay un ordenamiento extensivo pero de alcances limitados. Veámoslo.

3. *La regla general.*

Contiene una declaración de dominio que abarca todas las minas, cualesquiera que sean sus características, clases y localizaciones, o los títulos, modos y épocas de adquisición de sus terrenos de ubicación, ya se encuentren en el suelo o en el subsuelo, o en predios de entidades públicas o particulares.

4. *La excepción.*

Ella comprende "los derechos constituidos a favor de terceros", vale decir, los adquiridos con arreglo a la legislación preexistente y, por lo tanto, con anterioridad a la nueva ley. Y como las antiguas disposiciones no exigían que el derecho estuviese vinculado a yacimientos descubiertos, la excepción operaba y opera de conformidad con los requisitos que establecía el nuevo sistema. De consiguiente, los derechos constituidos con anterioridad al 22 de diciembre de 1969, fecha de la sanción y vigencia de la Ley 20, subsistieron bajo el imperio de ese nuevo estatuto y quedaron debidamente asegurados, tal como se desprende de la excepción y de la doctrina constitucional. Es evidente, pues, que la propiedad privada de las minas y yacimientos de hidrocarburos, adquirida con anterioridad al 22 de diciembre de 1969, no quedó afectada por la nueva ley, y mucho menos en aquellos casos "definitivamente" resueltos por la Corte Suprema de Justicia, casos que siguieron protegidos por la excepción, por la verdad formal de la cosa juzgada y por los artículos 30 y 202 de la Constitución Nacional.

5. "Esta excepción, *a partir de la vigencia de la presente ley*", sólo comprenderá las situaciones jurídicas subjetivas, vinculadas a yacimientos descubiertos. Como casi todas las leyes, la 20 de 1969 carece de efecto retroactivo. Sin necesidad de declararlo, ella opera hacia el futuro y no hacia el pasado. No obstante, la comentada aclaración, a fin de evitar equívocos, expresamente dijo que la excepción, "a partir de la vigencia de la presente ley", sólo comprendería las situaciones vinculadas a yacimientos descubiertos. Establece un nuevo requisito para la futura adquisición del derecho y determina la fecha en que ello empieza a ocurrir. Todo ello significa, obviamente, que las situaciones anteriores a la nueva ley y a la nueva condición, quedaron sujetas al régimen jurídico preexistente, esto es, a un sistema que no establecía el requisito indicado. De allí que los derechos constituidos en esa forma, subsistieran bajo el imperio de la nueva ley, tal como se desprende de la Constitución Nacional, del artículo 28 de la Ley 153 de 1887 y como lo ha reconocido la jurisprudencia colombiana de todos los tiempos.

En relación con las minas, el artículo 3º, inciso 2º del Decreto reglamentario 1275 de 1970 reproducida en similares términos por el inciso 2º del artículo 4º del Decreto reglamentario 2477 de 1986, dice:

> "Dicha excepción, a partir de 22 de diciembre de 1969, solamente comprende las situaciones jurídicas subjetivas y concretas debidamente perfeccionadas y vinculadas a yacimientos descubiertos. Se entiende que únicamente reúnen tales requisitos las situaciones individuales creadas con anterioridad a la citada fecha por un título específico de adjudicación minera, por una redención a perpetuidad o por una sentencia definitiva, siempre que esos actos, de acuerdo con la legislación de la época, impliquen

el otorgamiento, el reconocimiento o la declaración del derecho de una persona a la propiedad de los minerales de que trate, y que conserven su validez jurídica".

La disposición transcrita fue reproducida en estatutos mineros posteriores, y en relación con los yacimientos de hidrocarburos quedó igualmente ratificada en el artículo 1º del Decreto reglamentario 797 de 1971.

Dice en efecto, el decreto mencionado:

"ARTICULO 1º De acuerdo con el artículo 202 de la Constitución Nacional y con los artículos primero y décimotercero de la Ley 20 de 1969, todos los yacimientos de hidrocarburos pertenecen a la Nación. Se exceptúan de esta regla general los derechos constituidos a favor de terceros.

"Dicha excepción, a partir de 22 de diciembre de 1969, sólo comprende las situaciones jurídicas subjetivas y concretas debidamente perfeccionadas y vinculadas a uno o varios yacimientos descubiertos.

"Se entiende que únicamente reúnen tales requisitos las situaciones individuales creadas con anterioridad a la fecha citada por un título específico de adjudicación de hidrocarburos como mina o por una sentencia definitiva, siempre que tales actos conserven su validez jurídica".

Es reiterativa de la norma transcrita, la disposición contenida en el artículo 7º del Decreto 2477 de 1986 que reprodujo la disposición del artículo 7º del Decreto 1275 de 1970, en los siguientes términos:

"Los derechos constituidos a favor de terceros en virtud de sentencia definitiva anterior al 22 de diciembre de 1969, siguen teniendo los mismos alcances y efectos que en ella se determinan. Si en el fallo se declara el derecho particular al subsuelo sin especificar los minerales que se hallen en el respectivo globo de terreno, o si se declara el mismo derecho sobre todos los minerales de la correspondiente zona, la situación jurídica reconocida continuará en vigencia, a menos que se extingan por motivos legales. Si la sentencia se limita a declarar el derecho particular sobre algunos depósitos o sobre ciertos minerales específicos o genéricamente determinados, los otros depósitos y los otros minerales que se encuentren en el área respectiva quedan sometidos a la regla general desarrollada en los artículos 1º de la Ley 20 de 1969 y 4º del presente estatuto y, en consecuencia, continuarán perteneciendo a la Nación".

Así, pues del artículo 1º de la Ley 20 de 1969, como de los artículos 4º y 7º del Decreto 2477 de 1986 se desprenden estas observaciones de capital importancia:

1. Las situaciones jurídicas individuales, establecidas con anterioridad al 22 de diciembre de 1969 por medio de títulos de adjudicación o de sentencias definitivas, quedaron oportuna y debidamente perfeccionadas y llenan el requisito legal de su vinculación a yacimientos descubiertos.

2. Los derechos constituidos en virtud de sentencias proferidas con anterioridad al 22 de diciembre de 1969, siguen teniendo los mismos alcances y efectos que en tales fallos se determinan.

3. La Ley 20 de 1969 reconoce, conserva y protege aquellas situaciones y derechos, ya se refieran a minas o a yacimientos de hidrocarburos. Pero los derechos constituidos a favor de terceros, en materia de hidrocarburos, con anterioridad a la fecha de vigencia de la Ley 20 de 1969, requieren sentencia judicial ejecutoriada. Y si se trata de minas esa exigencia se contrae a que haya sentencia judicial o acto administrativo.

Por otra parte, el artículo 28 de la Ley 153 de 1887 dice:

> "Todo derecho real adquirido bajo una ley de conformidad con ella, subsiste bajo el imperio de otra; pero en cuanto a su ejercicio y cargas, y en lo tocante a su extinción, prevalecerán las disposiciones de la nueva ley".

La norma es clara: El derecho se adquiere bajo una ley y de conformidad con los requisitos que ella establece para su adquisición. Así constituido, el derecho subsiste bajo otra ley. Pero en lo relativo al ejercicio, cargas y extinción de ese derecho supérstite, prevalece la nueva ley. Los conceptos jurídicos de ejercicio y extinción de un derecho son inconfundibles, e igualmente lo es la noción de cargas, vale decir, de gravámenes u obligaciones económicas, laborales, tributarias, comerciales, industriales, técnicas, operacionales o de otra clase que se le imponen al derecho ya constituido y subsistente, o a su ejercicio. Pero esas cargas del derecho no son los requisitos de adquisición de ese derecho, ya que las primeras se refieren a un derecho ya perfeccionado y supérstite, y los segundos se refieren a los factores que operan en la adquisición del derecho. Las unas y los otros son, pues, conceptos jurídicos distintos que exigen tratamientos diferentes. De allí que las cargas se fijan por la nueva ley y los requisitos por la antigua, tal como lo prescribe la norma estudiada.

Así ocurre en materia de hidrocarburos. El derecho a la propiedad privada del petróleo se adquirió bajo la ley anterior y de conformidad con los requisitos que ella establecía para su adquisición. Título originario, títulos sucesivos e identificación del terreno. Constituido sobre tales bases y *"definitivamente"* reconocido por sentencia de la Corte Suprema de Justicia o posteriormente del Consejo de Estado, o por decisión administrativa, el derecho subsistió bajo el imperio de la nueva ley. Pero en lo relacionado con el ejercicio, cargas y extinción de ese derecho supérstite, prevalece el nuevo estatuto. Por lo tanto, es la antigua ley la que se aplica a los requisitos de adquisición del derecho, y es la nueva ley la que gobierna el ejercicio, cargas y extinción de ese derecho. Y como la vinculación a yacimientos descubiertos es un nuevo requisito de la nueva ley, la procedencia o improcedencia de aquel requisito, en los casos ya reconocidos *"definitivamente"* a la luz de la legislación anterior, ha de juzgarse con sujeción al antiguo régimen jurídico y no con sujeción al nuevo.

En desarrollo de tales ideas, la Ley 20 de 1969 estableció el nuevo requisito de la vinculación del derecho a yacimientos descubiertos, pero sólo a partir de la vigencia de esa nueva ley. Ello significa, pues,

que los derechos "definitivamente" reconocidos con anterioridad a la vigencia de dicha ley, subsistieron a plenitud bajo el imperio del nuevo estatuto y no quedaron afectados por el nuevo requisito. Y para que no hubiese dudas sobre el verdadero alcance de la ley, los Decretos 1275 de 1970 y 797 de 1971 dicen, de manera expresa e inequívoca, que las situaciones individuales creadas con anterioridad al 22 de diciembre de 1969 y reconocidas en actos administrativos o jurisdiccionales anteriores a esa fecha, cumplen el nuevo requisito y no están sujetas, por lo tanto, a la obligación de acreditar la vinculación del derecho a yacimientos descubiertos.

5. *El ordenamiento legal extensivo.*

"Las normas contenidas en el artículo 1º de esta ley se aplicarán también a los yacimientos de hidrocarburos". Así lo ordena el artículo 13 de la Ley 20 de 1969. Ello quiere decir, obviamente, que las restantes disposiciones del mencionado estatuto no se aplican a los depósitos de petróleos. El ordenamiento legal extensivo es claro y preciso, y por ello no requiere consideraciones adicionales. De manera expresa y categórica, el legislador dijo cuáles eran los alcances de su mandato, y es necesario acogerse a ellos.

Conclusiones:

a) La propiedad de las minas, reconocida en actos administrativos, o en sentencias definitivas, y la de los yacimientos de hidrocarburos reconocida en sentencias judiciales ejecutoriadas, anteriores al 22 de diciembre de 1969, no requieren la vinculación del derecho a yacimientos descubiertos ni la demostración de ese vínculo;

b) El artículo 3º de la Ley 20 de 1969 no es aplicable a los depósitos de hidrocarburos.

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

Por la Secretaría envíese en copia auténtica.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

MINAS. HIDROCARBUROS.—

El artículo 1º de la Ley 20 de 1969 no convalida situaciones ni derechos anteriores a la fecha de vigencia de la ley, sino que exige, a partir de ésta, que el derecho constituido radique en un yacimiento descubierto con el objeto, como se expresa en la exposición de motivos, de poner en cosonancia la legislación con el artículo 202 de la Constitución.

Salvamento de Voto. *Doctor Humberto Mora Osejo.*

Con todo respeto disiento del concepto mayoritario en los siguientes aspectos:

1º El artículo 1º de la Ley 20 de 1969, que se aplica a los hidrocarburos, conforme a lo dispuesto por el artículo 13 *ibídem,* prescribe que "todas las minas —y cabe agregar los yacimientos de hidrocarburos— pertenecen a la Nación, sin perjuicio de los derechos constituidos a favor de terceros". Por consiguiente, las mencionadas disposiciones reiteran, como principio fundamental, el derecho del Estado a la propiedad del subsuelo y, *por excepción* —que es de restrictiva interpretación—, el constituido "a favor de terceros" (art. 202, ord. 2º, de la Constitución). El concepto mayoritario no alude a este principio esencial, *que informa todo el régimen jurídico sobre la propiedad del subsuelo en el país.*

2º Numerosos preceptos de la legislación española reconocieron a la Corona la propiedad exclusiva sobre el subsuelo. La Constitución de 1821 y el Decreto de Bolívar de 1829 reiteraron para el Estado el dominio pleno sobre todas las minas que se concedían a los particulares para su explotación y aprovechamiento. De este modo la República mantuvo la tradición de la Corona al atribuir al Estado la propiedad exclusiva del subsuelo. No obstante las previsiones de la Constitución de la Confederación Granadina, que en 1858 impuso una solución contraria a la tradición legislativa del país sobre el dominio minero —porque, tras hacer algunas reservas del mismo para la Unión, defirió en lo demás a la legislación de los estados—, los artículos 1116 y 1126 del Código Fiscal (Ley 106 de 1873) reservaron para el Estado "los yacimientos de cobre, hierro y demás metales no preciosos, lo mismo que los de azufre y otros no expresados en el título 14 del Código, entre los cuales se pueden citar los yacimientos de petróleo" (Exposición de Motivos de la Ley 20 de 1969. Historia de las leyes, Legislatura de 1969, pág. 470). *De manera que los yacimientos de hidrocarburos, entre otros, se reservaron, en la forma indicada, para la Nación; sólo pudieron pertenecer a los particulares los que accedieron a la propiedad del suelo, según las legislaciones de algunos estados, entre 1858 y 1873.*

Pero, de todos modos, desde que entró en vigencia el artículo 202 de la Constitución, *el Estado recobró el dominio de todas las minas y de los yacimientos de hidrocarburos existentes en el territorio nacional, con la única excepción de los derechos "constituidos" a favor de terceros.*

Además, a fin de restablecer, con fundamento en el artículo 202 de la Constitución, el dominio del Estado sobre los yacimientos mineros, el artículo 5º de la Ley 38 de 1887 dispuso que "en donde quiera que la propiedad de las minas hubiere sido del propietario del suelo hasta el día siete de septiembre de mil ochocientos ochenta y seis, en que empezó a regir la Constitución, cada uno de esos propietarios tendrá por un año, que se contará desde la fecha de esta ley, un derecho preferente al de cualquiera otro individuo para buscar, catar y denunciar las minas que hubiere dentro de su heredad. Pasado un año, las minas que hubiere dentro de esas heredades serán denunciables por cualquiera, como pueden serlo todas las demás, conforme a la ley". Según esta disposición, si la mera expectativa de derecho, que tenía por fundamento el principio de la accesión, no devino, mediante la verificación y el denuncio del yacimiento, efectuados en el plazo legal, *un derecho constituido, definitivamente se extinguió.* El dilema, proveniente del artículo 202 de la Constitución, fue inexorable: *todas las minas y depósitos pertenecen a la Nación, salvo los derechos constituidos sobre ellos como una situación jurídica particular.*

3º Esta distinción entre meras expectativas y derechos constituidos sobre el subsuelo ha sido prohijada por la jurisprudencia del País, a saber:

a) La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 12 de junio de 1913, afirmó que "los derechos constituidos a favor de terceros sobre toda clase de minas, a que se refiere el artículo 202 de la Constitución, no son otros que los referentes a las minas denunciadas, tituladas y explotadas de acuerdo a las leyes anteriores a la expedición de la Carta fundamental" y que, excluidos esos derechos, "todas las minas de cualquiera otra clase, y sustancias que sean, son propiedad del Estado";

b) La Corte Suprema de Justicia, al cabo de medio siglo, mediante sentencia de 29 de agosto de 1963, reiteró y amplió su doctrina en los siguientes términos:

"Los derechos constituidos de que habla el ordinal 2º (del art. 202 de la Constitución) no son otros que los *adquiridos* conforme a la legislación anterior, o sea, las situaciones jurídicas individuales creadas a su amparo. Así lo sugieren el común empleo que doctrinantes y jurisconsultos hacen de locuciones como *derechos consumados, derechos constituidos, constitución de un derecho, consumación de un derecho, etc.*, para indistintamente denotar el mismo concepto que se expresa con la de *derecho adquirido*, y la conveniencia de distinguir los efectos cumplidos de los actos jurídicos del sistema legal ideado para regularlos. Se arguye, sin embargo, que la ley puede y suele *constituir o atribuir* derechos sobre bienes materiales indeterminados, los que se consolidan con el sujeto aunque carezcan de la calidad de *adquiridos;* pero esta distinción entre derechos constituidos y derechos

adquiridos, si bien ingeniosa, falla en el caso concreto de este pleito en cuanto confunde la relación jurídica constituida con su reglamentación legal: En efecto, cuando la ley atribuye al dueño del suelo las minas ubicadas en fundo que le pertenece, no está confiriendo de inmediato un derecho real sino simplemente regulando la manera de adquirirlo; de lo que se trata no es de crear una relación jurídica particular o concreta entre el dueño del suelo y las materias o substancias en él subyacente hipotéticamente, sino de establecer un *modo* general de adquisición de la propiedad minera; la ley en este caso es de carácter abstracto, como es de su naturaleza serlo, y con este criterio constituye, no derechos irrevocables vinculados a ciertos yacimientos, sino un sistema jurídico mediante el cual el dueño del fundo puede hacerse también al dominio de los minerales que se *hallen o descubran* en él: El de la mitad del suelo y el subsuelo o de la *accesión*..." (La Corte subraya).

La Corte agrega que "la excepción consagrada en el artículo 202 de la Constitución de 1886 sólo ampara situaciones jurídicas individuales, y la Ley 127 —como las demás de los Estados Soberanos que establecieron el sistema de la accesión— sólo pudo crear una situación impersonal o abstracta, por los motivos ya expresados, y además, por que no podía ser objetiva o concreta en relación con cosas cuya existencia todavía se ignoraba cuando entró a regir el precepto constitucional, es decir, respecto de las cuales aún no se había consumado el hecho que podía producir la adquisición del dominio, ya que el derecho adquirido es el efecto jurídico de un *hecho cumplido* conforme a una normación legal, por lo cual supone el conocimiento y la determinación del objeto al que ese hecho se refiere. Por eso la propiedad, como todos los derechos reales, no recae sino sobre los bienes individualizados o determinados (al punto de que en el lenguaje común el derecho real se confunde e identifica con la cosa: Usualmente se dice 'mi casa', 'mi mina', en vez de 'soy dueño de tal casa' o 'de tal mina'), y el venero aún no descubierto carece de individualidad definida. La situación de tales minas es análoga a la del tesoro antes del hallazgo, y la condición en que están quienes a éste pueden tener derecho es de simple expectativa, según Lhemann (*Tratado de Derecho Civil*, Vol. I, Parte 1ª, Sec. I, Cap. III, 12, 11, 4); y según Wolff, antes del descubrimiento o hallazgo no se tiene siquiera una expectativa de derecho: 'El descubrimiento funda (antes de la toma de posesión) para el propietario y para el descubridor un *derecho de expectativa de propiedad*, enajenable y transmisible por herencia. En cambio, semejante derecho *no* existe todavía antes del descubrimiento del tesoro, y por tanto, al enajenar una finca, no cabe que nadie se reserva derechos sobre tesoros aún no descubiertos' (Henneccerus Kipp, Wolff, *Tratado de Derecho Civil*, Tomo III, Cap. III, 83, III, I, b). Los subrayados son del autor..." (La Corte subraya) (Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, G. J. Tomos CIII - CIV, págs. 642 y 643);

c) El Consejo de Estado mediante sentencia de 28 de enero de 1971, proferida por la Sección Tercera, prohijó la doctrina antes expuesta y dedujo, en conclusión, que es menester distinguir entre las meras expectativas y los derechos constituidos sobre los yacimientos petroleros para los efectos contemplados por el artículo 202 de la

Constitución, antes y después de su expedición: *Sólo los derechos constituidos, antes y después de la vigencia del artículo 202 de la Constitución, tienen la garantía de la ley* (*Anales*, Tomo 80, números 429-430, pág. 105).

De manera que la jurisprudencia conteste de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado diferencia claramente las meras expectativas y los derechos constituidos sobre los yacimientos petroleros y afirma que sólo éstos son la excepción al principio, prescrito por el artículo 202 de la Constitución, según el cual al Estado corresponde el dominio del subsuelo.

4º Los artículos 4º de la Ley 37 de 1931, 7º y 10 de la Ley 160 de 1936, contemplaron la propiedad privada del petróleo. Actualmente corresponden a los artículos 5º, inciso 2º, y 36, inciso 2º del Código de Petróleos. Se expidieron en una época en que tomaba auge la industria del petróleo, con numerosas empresas extranjeras interesadas en explotarlo.

El artículo 5º, inciso 2º del Código de Petróleos define como "de propiedad particular" el petróleo que se halle en "terrenos que salieron legalmente del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873 y que no hayan sido recuperados por la Nación", como también el que fue legalmente adjudicado como mina durante la vigencia del artículo 112 de la Ley 110 de 1912 —derogado expresamente por la Ley 75 de 1913— "bastando en este último caso, para los efectos de los incisos primero y segundo del artículo 35 de este Código —reza el artículo 5º—, presentar el título de adjudicación expedido por autoridad competente durante la vigencia del citado artículo del Código Fiscal".

Aparte de la impropiedad de fijar como término referencial los terrenos que salieron del patrimonio del Estado antes de 28 de octubre de 1873, no obstante que sólo puede consistir en los que salieron de la Nación entre 1858 y 1873 porque antes, desde tiempos inmemoriales, el subsuelo fue dominio de la Corona y después del Estado, sobre la mencionada disposición es menester hacer las siguientes observaciones:

Señala, *como calidad del petróleo,* que puede ser objeto de propiedad privada, si se encuentra en los terrenos a que se refiere; pero *ello no significa que lo defina,* como se sugiere en el concepto que motiva mi discrepancia, *como una propiedad privada.* Lo primero es una característica o cualidad del yacimiento y lo segundo el objeto de un derecho; mientras lo primero predica de la cosa, lo segundo es una relación específica de ésta con un sujeto de derecho.

Lo primero es la realidad y lo segundo una posibilidad: El yacimiento apropiable puede llegar a ser propiedad. La mera expectativa de derecho puede devenir en derecho constituido, como una situación jurídica particular, en un determinado yacimiento.

Lo mismo cabe afirmar sobre los petróleos adjudicados de conformidad con el artículo 112 de la Ley 110 de 1912 —expresamente derogado por la Ley 75 de 1913—: *Son una mera expectativa mientras no exista sobre ellos derechos constituidos en yacimientos específicos.*

5º El artículo 1º de la Ley 20 de 1969 prescribe que "todas las minas pertenecen a la Nación, sin perjuicio de los derechos constituidos a favor de terceros". Agrega que esta excepción, desde la vigencia de la ley, "sólo comprenderá las situaciones jurídicas subjetivas y concretas debidamente perfeccionadas y vinculadas a yacimientos descubiertos".

La disposición, como afirma la ponencia para primer debate del proyecto de ley en el Senado de la República, "en realidad es la ratificación legal del artículo 202 de la Constitución Nacional. En tal sentido no introduce principio jurídico nuevo o distinto de lo que ordenó el constituyente de 1886, pero aclara que los derechos constituidos a favor de terceros sólo comprenden las situaciones jurídicas concretas, específica, como son en la jurisprudencia y en la doctrina los derechos adquiridos. La norma, pues, es interpretativa y aclaratoria, no creativa de derecho" (Historia de las leyes, legislatura de 1969, pág. 517).

En el mismo orden de ideas, la exposición de motivos del mismo proyecto de ley, tras evaluar el régimen jurídico del subsuelo en el país, dedujo, a este respecto, entre otras, las siguientes conclusiones:

"1º Que desde que entró a regir la nueva Constitución (Constitución de 1886), la República recobró el dominio de todas las minas que se encontraran en el territorio nacional, ya hubiesen pertenecido a los extinguidos Estados o a los propietarios del suelo. Se retornó de esa manera al sistema jurídico anterior al 22 de mayo de 1858 y se eliminó, de consiguiente, el régimen consagrado durante la época de la Federación.

"2º Que las excepciones relativas a los derechos constituidos a favor de terceros y a los derechos adquiridos por los descubridores y exportadores de ciertos yacimientos se refieren, de manera exclusiva, a aquellas situaciones jurídicas individualizadas y concretas vinculadas directamente a un depósito minero específicamente determinado y siempre que tales situaciones hubiesen estado legalmente perfeccionadas en el momento de entrar en vigencia la Carta Política del 86..." (Historia de las leyes, legislatura de 1969, pág. 472).

Este régimen jurídico obedece a la clara finalidad, expuesta por Don Miguel Antonio Caro en el Consejo Nacional de Delegatarios, de *hacer que la Nación "conserve los bienes anexos al atributo de la soberanía, como son el subsuelo y los baldíos" en tal forma que el artículo 202 de la Constitución implicó, en buena parte, si no una nacionalización, una restauración o recuperación del dominio del Estado sobre las minas y los yacimientos de hidrocarburos.*

Lo expuesto significa que *el artículo 1º de la Ley 20 de 1969 no convalida situaciones ni derechos anteriores a la fecha de vigencia de la ley, sino que exige, a partir de ésta, que el derecho constituido radique en un yacimiento descubierto con el objeto, como se expresa en la exposición de motivos, de poner en consonancia la legislación con el artículo 202 de la Constitución.* En consecuencia, el precepto que se comenta no tiene carácter retrospectivo, ni menos retroactivo, que permita interpretarlo como convalidante de las meras expectativas anteriores a su vigencia: *La disposición exige, ni más ni menos, que*

se cumpla el artículo 202 de la Constitución y que, por lo mismo, la excepción que contempla consiste en derechos constituidos en yacimientos descubiertos. En otros términos, antes y después de que entrara en vigencia la Ley 20 de 1969, las excepciones, en cuanto tienen idéntico fundamento constitucional, deben tener el mismo tratamiento en la ley.

6º Sin embargo, es posible que mediante sentencias se hayan reconocido derechos particulares en el subsuelo, pero sin que estén radicados en yacimientos descubiertos. En esta hipótesis, frecuente en nuestro medio, es menester examinar las sentencias que hicieron tránsito a cosa juzgada material. Pero ello no significa, en modo alguno, que de suyo ellas demuestren la existencia de derechos constituidos en favor de particulares; por el contrario, las sentencias deben ser evaluadas específicamente y de su significado precisa deducir el derecho que cada una reconoce. Esta afirmación también se deduce del artículo 7º del Decreto reglamentario 2477 de 1986 que defiere al sentido de las sentencias definitivas, sobre esta materia, para definir los derechos que reconocen y aún si las minas y yacimientos, a que se refiere, aún pertenecen o no al dominio de la Nación.

En consecuencia, si mediante sentencia definitiva se reconoce una mera expectativa de derecho, por esa sola circunstancias no deviene en derecho constituido sino que requiere, como requisito esencial, que se consolide en un yacimiento descubierto. Así prescribe la Constitución desde 1886 y la ley no puede contrariarla sino que, para que sea válida, debe observarla plenamente.

En la hipótesis de una expectativa de derecho reconocida por sentencia definitiva su obligatoriedad radica, más que en el posible derecho, en el efecto de cosa juzgada de la decisión que, sin embargo, no es suficiente para tornarla en derecho constituido, como una situación jurídica particular, en un determinado yacimiento petrolero. *Lo esencial es, por consiguiente, que la sentencia definitiva, proferida antes o después de que entrara en vigencia la Ley 20 de 1969, haya reconocido en favor de una o más personas determinadas un derecho constituido en un yacimiento petrolero.*

7º El artículo 2º de la Ley 20 de 1969 dispone que "el objeto de los derechos que a cualquier título otorgue la Nación sobre sus minas es el de lograr, mediante su previa exploración técnica, el aprovechamiento total de las sustancias económicamente explotables que se encuentren en la correspondiente zona".

El señor Ministro de Minas y Energía preguntó a la Sala si esta disposición es o no aplicable a los derechos particulares constituidos sobre los yacimientos petroleros.

La mayoría contestó negativamente porque estimó que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 13, sólo el artículo 1º de la Ley 20 de 1969 es aplicable a los yacimientos de hidrocarburos de propiedad particular.

El artículo 13 de la Ley 20 de 1969 dispuso que "las normas contenidas en el artículo 1º de esta ley se aplicarán también a los yacimientos de hidrocarburos". Por consiguiente, según el claro tenor literal de este precepto, las demás disposiciones de la misma ley no se aplican directamente a los yacimientos de hidrocarburos. Sin embargo, estimo que, si el artículo 2º de la Ley 20 de 1969 no es aplicable a los yacimientos de hidrocarburos, el artículo 4º del Código de Petróleos hace una prescripción semejante, al declarar "de utilidad pública la industria del petróleo en sus ramos de exploración, explotación, refinación, transporte y distribución"; por consiguiente, *el objeto de los derechos que excepcionalmente tienen los particulares en los yacimientos petroleros consiste, como el de los constituidos sobre las minas, en el pleno aprovechamiento económico, en beneficio de la comunidad, de los correspondientes yacimientos.*

8º El señor Ministro de Minas y Energía también preguntó a la Sala si el artículo 3º de la Ley 20 de 1969 es o no aplicable a los derechos que tengan los particulares sobre los yacimientos petroleros. Considero, como ya expresé, que ese precepto no es aplicable a los mencionados yacimientos de hidrocarburos porque, inexplicablemente, el artículo 13 dispuso que sólo el artículo 1º de la Ley 20 de 1969 rige para los yacimientos de hidrocarburos de propiedad particular, no obstante que, a este respecto, su situación es igual o semejante a las minas de propiedad particular. La historia fidedigna de la Ley 20 de 1969 indica que el artículo 13-12 del proyecto fue aprobado como lo presentó el Gobierno, pese a que se sugirió hacer extensivas, en lo pertinente, las disposiciones de la ley, a los yacimientos de hidrocarburos. Ante el vacío existente, lo indicado sería proponer a la consideración del Congreso un proyecto de ley que permita aplicar a los yacimientos de hidrocarburos, en lo pertinente, las disposiciones de la Ley 20 de 1969, en ellas incluido el artículo 3º.

9º Es claro, finalmente, que el artículo 28 de la Ley 153 de 1887 es aplicable, en lo pertinente, a los yacimientos mineros y de hidrocarburos de propiedad particular. En consecuencia, en todo cuanto atañe "a su ejercicio y cargas, y en lo tocante a su extinción, prevalecerán las disposiciones de la nueva ley". *Pero, para ello es indispensable que el derecho se haya constituido de conformidad con la Constitución y la ley.*

Fecha *ut supra.*

Humberto Mora Osejo.

CONTRATO DE OBRA PUBLICA.— INTERVENTORIA. Honorarios.

El costo real de la obra sobre el cual se liquidan los honorarios por el servicio de interventoría, lo constituye el valor de todos los elementos que comprenden la construcción con exclusión de los señalados en el inciso 2º del Decreto 3154 de 1980.

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

Consejero ponente: *Doctor Jaime Paredes Tamayo.*

Radicación: Número 199.

Referencia: Consulta del Ministro de Justicia sobre honorarios de interventoría (Decreto 3154 de 1980).

El señor Ministro de Justicia envió a la Sala la consulta que se transcribe textualmente:

"Referencia: *Consulta Decreto número 3154 de 1980. Honorarios de interventoría.*

"I. De conformidad con el Decreto se aprecia por un lado:

"1. Que existe en general, dentro del giro ordinario de la administración la elaboración de contratos de obra pública por Administración Delegada, los cuales a su vez, se les ejerce interventoría de acuerdo a lo estatuido en el Decreto 222 de 1983.

"2. Que tanto al contratista principal o sea el constructor, como al interventor se le reconocen honorarios en porcentaje que a cada uno le corresponde de acuerdo a lo previsto en el Decreto 3154 de 1980, artículo 30, literal a) y artículo 36, inciso 2º.

"3. Que para efectos de liquidación de los honorarios sean estos del constructor o del interventor, el Decreto en mención toma como base de referencia 'el costo real de la obra', según artículo 28, inciso 1º y 36, incisos 2º y 5º.

"4. Que el artículo 33 del Decreto, define lo que comprende 'la construcción'; en el cual se entiende que se hace alusión a la obra como tal en su forma material corroborándose ello en el literal h), inciso final, donde para poder liquidar honorarios del constructor, debe éste sujetarse al costo real y total de la

construcción; deduciéndose así de la norma misma que dentro del costo real de la obra no van incluidos los honorarios del constructor.

"5. Que existiendo un principio en derecho que dice: 'Lo accesorio sigue la suerte de lo principal', y siendo la interventoría un contrato accesorio que por sí mismo no puede existir y por ende, sujeto al contrato de construcción que es principal es así que, el interventor debe entender que dentro del costo real de la obra, la inclusión de los honorarios del constructor no es posible por sustracción de materia, en la norma anteriormente citada respecto del constructor.

"6. Que la norma sobre honorarios de interventoría, artículo 28, inciso 2º es perentoria y taxativa al respecto, cuando establece: 'No se tendrá en cuenta dentro del costo de la construcción para efectos del cálculo de honorarios de interventoría... etc.' y a continuación enumera lo que no se contempla, para el efecto.

"7. Que el inciso 2º del artículo 28 sobre honorarios del interventor, al no incluir dentro de su enumeración los honorarios del constructor, el interventor, por exclusión de la norma las incluye o puede incluir.

"8. Que la inquietud jurídica surge de lo dispuesto en el mencionado inciso, en relación a lo previsto con las demás disposiciones del Decreto, como son los artículos 28, 30, literal b), inciso último, 33, 36, incisos 2º y 5º, 37 y 38 anteriormente mencionados y analizados dentro de un contexto general.

"II. Por otro lado, respecto de la administración se estima lo siguiente:

"1. Que la administración dentro de los parámetros de discrecionalidad puede pactar contractualmente con el interventor la exclusión de los honorarios del constructor, y otras modalidades que para el caso no forman parte del costo de la obra, como por ejemplo: El inventario del almacén a la fecha de corte, pagos efectuados a las compañías de seguros, o a los corredores por concepto de póliza, pasajes aéreos, viáticos pagados para el contratista, etc.

"2. Que la administración en el evento de no pactar contractualmente con el interventor la exclusión de los honorarios del constructor, y ceñirse a lo dispuesto en todo al Decreto número 3154 de 1980, queda en esta forma a favor del interventor, la posibilidad de incluir los honorarios del constructor para la liquidación de sus propios honorarios basándose éste, en lo reiterado en el artículo 28 inciso 2º o sea *'lo que no se tiene en cuenta dentro del costo real de la obra o construcción'*, para efectos de liquidación de honorarios de interventoría.

"En atención a lo expuesto anteriormente, se consulta a la honorable Sala:

"a) Se debe interpretar el inciso 2º del artículo 28 del Decreto 3154 de 1980 en estricto rigor, como taxativo y perentorio?;

"b) En caso contrario, cual es su alcance?;

"c) En igual circunstancia se puede interpretar el artículo 37 del mismo Decreto?;

"d) Como define el decreto, el concepto *'costo real de la obra'*.

"d.1) Dentro de un contexto genérico?

"d.2) Dentro de un contexto restrictivo particular para cada caso?, es decir, como sería para el constructor y como debería ser para el interventor?".

Considera la Sala:

Según el artículo 1º del Decreto 3154 de 1980, expedido con fundamento en el artículo 71 del Decreto-ley 150 de 1976, en las tarifas para estudio y construcción de edificios, "se rigen por las disposiciones de ese Decreto".

Al efecto el artículo 30 *ibídem* dispone:

"Para el cálculo de los honorarios por los servicios de interventoría se aplicará al costo real de la obra y para todas las categorías a excepción de la categoría *E* el siguiente porcentaje:

"a) Para construcciones por administración delegada, precios unitarios o precio alzado, 2.5% del costo real de la obra;

"b) Para las construcciones de la categoría *E*, 4% del costo real de la obra.

"Cuando se trate de planes masivos de vivienda popular acometidos por entidades oficiales como el Instituto de Crédito Territorial, se reducirán las tarifas en un 20%.

"Pago de honorarios. Los honorarios por interventoría se pagarán durante la construcción, proporcionalmente a las inversiones hechas por el constructor, según los extractos de la obra".

Además, según el artículo 28, inciso 1º del Decreto 3154 de 1980:

"Los honorarios por el servicio de interventoría se liquidan sobre el costo real de la obra. Se entiende por costo real de la obra para este efecto, todos los gastos que demande la construcción hasta su terminación completa, incluyendo el valor de los equipos necesarios para el funcionamiento de la edificación. Tales como: Los ascensores, ventiladores, enfriadores, unidades condensadoras, calderas, bombas, subestaciones, pantallería fija, tableros eléctricos, distribuidores telefónicos, generadores, tanques de almacenamiento, equipos contra incendio, equipos de seguridad, bóvedas, puertas de seguridad, ductos, incineradores, compactadores de basura, etc.

"No se tendrá en cuenta, dentro del costo de la construcción, para efectos del cálculo de honorarios de interventoría, el valor del terreno, el valor de gastos reembolsados de interventoría, los propios honorarios de interventoría y los honorarios correspon-

dientes a anteproyecto, proyecto y supervisión arquitectónica, planos de estudios de ingeniería, presupuesto y programación".

De la redacción y del contexto del primer inciso del artículo 28 se infiere claramente que no es taxativo y que, por lo mismo, "los honorarios por el servicio de interventoría se liquidan sobre el costo real de la obra" tomando en consideración, no sólo los factores enunciados, por vía de ejemplo, en esta disposición, sino también todos los demás costos que se acrediten fehacientemente. El porcentaje que prescribe el artículo 30 del Decreto 3154 de 1980 se debía al costo de la obra integrada por todos sus factores o elementos.

El segundo inciso del artículo 28, en cambio, cuando dispone que no se liquiden tales honorarios sobre el valor del terreno, el de gastos reembolsables de interventoría, los propios honorarios de interventoría y los correspondientes a anteproyecto, proyecto y supervisión arquitectónica, planos de estudios de ingeniería, presupuesto y programación, tiene carácter taxativo; constituye una excepción que como tal es de restrictiva interpretación. Sin embargo, según el artículo 30, inciso final, el Decreto 3154 de 1980, "los honorarios por interventoría se pagarán durante la construcción, proporcionalmente a las inversiones hechas por el constructor, según los extractos de la obra".

El artículo 36 del Decreto 3154 de 1980 dispone lo siguiente sobre los honorarios del constructor:

"Se entenderá por costo real de la construcción para efectos del cobro de honorarios, el valor de todos los elementos que comprenden la construcción, de acuerdo con los planos, modificaciones o adiciones que se hayan efectivamente realizado, o sea el costo de todos aquellos *ítems* que deben pagarse por cuenta de la entidad contratante".

"Los materiales y elementos suministrados por la entidad contratante, así como los trabajos que hagan parte integrante de la construcción y que se hayan contratado y pagado por separado, forman parte del costo real de la construcción sobre los cuales se liquidan honorarios".

"Para efectos del cálculo de los honorarios, al tenor del artículo 37 del reglamento, se excluye únicamente el valor del terreno, el de ornamentos y muebles que no hagan parte integrante de la construcción y que no hayan sido escogidos o adquiridos por el arquitecto; los honorarios correspondientes al anteproyecto, proyecto y supervisión arquitectónica, presupuesto, programación, interventoría y construcción. En los casos en los cuales no reciba el constructor los estudios de ingeniería y técnicas completas y por ello la entidad contratante lo autorice a contratarlos y coordinarlos, éste recibirá honorarios por estos trabajos como parte del costo real de la construcción".

"Artículo 38. *Pago de honorarios*. Los honorarios correspondientes a la construcción por administración delegada se liquidarán aplicando al costo real de la obra, el porcentaje estipulado

y se pagará, salvo otro convenio, proporcionalmente con los cortes periódicos de cuentas que el arquitecto debe presentar a la entidad contratante".

Respecto de los honorarios del constructor, en contratos por administración delegada, se observa:

Según el artículo 35 del Decreto 3154 de 1980, "el arquitecto tiene derecho a que le sean reconocidos honorarios sobre el costo real de la construcción", determinado por los factores que por vía de ejemplo, menciona el mismo precepto y por todos los demás que se efectúen para la construcción. A este respecto el artículo 36 *ibídem* prescribe que "se entenderá por costo real de la construcción para efectos del cobro de honorarios, el valor de todos los elementos que comprenden la construcción, de acuerdo con los planos, modificaciones o adiciones que se hayan efectivamente realizado, o sea el costo de todos aquellos *ítems* que deben pagarse por cuenta de la entidad contratante". El inciso final de la misma disposición agrega que "los materiales y elementos suministrados por la entidad contratante, así como los trabajos que hagan parte integrante de la construcción y que se hayan contratado y pagado por separado, forman parte del costo real de la construcción sobre los cuales se liquidan honorarios".

El artículo 37 del Decreto 3154 de 1980 determina, de modo taxativo los factores que no constituyan parte integrante del "costo real" de la construcción, a saber: "El valor del terreno, el de ornamentos y muebles que no hagan parte integrante de la construcción y que no hayan sido escogidos o adquiridos por el arquitecto, los honorarios correspondientes al anteproyecto, proyecto y supervisión arquitectónica, presupuesto, programación, interventoría y construcción". Además, el mismo precepto agrega que "en los casos en los cuales no recibe el constructor los estudios de ingeniería y técnicas completas (sic) y por ella la entidad contratante lo autorice a contratarlos y coordinarlos, éste recibirá honorarios por estos trabajos como parte del costo real de la construcción".

El artículo 38 dispone que los honorarios de que se trata se liquidarán aplicando al costo real de la obra el correspondiente porcentaje, determinado por el artículo 36 *ibídem* y se pagarán, salvo convenio, "proporcionalmente con los cortes periódicos de cuentas que el arquitecto debe presentar a la entidad contratante". Si la obra se suspende, los honorarios se liquidarán sobre la totalidad de los pagos efectuados y sobre las cuentas causadas y no canceladas y sobre las que se deban "cancelar para la liquidación de los contratos o subcontratos vigentes en el momento de suspensión de la obra".

Con fundamento en lo expuesto la Sala responde:

1º El "costo real de la obra", a que se refiere el artículo 28, inciso 1º del Decreto 3154 de 1980 se determina con todos los factores que lo constituyen. Por consiguiente comprende, además de los elementos que señala esa disposición, todos los gastos de la construcción, con exclusión de los señalados por el inciso 2º *ibídem*.

2º El inciso 2º del mencionado artículo 28 del Decreto 3154 de 1980, que señala los valores que se excluyen en el cálculo del "costo

real de la obra", es excepcional y de carácter taxativo y debe ser interpretado restrictivamente. Por consiguiente, los valores excluidos del costo de la obra son, exclusivamente, los que prescribe ese precepto.

3º El artículo 37 del Decreto 3154 de 1980 señala las sumas que se excluyen del costo real de la construcción a efecto de pagar los honorarios del constructor. La disposición tiene carácter taxativo y, por lo mismo, sólo se excluyen del costo real de la construcción los gastos que menciona.

4º El costo real de la obra, para los efectos de determinar los honorarios del interventor, se establece conforme a lo prescrito por el artículo 28 del Decreto 3154 de 1980. El costo real de la construcción, para liquidar los honorarios del constructor, se calcula según lo prescrito por los artículos 35 y 37 del Decreto 3154 de 1980.

Transcríbase en copia auténtica al señor Ministro de Justicia.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

SISTEMA NACIONAL DE SALUD.— CARRERA ADMINISTRATIVA.

El sistema nacional de salud se origina en la coordinación, mediante contratos, de la Nación y demás entidades territoriales, y los establecimientos públicos nacionales, regionales y locales, bajo la dirección técnica del Ministerio de Salud; cada una de las entidades que concurre a integrar el sistema nacional de salud mantiene su identidad propia y se rige por reglas y principios específicos, y la carrera administrativa de estas mismas entidades debe ser regulada directa y específicamente por la ley.

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

Consejero ponente: *Doctor Humberto Mora Osejo.*

Radicación: Número 210.

Referencia: Consulta del Ministerio de Salud, sobre Sistema Nacional de Salud frente al nuevo régimen municipal (Ley 9ª de 1973).

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

"En desarrollo de lo dispuesto por el Código Contencioso Administrativo artículo 98, numeral 2, comedidamente me permito presentar ante ustedes las siguientes consultas previo algunos antecedentes y consideraciones:

"Mediante la Ley 9ª de 1973 se revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias, entre otros aspectos para:

"—Adscribir o vincular al Sistema Nacional de Salud, las entidades creadas por la ley que presten servicios de atención médica y los servicios de atención médica de otras entidades del sector público.

"—*Determinar la organización y el régimen de funcionamiento de los Servicios Seccionales de Salud* que funcionan en las capitales de los departamentos, intendencias y comisarías en el Distrito Especial de Bogotá (Se subraya).

"—*Elaborar el Estatuto de Personal y Escala Salarial* para los funcionarios que prestan sus servicios en el Sistema Nacional de Salud, consultando la política general fijada al respecto y dentro de las posibilidades presupuestales (Se subraya).

"Con fundamento en estas facultades se expidieron inicialmente los Decretos 621, 655, 654, 673, 706 y 708 de 1974 los cuales fueron sustituidos por los Decretos:

"056 de 1975 que establece la organización general del sistema.

"350 de 1975, por el cual se determina la organización y funcionamiento de los Servicios Seccionales de Salud y de las Unidades Regionales.

"356 de 1975, por el cual se establece el régimen de adscripción y vinculación de las entidades que prestan servicios de salud.

"526 de 1975, por el cual se dictan normas sobre el subsistema Nacional de Inversión, suministros, personal e investigaciones del Sistema Nacional de Salud.

"694, por el cual se establece el Estatuto de Personal para el Sistema Nacional de Salud.

"Con estos Decretos-ley se desarrollan los aspectos para los cuales se habían otorgado facultades a excepción de la escala salarial para los funcionarios que prestan sus servicios en el Sistema Nacional de Salud.

"Ahora bien, sobre la base de considerar que la salud es un servicio público básico de interés nacional, que debe ser regulado mediante ley y que la autonomía administrativa de los departamentos y el Distrito Especial de Bogotá no es absoluta pues vulneraría la unidad o centralización política del Estado, así como los demás fundamentos tenidos en cuenta por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 21 de agosto de 1975 mediante la cual se declaró exequible el Decreto-ley 056 de 1975 y así mismo teniendo en cuenta los artículos 187 y 197 de nuestra Constitución Política, se pregunta:

"¿Es viable establecer mediante ley o decreto extraordinario, la escala salarial y demás factores que de la remuneración de los funcionarios han sido establecidos como salario en el Decreto-ley 1042 de 1978, tales como: La prima de servicios, la bonificación por servicios prestados, 1 prima de alimentación, los viáticos y especialmente el auxilio de transporte que todos los años es regulado para determinadas ciudades del país, siendo que en el Sistema Nacional de Salud subsisten el sector nacional y el departamental (Ver consulta 941 de 9 de diciembre de 1974 de esa Corporación, que anexamos), y según el artículo 187 de la Constitución Política el salario y la clasificación y nomenclatura de cargos es de competencia de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Municipales?

"¿Así mismo es viable establecer por ley un sistema de nomenclatura y clasificación de empleos y los manuales de funciones y requisitos mínimos para los funcionarios del Sistema Nacional de Salud, que permitan la implantación de la Carrera Administrativa establecida mediante el Decreto-ley 694 de 1975 para todo el sector salud?

"¿De expedirse una ley que de manera general establezca estos temas podrá aplicarse por sí sola o directamente en los Servicios

Seccionales de Salud y hospitales de origen público (o adscritos al Sistema Nacional de Salud) o por lo contrario debe tomarse la ley como norma marco que requiere:

"a) Formalizarse mediante un contrato de integración entre la Nación —Ministerio de Salud— y los Departamentos, Intendencias y Comisarías y el Distrito Especial de Bogotá, pues éste es el medio legal que permite el respeto a la autonomía departamental sobre la base del consenso, como sostuvo esa Corporación en la consulta anexa a que ya me referí?;

"b) Ser acogida por las Asambleas y Concejos de Bogotá y Comisariales e Intendenciales mediante ordenanzas y acuerdos?;

"c) Formalizarse mediante un contrato previamente autorizado por las Asambleas y Concejos?

"Frente al nuevo régimen municipal, es viable que los municipios y departamentos puedan crear establecimientos públicos hospitalarios, acorde sin este régimen y desconociendo la legislación actual del Sistema que ha establecido la organización y funcionamiento de los hospitales, definiéndoles una determinada forma jurídica, una estructura y clasificación de sus empleados?".

La Sala considera:

1º Como ha expuesto la Sala en conceptos de 9 de diciembre de 1974 y de 10 de junio de 1987, el Sistema Nacional de Salud consiste en la coordinación, mediante contratos, de la Nación, los departamentos, las intendencias, las comisarías y los municipios (art. 8º del Decreto-ley 056 de 1975) para prestar los servicios que le corresponden, mediante la dirección del Ministerio de Salud. Por consiguiente, las entidades que concurren a constituir el Sistema Nacional de Salud mantienen su propia identidad, tienen regímenes específicos y deben funcionar como "dependencias técnicas del Ministerio de Salud Pública" (art. 8º del Decreto-ley 056 de 1975).

2º Lo expuesto significa que las entidades que integran el Sistema Nacional de Salud tienen su propio régimen jurídico y que su vinculación al mismo se realiza mediante estipulaciones contractuales. En este orden de ideas, según los artículos 187 y 197 de la Constitución, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales tienen la facultad de determinar, a iniciativa del Gobernador o del Alcalde, la estructura de la administración departamental o municipal, las funciones de las diferentes dependencias y las escalas de remuneración de los empleos; en los órdenes intendencial y comisarial, los concejos intendenciales o comisariales ejercen, por iniciativa del respectivo intendente o comisario, esas mismas funciones. La ley no puede prescribirlas porque, según la Constitución, ello sólo le corresponde en el orden nacional, no en relación con los departamentos, intendencias, comisarías y municipios.

3º La Constitución también contempla que las Asambleas Departamentales pueden crear, por iniciativa del Gobernador, establecimientos públicos para prestar servicios específicos del Departamento.

Entre ellos pueden contarse los hospitales departamentales, creados como establecimientos públicos, que son regulados por las correspondientes ordenanzas. Estas entidades mantienen, por lo mismo, su propia autonomía y pertenecen, por disposición del artículo 5º del Decreto-ley 356 de 1975, al Sistema Nacional de Salud, en el nivel seccional o departamental. Las reformas que pretendan hacerse a esos organismos tienen que efectuarse, de conformidad con la Constitución, mediante ordenanzas expedidas por las Asambleas Departamentales a iniciativa del correspondiente Gobernador. La ley no puede realizarlas porque, de acuerdo también con la Constitución, a ella sólo le incumbe crear, reformar o suprimir establecimientos públicos nacionales, mediante iniciativa del Gobierno.

4º De conformidad con la Constitución y la ley, los Concejos Municipales pueden crear, por iniciativa del Alcalde, establecimientos públicos para el servicio del Municipio. Entre ellos pueden estar comprendidos los hospitales municipales, regulados por acuerdos. Estas entidades tienen autonomía administrativa y, como todas las de su género, personería jurídica; pertenecen, además, de conformidad con el artículo 5º del Decreto-ley 356 de 1975, al Sistema Nacional de Salud en el nivel local. Los Concejos Municipales, por iniciativa del Alcalde, pueden también reformarlas, fusionarlas o suprimirlas. Estas funciones son exclusivas y no pueden ser ejercidas por el legislador a quien sólo le incumbe, a este respecto, crear, reformar, fusionar o suprimir establecimientos públicos nacionales.

5º El artículo 76, ordinal 10 de la Constitución atribuye al Congreso, mediante leyes, entre otras muchas materias, "dictar las normas correspondientes a las carreras administrativas, judicial y militar". De donde se infiere que corresponde al legislador, mediante ley, regular la carrera administrativa nacional, regional y local, cualesquiera sean las facultades que ejerzan las diferentes entidades administrativas. Por consiguiente, la carrera administrativa en cada una de las entidades que integran, mediante contratos, el Sistema Nacional de Salud, debe ser regulada directa y específicamente por la ley.

Con fundamento en lo expuesto la Sala responde:

1º El Sistema Nacional de Salud se origina en la coordinación, mediante contratos, de la Nación, los departamentos, las intendencias, las comisarías los municipios y los establecimientos públicos nacionales, regionales y locales, bajo la dirección técnica del Ministerio de Salud Pública.

2º Por consiguiente, cada una de las entidades que concurre a integrar, mediante contrato, el Sistema Nacional de Salud, mantiene su propia identidad y se rige por reglas y principios específicos, de conformidad con la Constitución y la ley. En consecuencia, corresponde a la ley, por iniciativa del Gobierno, establecer o reformar la estructura de la administración nacional y la escala de remuneración de los empleos de la administración nacional, como también crear, reformar, fusionar o suprimir establecimientos públicos nacionales; en los departamentos estas funciones incumben, por iniciativa del Gobernador, mediante ordenanzas, a las Asambleas departamentales; en las intendencias y comisarías, por proposición del respectivo intendente o

comisario, al correspondiente concejo intendencial o comisarial; y en los municipios, por iniciativa del Alcalde, mediante acuerdos, a los Concejos Municipales. El legislador, cuyas funciones define la Constitución, no puede ejercer las facultades que el mismo estatuto y la ley asignan a las corporaciones regionales y locales de elección popular.

3º La carrera administrativa nacional, regional y local, según la Constitución, debe ser organizada y regulada por la ley.

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

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

RECURSOS NATURALES RENOVABLES.— RESERVA NACONAL DE LA MACARENA. Alinderamiento, área de manejo especial.

El artículo 5º de la Ley 52 de 1948, al autorizar al Gobierno para alinderar la reserva de La Macarena, le confirió una facultad administrativa que se agotó mediante el Decreto ejecutivo 2963 de 1965, en cuanto determinó los linderos de La Macarena.

La reserva natural, como área de manejo especial debe mantenerse intangible conforme a las leyes que le dieron el carácter específico de reserva legal.

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

Consejero ponente: *Doctor Humberto Mora Osejo.*

Radicación: Número 209.

Referencia: Consulta del Ministerio de Agricultura, sobre señalamiento de nuevos límites de la reserva La Macarena.

Se absuelve la consulta que el señor Ministro de Agricultura hace a la Sala para que conceptúe si jurídicamente es o no posible que el Gobierno, con fundamento en los artículos 76, ordinal 11 de la Constitución y 5º de la Ley 52 de 1948, nuevamente alindere la reserva natural de La Macarena con el objeto de que excluya de ella la zona ocupada por colonos y adjudicatarios de tierras. Al efecto expone la historia jurídica del tema, hace referencia a dos conceptos de esta Sala sobre el particular y a la sentencia proferida por la Sección Primera de esta Corporación, de 9 de julio de 1976, que declaró la nulidad de la Resolución 440 y del Acuerdo número 26 de 1971, expedidos, respectivamente, por el Gobierno y por el Instituto de Desarrollo de los Recursos Naturales Renovables —INDERENA—, mediante los cuales se alinderaba nuevamente la reserva de La Macarena y se excluían de ella 501.350 hectáreas.

El señor Ministro de Agricultura aduce como nuevos elementos de juicio, para que sean analizados en el nuevo concepto, los siguientes, que se transcriben:

"En cuanto a las facultades legales con las cuales cuenta el Gobierno nacional para establecer nuevos límites de la reserva La Macarena, el Consejo de Estado ha sido enfático en considerar que el INDERENA carece de competencia para hacerlo, y que el artículo 5º

de la Ley 52 de 1948, anteriormente transcrito, confirió facultades extraordinarias conducentes a que el Gobierno lo realizara, y al hacerlo, perdió competencia para modificar ese alinderamiento.

"Sin embargo, un examen más detenido de la naturaleza jurídica de lo que el artículo 5º de la Ley 52 de 1948 denominó 'facultades', ha conducido a este Despacho a considerar que las mencionadas 'facultades' en realidad configuran una autorización, de las previstas en el numeral 11 del artículo 76 de la Constitución Política, en los términos en que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha diferenciado el alcance de esta norma del de la contenida en el ordinal 12 del mismo artículo de la Carta.

"Al respecto, me permito transcribir apartes de varios pronunciamientos emitidos por la mencionada Corporación:

"B.1. 'En cuanto al cargo de que con las disposiciones acusadas se infringe el numeral 12 del artículo 76, porque aquellas implican facultades extraordinarias al Gobierno, que no fueron precisas y que, en particular, no son temporales, dado su carácter indefinido, baste considerar que si en realidad deferir al Gobierno el encargo de dictar reglamentos sobre la exploración y explotación de los yacimientos esmeraldíferos del Estado, y el hacerlos cumplir, conllevara facultades especiales, éstas encuentran su fundamento en el numeral 11, no en el 12, del artículo 76, a virtud del cual puede el Congreso conferir autorizaciones al Gobierno «para celebrar contratos... y ejercer otras funciones dentro de la órbita constitucional», las cuales, como lo reconocen la doctrina y la jurisprudencia, no están sometidas a los requerimientos del numeral 12. En éste son necesarios la precisión y la temporalidad, porque se trata de investir al Presidente de una competencia originalmente legislativa; en el caso del numeral 11 se refiere, por el contrario, a actividades del orden constitucional del Presidente, que la Carta hace compartir al Congreso por vía de autorizaciones usualmente de tipo general e indefinido, como las relativas a toda suerte de contratos a veces sometidos a revisión del Consejo de Estado y en especial las que versan sobre intervención económica'.

"8.2. 'Aunque colaboran armónicamente, las ramas del Poder Público tienen funciones separadas, correspondiendo al Congreso la Legislativa y al Gobierno la administrativa. Es obvio así que cuando el numeral 11 del artículo 76 de la Carta permite al Congreso conceder autorizaciones al Gobierno «para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes nacionales y ejercer otras funciones dentro de la órbita constitucional», sin que en tal caso se exija por ejemplo la temporalidad de dichas facultades, se refiere a funciones de carácter estrictamente administrativo, de las que naturalmente entran en la esfera propia del Gobierno, pero respecto de las cuales la Constitución prescribe cierta coparticipación del legislador'.

"8.3. 'Con todo, frente a este tipo de leyes de facultades extraordinarias, esta Corporación siempre ha considerado que son distintas las denominadas «leyes de autorizaciones especiales» de que trata el artículo 76-11 de la Constitución, sin que éstas correspondan por tanto a una especie de tautología institucional en relación con aquellas. Por

el contrario, las leyes de autorizaciones especiales, así en veces hayan sido confundidas, aún por el propio legislador ordinario como en este caso, no sólo en su nomenclatura (como de «facultades») sino en su naturaleza (como si se trataran asuntos materialmente legislativos y con carácter «*pro témpore*»), han sido reconocidas por el Constituyente y por el Juez de constitucionalidad únicamente como conferibles al Ejecutivo para que éste ejerza «otras funciones dentro de la órbita constitucional», distintas de las del legislador extraordinario derivado de la competencia de habilitación legislativa de aquellas, y por lo tanto sobre materias propias o específicas y por lo común concretas del ámbito tradicional y ordinario del Gobierno, de naturaleza apenas administrativa, operativa, ejecutiva o de mera gestión, pero eso sí, siempre que supongan además una formal y previa colaboración legislativa del Congreso...'

"9. 'Conforme a lo que ha sido expuesto, consideramos que es jurídicamente válido argumentar que las denominadas «facultades» del artículo 5º de la Ley 52 de 1948, son en realidad «autorizaciones», de las previstas en el ordinal 11 del artículo 76 de la Constitución Política, en la medida en que no fueron limitadas en el tiempo y su materia (fijación de los límites de la reserva), no es legislativa sino administrativa y operativa propia del Ejecutivo'.

"Por tratarse de autorizaciones y no de facultades extraordinarias, el Gobierno tiene competencia para señalar nuevos límites de la reserva La Macarena, con apoyo en el ordinal 11 del artículo 76 de la Constitución Política y en el artículo 5º de la Ley 52 de 1948.

"Los nuevos límites de la reserva, se fijarían con base en el concepto que para el efecto emitiera una comisión integrada por especialistas del Ministerio de Agricultura, sus entidades adscritas, la Universidad Nacional y el IGAC, tal como se realizó en la anterior oportunidad.

"Con fundamento en las consideraciones que han sido expuestas, ruego a los honorables Consejeros de la Sala de Consulta y Servicio Civil, emitir concepto de si la conclusión planteada en el numeral 9 del presente escrito, es jurídicamente válida".

El señor Ministro de Agricultura también solicita que la Sala conceptúe si, mediante decreto expedido por el Gobierno, la Reserva Natural de La Macarena, puede o no ser declarada "Area de Manejo Especial", en los siguientes términos textuales:

"10. Adicionalmente, este Despacho solicita concepto sobre la viabilidad jurídica de aclarar, a través de un decreto presidencial, el actual territorio de la Reserva Natural de La Macarena, como 'Area de Manejo Especial', con todas las variables de zonificación ecológica y socioeconómica que se precisen conforme al Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente ('Distrito de Manejo Integrado', 'Distrito de Conservación de Suelos', 'Vía Parque', 'Reserva Natural Nacional', 'Santuario de Fauna y Flora', etc., según la situación actual de los ecosistemas y el poblamiento).

"Lo anterior en consideración a que los Decretos 2811 de 1974 y 133 de 1976 fueron expedidos con posterioridad al Decreto 2863 de 1965.

"De resultar viable una declaratoria de 'Area de Manejo Especial' para todo el territorio de La Macarena, este Despacho requeriría por parte del honorable Consejo de Estado, un pronunciamiento en torno a las responsabilidades y competencias de cada una de las entidades involucradas en las funciones de protección, conservación, investigación, administración y manejo".

La Sala considera:

La Sala ya había absuelto sobre el mismo tema dos consultas, mediante los conceptos de fechas 20 de septiembre de 1971 y 3 de julio de 1985. En ellos consideró, de manera reiterada, que las facultades que el artículo 5º de la Ley 52 de 1948 confirió al Gobierno, para alinderar la Reserva Natural de La Macarena, se utilizaron y agotaron mediante el Decreto 2963 de 1965; que, por lo mismo, jurídicamente no es posible volverlas a ejercer; que, por otra parte, si las lindes de la mencionada reserva se determinaron, no hay líneas dudosas o inciertas que hagan necesario un nuevo deslinde y que éste no puede ser utilizado como expediente o pretexto para mutilar o cercenar la reserva.

Además, la Sección Primera del Consejo de Estado, mediante sentencia de 9 de julio de 1976, declaró la nulidad del Acuerdo número 26 de 1971, expedido por el Instituto de Desarrollo de Recursos Naturales Renovables, y de la Resolución ejecutiva número 440 del mismo año, que le dio aprobación, en cuanto sustrajeron de la reserva de La Macarena "el área aproximada de 501.350 hectáreas" con evidente violación de los artículos 1º de la Ley 52 de 1948 y del Decreto 2963 de 1965, que le dieron el carácter de reserva y fijaron definitivamente sus linderos. Esto significa que los referidos conceptos de la Sala y la mencionada sentencia del Consejo de Estado —que hizo tránsito a cosa juzgada— son contestes en considerar que la reserva de La Macarena, alinderada conforme a lo dispuesto por los artículos 1º de la Ley 52 de 1948 y único del Decreto 2963 de 1965, no pueden ser modificados ni por INDERENA ni por el Gobierno.

La Sala, con el objeto de absolver la nueva consulta del señor Ministro de Agricultura, reitera y transcribe los argumentos que expuso en su concepto de 3 de julio de 1985, a saber:

"La Sala considera y responde:

"1º El artículo 1º de la Ley 52 de 1948 declaró 'reserva biológica natural' el territorio de la sierra denominada 'La Macarena' para que sirva, según el artículo 2º, 'para estudios de ciencias naturales'; con esta finalidad ordenó establecer en ella 'una estación biológica con el nombre del naturalista colombiano José Jerónimo Triana'. El artículo 3º autorizó al Gobierno 'para contratar o aceptar la cooperación de entidades científicas nacionales o extranjeras que deseen avanzar estudios de ciencias naturales en la Reserva Biológica de «La Macarena» y el artículo 5º lo facultó para fijar, de acuerdo con el Instituto Geográfico Militar, los límites de la sierra de «La Macarena»'.

"De acuerdo con el artículo 2º del Decreto número 438 de 1949, reglamentario de la Ley 52 de 1948, que dispuso que 'los límites de la Reserva Nacional de «La Macarena» se establecerán por nuevo decreto una vez verificadas las exploraciones preliminares', el Gobierno, con fundamento en la facultad que le dio el artículo 5º de la Ley 52 de 1948 y en el estudio adelantado por una comisión integrada por especialistas del Ministerio de Agricultura y del Instituto de Ciencias Naturales, a la vez adoptado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, definitivamente los señaló, mediante el Decreto 2963 de 1985, así:

"*Artículo único.* Fíjanse como límites de la reserva de la sierra denominada La Macarena, en el Departamento del Meta, los siguientes:

" 'Por el norte, cruce del camino de Uribe con la quebrada Curia. Por la quebrada Curia aguas abajo hasta su confluencia con la quebrada Honda. Por ésta, aguas abajo hasta su desembocadura en el río Güejar. Siguiendo aguas abajo del río Güejar hasta su desembocadura en el río Ariari al Oriente. Río Ariari aguas abajo hasta su confluencia con el río Guayabero por el sureste. Por el sur, río Guayabero de Este a Oeste, aguas arriba hasta su confluencia con el río Duda en el Occidente. De esta confluencia aguas arriba por el río Duda hasta el denominado «La Ilusión». De este punto en línea recta hasta el cruce del camino de Uribe con la quebrada de «Las Peñas». De este punto siguiendo el camino de Uribe hasta el cruce con la quebrada Curia punto de partida'.

"2º El artículo 1º de la Ley 57 de 1963 incorporó a la Universidad Nacional el Instituto Roberto Franco, 'la reserva nacional de «La Macarena» y la «estación biológica José Jerónimo Triana» para programas educativos y de investigaciones de campo, en *pro del desarrollo, económico-social y sanitario de los Llanos Orientales de Colombia*' (la Sala subraya). De manera que, por expresa disposición de la ley, el Instituto Roberto Franco, la reserva de 'La Macarena' y la estación biológica *se cedieron a la Universidad Nacional como una contribución del Estado al progreso de la región:* Por consiguiente, sería contrario a la ley admitir siquiera la posibilidad que estos centros de investigación puedan perjudicar y no favorecer, como es evidente, los intereses del Llano.

"3º El Decreto 2963 de 1965 se expidió, como se hace constar en el último de sus considerandos, cuando ya estaba vigente la Ley 57 de 1963, que incorporó, a partir de su 'expedición', la reserva de 'La Macarena' a la Universidad Nacional. Esto explica que en el estudio preparatorio de la delimitación participara, conjuntamente con el Ministerio de Agricultura, el Instituto de Ciencias Naturales de esa entidad y que actualmente éste sea el encargado, de conformidad con el artículo 21 del Acuerdo número 16 de 1973, expedido por Consejo Superior, del 'estudio, defensa y conservación de la reserva natural «La Sierra de La Macarena» colocada bajo el control y manejo de la Universidad Nacional de acuerdo con la Ley 57 de noviembre 9 de 1963'. El precepto agrega que 'la administración de los programas realizados por La Sierra de La Macarena estará bajo el control y vigilancia del CEDIA' (Centro de Investigaciones Amazónicas).

"4º De manera que la reserva de 'La Macarena', delimitada en la forma indicada, actualmente pertenece a la Universidad Nacional, hace parte de su patrimonio con la finalidad prescrita por la ley. Y si el artículo 5º de la Ley 103 de 1959 declaró 'monumento nacional, por su importancia científica, la sierra de La Macarena', *con tal carácter fue transferida a la Universidad Nacional por la Ley 57 de 1963 y como tal debe ser preservada en su integridad, como un patrimonio biológico de Colombia y del mundo: Mantener la intangibilidad de la reserva de 'La Macarena' es, por lo mismo, un deber de Colombia con toda la humanidad.*

"5º Estos mismos criterios fueron expuestos por la Sala en concepto de 20 de septiembre de 1971, a propósito de una consulta, similar a la que se absuelve, del señor Ministro de Agricultura. En ese concepto la Sala expresó que 'de los textos comentados, tanto legales como reglamentarios, se desprenda la destinación, por mandato del legislador, del territorio de la sierra «La Macarena» a fines de investigación científica y educativos, como reserva integral de todas las riquezas que en ella se encuentran y su incorporación, para estos efectos, a la Universidad Nacional... Como reserva biológica destinada a investigación científica y como monumento nacional, la sierra «La Macarena» tiene linderos señalados por el Decreto 2963 de 1965, dictado en ejercicio de expresa facultad que al Gobierno confirió el legislador en la Ley 52 de 1948. Cumplido el mandato legal, la facultad se agotó para el Gobierno, y solamente el legislador podría modificar los linderos señalados... Sometida la sierra «La Macarena» a las normas especiales de la Ley 52 de 1948 y de la Ley 163 de 1959, el INDERENA no tiene facultad legal, en relación con esta reserva, para excluir de ella zonas comprendidas en el área delimitada por el Decreto 2963 de 1965...'

"6º La Sección Primera del Consejo de Estado, mediante sentencia de 9 de julio de 1976, declaró la nulidad del Acuerdo 26 de 1971, expedido por el Instituto de Desarrollo de los Recursos Naturales Renovables, y de la Resolución ejecutiva número 440 del mismo año porque, con manifiesta infracción de los artículos 1º y 2º de la Ley 52 de 1948 y único del Decreto 2963 de 1965, cercenaban 501.350 hectáreas de la reserva y 'monumento nacional' de 'La Macarena'. Obsérvese que esta decisión, que hizo tránsito a cosa juzgada *erga omnes*, se fundó en los mismos motivos expuestos en el concepto de la Sala —antes mencionada— de 20 de septiembre de 1971: *Esos actos desconocieron la intangibilidad de la reserva de 'La Macarena' dispuesta por la ley e incorporada, por la misma, al patrimonio cultural de la Universidad Nacional.*

"7º Nuevamente se pregunta si es posible cercenar la reserva y 'monumento nacional' de 'La Macarena', a fuer de alinderarla, esta vez con fundamento en el Decreto-ley 2811 de 1974, que es el actual Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente.

"La Sala responde negativamente porque este Código, como se deduce hasta de su mero enunciado, *no tiene por objeto destruir sino por el contrario, preservar los recursos naturales del país*, con mayor razón las reservas biológicas, declaradas por la ley monumentos na-

cionales, como la sierra de 'La Macarena'; porque esta reserva fue constituida y delimitada con fundamento en leyes especiales (52 de 1948 y 153 de 1959) que están vigentes y que ni siquiera han sido objeto de modificación; porque esa reserva, desde que fue sancionada la Ley 57 de 1963, se incorporó por cesión que le hizo la Nación, al patrimonio cultural de la Universidad Nacional, entidad que actualmente adscribe su estudio, defensa y preservación a su Instituto de Ciencias Naturales; porque la delimitación de la reserva de 'La Macarena', efectuada mediante el Decreto 2963 de 1965, según se deduce de su propia motivación, *tuvo por objeto incorporar en ella toda la superficie que científicamente debía comprenderla en tal forma de hacer coincidir la realidad y la norma;* porque se infringe la ley si, a fuer de delimitar la reserva que ésta prescriba, se la mutila o cercena, cualquiera que sea el motivo; porque las lindes de la reserva de 'La Macarena' *sólo podrían variarse por disposición legal o mediante autorización legal que implique facultades extraordinarias y* pro témpore *conferidas al Gobierno;* porque el Decreto-ley 2811 de 1974 rige a partir de su promulgación y no tiene efecto retroactivo pero ni siquiera retrospectivo, y por lo mismo, no desconoce, sino que, por el contrario, mantiene las situaciones constituidas con base en la legislación anterior, como la rserva de 'La Macarena' y su incorporación a la Universidad Nacional; porque todo el 'sistema de parques nacionales', contemplado por el Decreto-ley 2811 de 1974, tiene por objeto esencial, *no destruir las reservas,* sino *conservarlas 'con valores sobresalientes de fauna y flora y paisajes...',* como dispone el artículo 328 *ibídem,* amén de otras claras finalidades biológicas, hasta llegar a admitir la posibilidad, que prescribe el artículo 330 *ibídem,* de 'imponer restricciones y limitaciones de dominio' en las llamadas 'zonas amortiguadoras' que tienen por objeto atenuar 'las perturbaciones que pueda causar la acción humana', todas medidas diametralmente opuestas a la de cercenar una reserva natural o biológica, dispuesta por ley especial, para someterla a implacable destrucción; porque el artículo 334 del Decreto-ley 2811 de 1974 atribuye a la 'administración reservar y alinderar las áreas del sistema de parques nacionales aunque hayan sido previamente reservas para otros fines' *con el obvio y evidente propósito de instarla a constituir nuevas reservas naturales, no para que destruya las pocas existentes en el país, ni menos para que, a fuer de volver a alinderarla, mutile y destruya una reserva biológica, erigida por la ley en monumento nacional, que es patrimonio cultural de toda la humanidad; por el contrario, la ostensible finalidad del precepto consiste en alentar la política de reservas por el sistema de parques nacionales, hasta permite constituirlas en zonas ya reservadas para otros fines,* por ejemplo, mineros o industriales; pero esto no significa, no puede significar, autorización para cercenar y destruir la mejor de las reservas existentes en el País: *Por el contrario, el Código de Recursos Naturales prescribe el deber de mantenerla en toda su integridad;* porque lo expuesto demuestra que están plenamente vigentes las leyes que instituyeron la reserva de 'La Macarena' y la cedieron a la Universidad Nacional y que, por lo mismo, el efecto de cosa juzgada *erga omnes* de la sentencia proferida por la Sección Primera de esta Corporación el 9 de julio de 1975 no podría ser desconocido o infringido por otros actos administrativos que, al mutilar nuevamente la reserva, no serían sino reproducción de los que fueron

declarados nulos por esa decisión; porque, como afirmaron los científicos que dictaminaron por solicitud de la Sala en 1971, toda la reserva de 'La Macarena', *que no es un recurso natural renovable,* no puede destinarse a objeto distinto del cumplimiento de la finalidad que le asignó la ley: *Ser parte integrante del patrimonio cultural de la Universidad Nacional para beneficio general de toda la humanidad y especialmente de los Llanos Orientales de Colombia; porque si el Estado debe, según las Leyes (135 de 1961 y 4ª de 1973), realizar la reforma agraria en tierras baldías o de propiedad particular, no está facultado para efectuarla en las reservas biológicas creadas especialmente por la ley, menos en las que además han sido definidas como 'monumentos nacionales', como es el caso de la de 'La Macarena' que fue incorporada con tal carácter al patrimonio de la Universidad Nacional;* y porque, en fin, los Llanos Orientales de Colombia, de extensión ilimitada, cuyos confines se confunden con las propias fronteras de Colombia, ofrecen amplias posibilidades para realizar la reforma agraria en tierras —baldías y de propiedad particular— que sí son óptimas para la agricultura: *Serán sorprendente y paradojal que el Estado, en la inmensidad del Llano, no encontrare otras tierras que las de la reserva de 'La Macarena' —científicamente no idóneas para la agricultura— para distribuirlas a los campesinos con fines de interés social.*

"El Código de los Recursos Naturales y Protección del Medio Ambiente, promulgado con la porfiada esperanza de que contribuya a conservar y acreditar nuestras exiguas reservas biológicas, constituye un importante instrumento jurídico que permite al Estado tomar las medidas necesarias para incrementarlas. La preservación del medio ambiente y la defensa de los recursos naturales es, actualmente, preocupación de todos los pueblos y de todos los gobiernos hasta adquirir decisiva significación política. Se reclama, con creciente clamor, que no se disminuyan ni se extingan los recursos de la tierra. El agua, los bosques, la atmósfera, el habitat de la especie humana, no son meras entelequias sino realidades tangibles. *Constituyen el más importante derecho de los pueblos y el mejor legado para las nuevas generaciones que el Estado debe proteger, nunca mancillar, como apremiante e ineludible obligación".*

El señor Ministro de Agricultura expone, como nuevo argumento para el análisis, que el artículo 1º de la Ley 52 de 1948 confirió al Gobierno una facultad permanente —no determinada y *pro témpore*— que puede ejercer en cualquier tiempo conforme a lo prescrito por el artículo 76, ordinal 11, de la Constitución; de donde se contempla la posibilidad de cercenar la reserva de La Macarena, a fuer de volverla a alinderar, y de sustituir, por ende, el Decreto 2963 de 1965 que fijó clara y definitivamente sus linderos.

La Sala reitera, a este respecto, lo expuesto en sus conceptos de 20 de septiembre de 1971 y de 3 de julio de 1985, que coinciden con la motivación de la sentencia de la Sección Primera del Consejo de Estado de 9 de julio de 1976, a saber: El artículo 5º de la Ley 52 de 1948, al autorizar al Gobierno para alinderar la reserva de La Macarena, *le confirió una facultad administrativa, que se agotó mediante el Decreto ejecutivo 2963 de 1965, en cuanto determinó los linderos de*

La Macarena. Esta alinderación es directa y definitiva consecuencia del artículo 1º de la Ley 52 de 1948 que declaró reserva nacional el territorio de La Macarena. Definidos así los linderos, *jurídica y materialmente la autorización se agotó: La facultad se ejerció y nada resta por definir, nada por delimitar.* De ahí que el ahincado empeño, de numerosos años, por volver a delimitar la reserva, que tiene desde 1965 lindes muy claros, *sólo se explique por el propósito pertinaz de cercenarla o mutilarla,* con desconocimiento del efecto de cosa juzgada de la sentencia proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado el 9 de julio de 1976.

El artículo 76, ordinal 11, de la Constitución faculta al Congreso para conferir al Gobierno facultades para "celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes nacionales y ejercer otras funciones dentro de la órbita constitucional".

Las primeras son facultades ordinarias, de carácter administrativo, que habilitan al Gobierno para ejercer algunas de sus cotidianas actividades administrativas, como las de contratar. Las últimas, autorizaciones para "ejercer otras funciones dentro de la órbita constitucional", como ha expuesto reiteradamente la Corte Suprema de Justicia, tienen carácter especial porque habilitan al Gobierno para ejercer atribuciones de carácter constitucional: Estas y la ley de autorizaciones concurren a investir al Gobierno de facultades especiales que debe ejercer, de conformidad con el artículo 118, ordinal 8º, de la Constitución, mediante decretos especiales con fuerza legislativa. El Gobierno, con fundamento en el artículo 32 de la Constitución y en el "mandato de la ley", puede ejercer la intervención económica mediante decretos de contenido normativo similar a la ley. Tales son, entre otros, los decretos que instituyen el control de precios o de arrendamientos y los demás que tienen por objeto ejercer, de conformidad con el artículo 32 de la Constitución, la intervención del Estado, "por mandato de la ley", en todos y cada uno de los procesos de la economía nacional.

Los decretos que expide el Gobierno con fundamento en el artículo 76, ordinal 11, de la Constitución son, por consiguiente, muy diferentes de los meramente ejecutivos que profiere ordinariamente, como cuando designa empleados, delega unas funciones o cumple una específica disposición legal.

El Decreto ejecutivo 2963 de 1965, mediante el cual el Gobierno, en cumplimiento del artículo 5º de la Ley 52 de 1948, delimitó definitivamente la reserva de La Macarena, en modo alguno podía implicar el ejercicio de la facultad de intervención económica que, dentro de su "órbita constitucional", incumbe al Gobierno, de conformidad con el artículo 32 de la Constitución, "por mandato de la ley"; por el contrario, *se trata de la ejecución simple y sencilla de una disposición legal, mediante un decreto meramente ejecutivo.*

Pero, aún en la hipótesis improbable de considerar que la atribución que el artículo 5º de la Ley 52 de 1948 dio al Gobierno se fundaba en el artículo 76, ordinal 11, de la Constitución, la conclusión es la misma: Esa facultad de todos modos se cumplió y agotó me-

diante el Decreto 2963 de 1965; pero, en tal supuesto, éste no sería un acto administrativo sino un decreto con fuerza legislativa, de jerarquía igual a la que tiene la ley.

De manera que, *en conclusión,* el artículo 5º de la Ley 52 de 1948 confirió al Gobierno una facultad administrativa que se ejecutó y agotó mediante el Decreto 2963 de 1965; de este modo quedó delimitada la reserva natural de La Macarena, dispuesta por el artículo 1º de la Ley 52 de 1948 y, *en consecuencia, actualmente no existe ni la necesidad ni la autorización legal para volverla a delimitar.*

El señor Ministro de Agricultura también consulta a la Sala si sería o no posible declarar, mediante decreto del Gobierno, "el actual territorio de la Reserva Natural de La Macarena como 'área de manejo especial', con todas las variables de zonificación ecológica y socioeconómica que se precisen conformar al Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente..."

La Sala considera que la reserva natural de La Macarena tiene un régimen jurídico especial, prescrito por las Leyes 52 de 1948, 163 de 1959 y 57 de 1963, a saber:

El artículo 1º de la Ley 52 de 1948 declaró reserva natural el territorio de la Sierra de La Macarena y el artículo 2º *ibídem,* como se ha expuesto, facultó al Gobierno para delimitarla, lo que cumplió mediante el Decreto 2963 de 1965; el artículo 5º de la Ley 163 de 1959 le dio el carácter de "monumento nacional" y el artículo 1º de la Ley número 57 de 1963 la incorporó, "en atención a su importancia científica", a la Universidad Nacional.

En consecuencia, las leyes, antes indicadas, que la regulan tienen carácter especial y como tales prevalecen sobre las generales posteriores (art. 1º de la Ley 57 de 1887), en éstas incluido el Decreto-ley 2811 de 1974, por el cual se expidió el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente. De donde se deduce que *jurídicamente la sierra de La Macarena es una reserva especial, con carácter de "monumento nacional", incorporada a la Universidad Nacional.* Esta entidad, con el concurso de los correspondientes organismos del Estado, debe tomar las medidas necesarias a su conservación para fines de investigación científica. *Se trata, por consiguiente, de preservar la intangibilidad de la reserva natural de La Macarena, definida como patrimonio científico de toda la humanidad.*

El Decreto-ley 2811 de 1974 contempla la posibilidad de establecer "áreas de manejo especial" que, según el artículo 308 *ibídem,* son las que se delimitan "para administración, manejo y protección del ambiente y de los recursos naturales renovables", las cuales, de acuerdo con el artículo 309 del mismo estatuto, deben tener objetivos "determinados y fundarse en estudios ecológicos y económicos-sociales".

Por consiguiente, "las áreas de manejo especial" pueden crearse administrativamente, mediante los requisitos indicados, como zonas de reserva para la "protección del medio ambiente y de los recursos naturales renovables".

Pero, como es por demás obvio, "las áreas de manejo especial" no pueden constituirse en zonas que ya están reservadas por la ley: *Sería una redundante e innecesaria reiteración administrativa de una reserva legal.*

La reserva natural de La Macarena, regulada por las leyes especiales indicadas, cumple, esencialmente, la misma finalidad de las "áreas de manejo especial" y es, además, reconocido patrimonio científico de la humanidad. Por consiguiente, *debe mantenerse intangible conforme a las leyes que le dieron el carácter específico de reserva legal. No es posible modificarla o disminuirla sin infringir las leyes que la instituyeron como reserva y desconocer el efecto de cosa juzgada* erga omnes *de la sentencia proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado el 9 de julio de 1976.*

Tampoco se puede desconocerla o cercenarla con fundamento en los artículos 308 y 309 del Código Nacional de los Recursos Naturales Renovables y protección al Medio Ambiente, como se sugiere en el contexto de la consulta, porque esas disposiciones contemplan la posibilidad, antes explicada, de crear "áreas de manejo especial" *no para sustraer para otros fines zonas reservadas por la ley, sino para ampliar las reservas y proteger el ambiente y "los recursos naturales renovables"* (art. 308 del Decreto-ley 2811 de 1974). Sería sorprendente, inusitado, inverosímil que el Estado invoque los artículos 308 y 309 del Código Nacional de los Recursos Naturales Renovables y Protección del Medio Ambiente, *no para crear nuevas "áreas de manejo especial" a fin de preservar el ambiente y proteger los recursos naturales renovables, sino para cercenar, a fuer de delimitarla, la reserva natural de La Macarena:* En esta hipótesis, que es de suponer improbable, *el mismo Estado infringiría directa y ostensiblemente el Código que expidió para proteger el medio ambiente y preservar los recursos naturales de Colombia.*

La Sala finalmente considera que el Estado debe tomar las medidas necesarias para garanitzar la estabilidad de la reserva natural de La Macarena y solucionar los problemas creados, en buena parte, por el cercenamiento que se le hizo de 501.350 hectáreas, mediante el Acuerdo número 26 de 1971, expedido por INDERENA y aprobado por el Gobierno mediante la Resolución número 440 del mismo año, ambos declarados nulos por la sentencia proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado el 9 de julio de 1976. La Sala insiste en considerar que en la inmensidad de los Llanos Orientales debe encontrarse solución para los problemas de los trabajadores agrícolas carentes de tierras, sin que sea indispensable remediarlos con las de la reserva de La Macarena, técnicamente calificadas como inadecuados para la agricultura: *La adjudicación de tierras a los campesinos y la preservación de la reserva de La Macarena no se contraponen sino que, por el contrario, se complementan como dos aspectos directamente relacionados con la preservación y adecuada utilización de los recursos naturales del País.* Nadie que conozca la región sería osado afirmar que sin la mutilación o cercenamiento de la reserva de La Macarena no se puede resolver el problema social de los campesinos sin tierra: *El Estado debe dirigir su atención, para resolverlo, no a*

las tierras de la reserva natural de La Macarena —que es patrimonio científico de la humanidad— sino a las muy extensas de los Llanos Orientales.

La Sala, con fundamento en todo lo expuesto, responde:

1º La reserva natural de La Macarena fue constituida por leyes especiales y alinderada por el Decreto 2963 de 1965, expedido por el Gobierno con fundamento en el artículo 5º de la Ley 52 de 1948.

2º La facultad que el artículo 5º de la Ley 52 de 1948 confirió al Gobierno se cumplió y agotó definitivamente al ser alinderada, mediante el Decreto 2963 de 1965, la reserva natural de La Macarena.

3º Jurídicamente no es posible que el Gobierno, mediante decreto, modifique el área y los linderos de la reserva especial de La Macarena.

4º Jurídicamente tampoco es posible que el Gobierno, a fuer de crear "áreas de manejo especial", modifique el área y los linderos de la reserva especial de La Macarena.

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

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

RECURSOS NATURALES RENOVABLES. RESERVA NACIONAL DE LA MACARENA.— Alinderamiento. Area especial.

La facultad conferida por el Congreso al Gobierno mediante el artículo 5º de la Ley 52 de 1948 para fijar los límites de La Macarena, es una autorización concedida al Gobierno para el ejercicio de una atribución constitucional del Presidente de la República, de duración indefinida.

Salvamento de Voto. *Doctor Javier Henao Hidrón.*

Respetuosamente me permito disentir de la respuesta por la mayoría de la Sala a la consulta formulada por el señor Ministro de Agricultura y que se relaciona con un nuevo señalamiento de los límites de la Sierra La Macarena.

Las razones de mi disentimiento se encuentran expuestas en la ponencia que inicialmente presenté a la consideración de la Sala. La misma está concebida en los términos siguientes:

1. El Consejo de Estado, por intermedio de la Sala de Consulta y Servicio Civil, se ha pronunciado en dos ocasiones con respecto a la competencia y procedimiento legales para el señalamiento de los límites de la reserva biológica natural "La Macarena", situada en territorio del departamento del Meta.

En el primero de los conceptos mencionados, de fecha 20 de septiembre de 1971, la Sala sostuvo las siguientes tesis: "cumplido el mandato legal, la facultad se agotó para el Gobierno, y solamente el legislador podría modificar los linderos señalados".

Y en el segundo concepto, de fecha 3 de julio de 1985, estimó que los límites de la Sierra La Macarena "sólo podrán variarse por disposición legal o mediante autorización legal que implique facultades extraordinarias y *pro tempore* conferidas al Gobierno".

De manera que en ambos conceptos, la Sala consideró que las facultades conferidas al Gobierno por el artículo 5º de la Ley 52 de 1948 para el señalamiento de límites en la Sierra mencionada, tenían su respaldo constitucional en el artículo 76, numeral 12; que cumplido el mandato legal, la facultad se agotó para el Gobierno; y que la modificación de los linderos señalados, sólo podrá hacerse por disposición legal o mediante nuevas facultades extraordinarias concedidas en forma temporal, por el Congreso al Gobierno.

2. La Sierra de La Macarena, dado que constituye una zona de reconocido interés nacional desde el punto de vista ecológico y científico, ha sido objeto de un tratamiento jurídico especial, según el siguiente resumen:

a) La Ley 52 de 1948 declaró Reserva Nacional a la Sierra denominada La Macarena, en la intendencia del Meta, y creó la Estación Biológica José Jerónimo Triana. Además, en su artículo 5º, facultó al Gobierno nacional para fijar sus límites;

b) La Ley 2ª de 1959 la declaró Zona de Reserva Forestal de la Amazonia;

c) La Ley 163 de 1959 le dio el calificativo de Monumento Nacional;

d) La Ley 57 de 1963 incorporó a la Universidad Nacional de Colombia, todas las propiedades, edificios, dotaciones, equipos y presupuestos de la Reserva Natural La Macarena y de la Estación Biológica José Jerónimo Triana, con el fin de permitir "el progreso de programas educativos y de investigación de campo en pro del desarrollo económico-social y sanitario de los Llanos Orientales de Colombia";

e) Sus límites fueron determinados por el Gobierno en el Decreto 2963 de 1963, dictado con fundamento en las facultades conferidas por la Ley 52 de 1948;

f) La Junta Directiva del Instituto de Desarrollo de los Recursos Naturales Renovables (INDERENA), invocando la atribución prevista en el literal b, del artículo 23 del Decreto-ley 2420 de 1968, expidió el Acuerdo número 26 de 1971, aprobado por el Gobierno Nacional mediante la Resolución 440 del mismo año, en virtud del cual sustrajo un área aproximada de 501.350 hectáreas de la Reserva La Macarena, a la que dio también la categoría de Parque Nacional Natural. Aunque el INDERENA actuó con la finalidad de contribuir a la solución de un problema de índole social, motivado por la ocupación de áreas reservadas, y el INCORA procedió a la titulación de las parcelas ubicadas en la zona sustraída de la Reserva Natural, con base en los derechos adquiridos por los colonos ocupantes, es lo cierto que el Consejo de Estado declaró nulos los citados actos administrativos, según sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, de fecha 9 de julio de 1976.

3. La Sierra de La Macarena se ha visto afectada por un creciente proceso de colonización que desvirtúa sus características de Reserva Biológica Natural y Monumento Nacional. De acuerdo con el primer censo levantado por la C. V. M. en 1967, dentro de la zona de reserva existían 575 predios y 1.461 habitantes; pero en 1970 el número era de 4.800 pobladores y 1.247 predios.

Según la Universidad Nacional, el poblamiento de la zona de reserva se ha efectuado desde finales de la década de 1950 con un incremento notorio en los años sesenta y setenta y hace parte de un movimiento mucho más vasto, de orden nacional, que obedece a una serie compleja de factores de orden socio-económico y político (anexo número 1, p. 2).

La Universidad considera, además, que es necesario contribuir a la preservación de la parte que aún no ha sido afectada por el poblamiento, y procurar la recuperación de algunas de las áreas de mayor degradación y deforestación.

4. Los hechos resultantes del proceso de colonización y de la titulación de predios a colonos, demuestran la necesidad de proceder a un nuevo señalamiento de límites de la Reserva de La Macarena.

Se pregunta entonces si la atribución conferida al Gobierno por el artículo 5º de la Ley 52 de 1948, es una *facultad pro tempore* y sobre materia legislativa (perteneciente a la órbita del artículo 76, numeral 12, de la Constitución), o una *autorización* para el ejercicio de un acto administrativo especial (perteneciente a la órbita del artículo 76, numeral 11, *ibídem*).

La diferencia fundamental entre la disposición contenida en el artículo 76, numeral 12, y la del artículo 76, numeral 11, de la Constitución, consiste en que mediante la primera el Congreso reviste al Presidente de la República de facultades *legislativas*, en forma precisa y por tiempo determinado o *"pro tempore"* (son las llamadas "Leyes de delegación" a que se refieren algunos tratadistas y la Constitución española más reciente); mientras que la segunda norma es una autorización que el Congreso otorga al Presidente de la República para la validez de actos de naturaleza *administrativa*, los cuales por su importancia no pertenecen a la órbita exclusiva del Gobierno ("celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes y ejercer otras funciones dentro de la órbita constitucional") y, por tanto, el Congreso tiene respecto de ellas una competencia compartida y por vía de autorización que, como sostiene la Corte, usualmente son "de tipo general e indefinido".

De manera que las facultades de que trata el numeral 12 son de naturaleza legislativa y se ejercen por tiempo determinado; y las autorizaciones del numeral 11, versan sobre asuntos administrativos y se ejercen por tiempo indefinido.

5. Como queda expresado en el aparte 1 de esta consulta, la Sala sostuvo en dos ocasiones (conceptos de 21 de septiembre de 1971 y de 3 de julio de 1985) que las facultades conferidas al Gobierno por el artículo 5º de la Ley 52 de 1948 para "fijar, de acuerdo con el Instituto Geográfico Militar (hoy Instituto Geográfico Agustín Codazzi), los límites de la Sierra La Macarena", se ubican dentro del numeral 12 del artículo 76 de la Constitución y que, como consecuencia, el poder del Gobierno para efectuar la delimitación de la Reserva Natural, se agotó con la expedición del Decreto 2963 de 1965, siendo necesario en lo sucesivo la expedición de una nueva ley que "fije los límites" o conceda al Gobierno la facultad de hacerlo.

6. Un replanteamiento de la situación permite aceptar los siguientes postulados:

a) El establecimiento de límites en la Sierra La Macarena es una materia más administrativa que legislativa. Su ejercicio, por tanto, corresponde más propiamente al decreto que a la ley. Siendo, pues,

este el criterio más racional, el constituyente la sitúa como administrativa, dentro de la órbita de atribuciones del Presidente de la República, pero sometida en su ejercicio a la autorización del Congreso;

b) La intervención del Congreso es necesaria, más aún tratándose de una zona de características especiales como es la que ocupa la Sierra la Macarena, declarada por el legislador tanto Reserva Biológica Natural como Monumento Nacional. En el aspecto relativo a la fijación de límites, su intervención se concreta en la autorización al Gobierno para proceder en tal sentido (Constitución Nacional, artículo 76, numeral 11), o la aprobación de lo dispuesto por el Gobierno, otorg;ndole una validez posterior (Constitución Nacional, artículo 76, numeral 16);

c) La *facultad* conferida por el Congreso al Gobierno, mediante el artículo 5º de la Ley 52 de 1948 para fijar, de acuerdo con el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, los límites de la Sierra La Macarena, no corresponde a la índole y naturaleza de las facultades extraordinarias sobre materia legislativa y otorgada por tiempo limitado (*pro tempore*) de que trata el numeral 12 del artículo 76; más propia y rigurosamente es una autorización concedida al Gobierno para el ejercicio de una atribución constitucional del Presidente de la República, respecto de la cual el Congreso ejerce su competencia compartida mediante la correspondiente ley de autorización, la cual tiene una duración indefinida en el tiempo, esto es, que subsiste mientras no sea derogada o declarada inexequible;

d) La incorporación que la Ley 57 de 1963 hizo al patrimonio de la Universidad Nacional de Colombia de todas las propiedades, edificaciones, dotaciones, equipos y presupuestos de la Reserva Nacional de "La Macarena" y de la Estación Biológica "José Jerónimo Triana", en el territorio del Departamento del Meta, no solamente le otorga a la Universidad el derecho de dominio sobre un bien considerado de utilidad pública e interés social, sino la atribución de adelantar programas educativos e investigaciones de campo en dicha zona, con la finalidad de contribuir "al desarrollo económico-social y sanitario de los Llanos Orientales de Colombia";

e) Los derechos constituidos en favor de la Universidad Nacional en virtud de lo dispuesto por la Ley 57 de 1963, no representan un obstáculo para que otras entidades públicas puedan intervenir, de conformidad con sus atribuciones legales, en la Sierra La Macarena, dada sus características de recurso natural y la necesidad de proteger el medio ambiente. En este sentido, son aplicables a la zona, en lo pertinente, las disposiciones contenidas en el Código de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente (Decreto-ley 2811 de 1974) y en normas reguladoras del uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables. Todo siguiendo el criterio constitucional de colaboración armónica entre los órganos y organismos del Estado;

f) El legislador extraordinario (Decreto-ley 2811 de 1974, artículos 308 y 309) ha creado la noción de *Area de Manejo Especial*, la cual, delimita con fundamento en estudios ecológicos y económico-sociales, permite una mejor administración, manejo y protección del medio

ambiente y de los recursos naturales renovables. Y por otra parte, es función del Gobierno Nacional la ejecución de la política ambiental (*ibídem,* artículo 6º).

En consecuencia, el Gobierno dispone de aptitud legal para declarar el territorio de la Reserva Natural de La Macarena como Area de Manejo Especial, con las variables de zonificación ecológica y socioeconómica que se precisen de conformidad con lo establecido en el Código de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente.

Se responde:

1º Es jurídicamente válido sostener que el artículo 5º de la Ley 52 de 1948 confirió al Gobierno autorizaciones de las previstas en el numeral 11 del artículo 76 de la Constitución Política, en la medida en que no fueron limitadas en el tiempo y su materia (fijación de los límites de la Reserva Natural de la Sierra La Macarena), no es legislativa sino administrativa y operativa.

Por consiguiente, y con fundamento en el artículo 5º de la Ley 52 de 1948, que se encuentra vigente, el Gobierno puede señalar nuevos límites a la Reserva Natural de La Macarena, previo el estudio técnico respectivo por parte del Instituto Geográfico Agustín Codazzi.

2º Es jurídicamente viable que el Gobierno declare el territorio de la Reserva Natural de La Macarena, como *Area de Manejo Especial,* con fundamento en las disposiciones pertinentes del Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente (Decreto-ley 2811 de 1974, artículos 308 y siguientes), previo el correspondiente estudio, tanto ecológico como económico-social, y con la determinación de las variables de zonificación que se establezcan de conformidad con dicho Código.

3º Las competencias y responsabilidades de cada una de las entidades involucradas en las funciones de protección, conservación, investigación, administración y manejo, en relación con los recursos naturales y el ambiente, deberán ejercerse en la zona que ocupa la Reserva de La Macarena, con sujeción a la ley y dentro de un criterio de colaboración armónica, para lo cual se procede a señalar algunas pautas:

3.1 La Universidad Nacional de Colombia, a cuyo patrimonio se encuentra incorporada la Reserva de La Macarena, tiene la función de organizar y administrar las actividades que en ella se desarrollen con fines científicos y educativos.

3.2 Al Instituto de Desarrollo de Recursos Naturales Renovables (INDERENA), le corresponde fundamentalmente la regulación del uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables, el control y vigilancia de las normas relacionadas con los mismos e imponer sanciones en caso de contravención. De igual modo, realizar y fomentar actividades de repoblación forestal y las relacionadas con la fauna y la flora.

3.3 Al Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología y Adecuación de Tierras (HIMAT), la formulación de recomendaciones para el mejor aprovechamiento y conservación de los recursos hídricos, así como elaborar el inventario de dichos recursos.

3.4 En el caso de reducción del área superficiaria por el señalamiento de nuevos límites a la Reserva de La Macarena, al INCORA competería la administración y titulación de las tierras que adquieran el carácter de baldías.

Javier Henao Hidrón.

Bogotá, D. E., 1º de septiembre de 1988.

CARBOCOL. EMPLEADOS DIRECTIVOS.— Situación laboral.

no puede reconocerse como titulares de derechos originados en una convención colectiva de trabajo al Presidente, Gerente o Directores de CARBOCOL S. A., por no corresponder su vinculación a la empresa a la categoría asignada por la ley a sus cargos que es la de empleado público.

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

Consejero ponente: *Doctor Jaime Paredes Tamayo.*

Referencia: Consulta del Ministro de Obras Públicas sobre "naturaleza jurídica de los cargos de Presidente y Vicepresidente de CARBOCOL". Radicación número 211.

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

"1. Mediante Decreto 558 de 1976, el Gobierno autorizó a entidades descentralizadas del Orden Nacional para asociarse con el fin de formar una Sociedad Comercial que tenga por objeto la exploración, explotación, beneficio, transformación y comercialización del carbón.

"Se formalizó la sociedad anónima mediante la Escritura Pública número 6350 de 16 de noviembre de 1976, pasada ante la Notaría Séptima del Círculo de Bogotá y el cumplimiento de los demás requisitos exigidos por el Código de Comercio.

"Así se dio cumplimiento al artículo 21 del Decreto-ley 130 de 1976 y surgió a la vista jurídica la empresa 'Carbones de Co lombia S. A., CARBOCOL'.

"2. En los estatutos de la sociedad se señaló la composición y presidencia de su Junta Directiva (art. 27) y la nominación de su Gerente, hoy Presidente y sus suplentes por el mismo organismo de dirección (art. 32). Posterior reforma del artículo 32 de los estatutos, protocolizada mediante Escritura Pública número 1212 de 23 de abril de 1985, pasada ante la Notaría Quince de Bogotá, ratificada la designación del Presidente y sus suplentes por la Junta Directiva de la Empresa.

"En la forma anterior se desarrolló la facultad que otorga a esta clase de entes el inciso segundo del artículo 3º del Decreto-ley 230 de 1976.

"3. CARBOCOL es pues, empresa industrial y comercial del Estado, indirecta o de segundo grado, con estructura societaria. Conforme a lo previsto en inciso segundo del artículo 5º del Decreto-ley 3135 de 1968, las personas que prestan sus servicios en esta clase de empresas, son trabajadores oficiales, no obstante la misma norma permite precisar en los estatutos de estos organismos qué actividades pueden ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos.

"La Junta Directiva de CARBOCOL no ha ejercido en ningún momento la facultad discrecional que le otorga la disposición acabada de citar, por el contrario, el Reglamento Interno de Trabajo, aprobado por el Ministerio del ramo, en su artículo 7º reafirma la calidad de trabajadores oficiales de todos los servidores de CARBOCOL S. A.

"Es importante anotar que la totalidad del personal al servicio de CARBOCOL, incluyendo al Presidente, los Vicepresidentes, Gerentes o Directores, se hallan vinculados a la empresa mediante relación laboral contractual.

"4. La disposición estatutaria (art. 32) conforme a la cual la Junta Directiva de CARBOCOL dispone de la facultad de señalar la remuneración del Presidente y sus suplentes, tuvo su razón de ser en el nacimiento de la empresa, pero a partir de las sucesivas convenciones laborales perdió su eficacia, puesto que en la normación vigente y atendiendo a la calidad de trabajadores oficiales que ostentan todos sus funcionarios, la regulación de los salarios, se ha guiado por lo establecido en aquellas, de tal manera que en cada ocasión que se suscriben contratos de trabajo, se toma en consideración lo que sobre el particular contiene la convención colectiva, en virtud del mandato legal sobre extensión de sus beneficios (art. 38 del Decreto-ley 2351 de 1965).

"5. Acerca de las prestaciones sociales de los trabajadores oficiales que ostentaron y ostentan en la actualidad las calidades de Presidente y Vicepresidente o suplentes del Presidente de CARBOCOL, el artículo 3º del Decreto-ley 1045 de 1978 prescribe que ellas solamente pueden tener origen en la ley, pactos colectivos o laudos arbitrales, por lo que existiendo, como existe en CARBOCOL, un sindicato que aglutina a más de la tercera parte de su personal y sucesivas convenciones colectivas, sus beneficios se han extendido a todos sus funcionarios, sean o no sindicalizados.

"6. Finalmente, a pesar de los pronunciamientos del honorable Consejo de Estado, continúan presentándose dudas sobre las facultades de la Contraloría General de la República en materia laboral administrativa.

"Con base en los antecedentes reseñados muy comedidamente consulto:

"Primero:

"Se entienden los beneficios salariales y prestacionales pactados en la Convención Colectiva de Trabajo a todos los trabajadores de CARBOCOL, incluidos el Presidente, Gerente o Directores?

"Segundo:

"Dispone la Contraloría General de la República de competencia para definir la naturaleza jurídica de los cargos de Presidente y Vicepresidente de Carbones de Colombia S. A.?

"Tercero:

"Puede la Contraloría General de la República, a través de cualquiera de sus agentes, tomar medidas fiscales, tales como la de proferir Avisos de Observaciones o Fallos con Responsabilidad Fiscal, contra el Ordenador del gasto y el Pagador de Carbones de Colombia S. A. 'CARBOCOL', por haber ordenado y pagado al Presidente y Vicepresidente valores correspondientes a prestaciones sociales y salarios, originados en la Convención Colectiva de Trabajo suscrita con un Sindicato mayoritario?".

Considera la Sala:

La organización y funcionamiento de las entidades descentralizadas del orden nacional están sujetas a las normas contenidas en el Decreto 3130 de 1968, cuyo artículo 16 prevé que "la dirección y administración de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado, estará a cargo de una junta o consejo directivo; de un Gerente, Director o Presidente y de los demás funcionarios que determinen los actos pertinentes de la Junta o Consejo".

"La estructura interna de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado será determinada por su respectiva junta o consejo directivo..." (art. 24 *ibídem*).

El carácter de los empleos y la forma como deben ser provistos los establece el artículo 3º del Decreto 2400 de 1968, en armonía con el artículo 18 del Decreto 1950 de 1973, y allí figuran los presidentes, gerentes o directores de las empresas industriales y comerciales del Estado como *empleados de libre nombramiento y remoción* y en el mismo carácter los empleos correspondientes a la planta de personal de los despachos de los funcionarios mencionados, que cumplan funciones asistenciales y auxiliares y requieran la confianza personal de aquellos, por estar a su servicio directo.

Con las normas citadas armoniza el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, conforme al cual procede la clasificación de los empleados públicos y de los trabajadores oficiales en los estatutos de las empresas industriales o comerciales del Estado, pues aunque la misma norma determina que son trabajadores oficiales las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado,

sin embargo los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos.

El Consejo de Estado afirmó en sentencia de su Sección Primera, fechada en marzo 15 de 1976, que "en principio, la autonomía administrativa de las empresas industriales y comerciales del Estado las habilita, salvo disposición legal o estatutaria en contrario, para señalar la planta de su personal, *con excepción del nivel directivo* (junta o consejo directivo, gerente, director o presidente) que está predeterminado en las leyes orgánicas de esta clase de servicios" (arts. 16 y ss. del Decreto 3130 de 1968); el artículo primeramente citado le asigna a la junta o al consejo directivo, como función específica la facultad de señalar el personal al servicio de la institución y más aún la de determinar su estructura administrativa sin sujeción a las pautas generales que rigen para los establecimientos públicos (art. 84 del Decreto 3130 de 1968). *Anales del Consejo de Estado.* Tomo XC. números 449 y 450, páginas 52 a 56. Consejero ponente doctor Carlos Galindo Pinilla.

No es comprensible, entonces, que CARBOCOL S. A. habiendo asignado en sus estatutos la designación de Presidente a la Junta Directiva conforme al artículo 3º, inciso 2º del Decreto 130 de 1976, mantenga vinculado a su Presidente mediante relación laboral contractual, extraña a la naturaleza del cargo.

En el orden de su aplicación, por otra parte, prevalecen las disposiciones legales de carácter general, aplicables a las empresas del Estado y a entidades de segundo grado como CARBOCOL S. A. en aquellos aspectos relativos a la determinación de sus órganos directivos y la forma de vinculación del personal a su servicio. Tampoco ordenamiento alguno derivado podría dar origen a modalidades de vinculación contrarios a las del ordenamiento genérico legal, en la medida que revela la consulta en estudio.

Cuando, en atención a la calidad de trabajador oficial del Presidente de CARBOCOL S. A. y del personal correspondiente a la planta de los despachos de nivel directivo se les reconocen y pagan los salarios y prestaciones propias de esa calidad, tales reconocimientos resultan incompatibles con el sistema de clasificación y remuneración del empleado público y con la aplicación de las normas sobre sus prestaciones sociales. El Decreto número 0090 del año en curso, en su artículo 12, señala los límites y porcentajes de acuerdo con los cuales se reajustan las remuneraciones de los empleados públicos que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado, a cuyo régimen están sujetas las sociedades constituidas entre entidades públicas.

A los empleados públicos, estén o no sindicalizados, únicamente se les reconocen y pagan las prestaciones sociales establecidas por la ley, como lo dispone el artículo 3º del Decreto 1045 de 1978; a los trabajadores oficiales, además de aquellas las que se fijen en pactos, convenciones colectivas o laudos arbitrales celebrados o proferidos de conformidad con las disposiciones legales sobre la materia. Y ninguna norma autoriza la aplicabilidad de una convención colectiva

a los empleados públicos, cuando ha sido celebrado por trabajadores oficiales o particulares ya que los primeros no pueden celebrarla por prohibirlo el artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo.

Por tanto el acto original que clasificó como trabajadores oficiales la totalidad del personal al servicio de CARBOCOL, incluyendo al Presidente, Vicepresidente, Gerentes o Directores y el personal correspondiente a la planta de los despachos de nivel directivo, configuró una situación de hecho contraria a la ley. Mientras dicho acto de clasificación no se modifique por parte de los funcionarios responsables de expedirlo con arreglo a la ley no podrá cesar la extensión de sus efectos, es decir, la creación de situaciones jurídicas de carácter particular y concreto o el reconocimiento de derechos de igual categoría como los involucrados en la consulta.

En cada caso y ya con fundamento en el acto de clasificación que legalmente corresponde, compete a CARBOCOL dar por terminados los contratos de trabajo que no deben continuar cumpliéndose frente a la nueva situación y proceder a incluir en la planta de personal los empleos clasificados, según su nivel, denominación y grado, para que puedan ser provistos en legal forma.

Las prestaciones que resultaran reconocidas y pagadas por efecto de la clasificación ilegal del personal consumada en CARBOCOL, por constituir situaciones o derechos de carácter particular y concreto, no pueden ser revocadas sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular, como lo prescribe el artículo 73 del Código Contencioso Administrativo. Pero el origen viciado de dicho reconocimiento conduce a que la Junta Directiva tenga la obligación de proceder a precisar en los estatutos de la empresa qué actividades pueden ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos y en esta forma dar cumplimiento a lo ordenado por el artículo 5º del Decreto-ley 3135 de 1968.

En la aplicación de una norma general, como lo es el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, sobre la condición de empleados públicos de quienes desempeñen actividades de dirección o confianza en las empresas industriales y comerciales del Estado y sobre la obligación de precisar dicha calidad en los estatutos de tales empresas, no puede interponerse la voluntad de la Junta Directiva para sustituir en este aspecto el régimen de derecho público por otro, así tenga el mismo carácter.

Asignada, pues, en CARBOCOL S. A. al Presidente, Vicepresidente y personal correspondiente a sus despachos una categoría distinta de la que la ley les asigna dentro de la administración pública, aunque no haya alterado la naturaleza de los servicios que prestan sí varió el carácter de su vinculación, contraviniendo una norma jurídica preexistente, de cuya sujeción no se exceptúa la empresa por su propia voluntad.

No puede ser, por tanto, obligatorio para la empresa mantener en favor de dichos funcionarios las condiciones de extensión de la convención colectiva hasta el término de su vigencia, pues a su vez para efectos de la celebración de ésta como de su extensión, sólo se pueden tomar en cuenta los fines reconocidos por la ley.

El objeto de la convención es establecer una norma general que gobierne los contratos individuales de trabajo, luego no tendría sentido en el ámbito jurídico la extensión de una convención con objeto contrario al fin reconocido por la ley, como sería el gobierno de contratos celebrados por quien y con quien no procedía celebrarlos, para el ejercicio de funciones públicas y por virtud de una clasificación ilegal extraña al orden jurídico.

Deben cesar, pues hacia el futuro, las situaciones que por efecto de una clasificación ilegal y de la extensión impropia de una convención colectiva se han venido reconociendo o configurando mediante la ejecución de los contratos individuales de trabajo celebrados con el Presidente, Vicepresidente y personal correspondiente a los despachos de estos funcionarios.

Sin regulación de origen legal que fundamente la ejecución de dichos contratos y ante la imposibilidad legal de sujetar sus condiciones a las cláusulas normativas de una convención colectiva de la cual no son beneficiarios por extensión legítima, la situación actual de los funcionarios de CARBOCOL S. A. involucrados en la consulta, reclama la única solución al alcance de la Junta Directiva, cual es la solución jurídica, porque se trata de aplicar las normas preexistentes y las de los estatutos concordantes con ellas.

Tal solución la imponen de todos modos, disposiciones de orden público, cuya aplicación prevalece sobre la ejecución de contratos individuales y la aplicación extensiva de acuerdos convencionales sobre las condiciones de dicha ejecución. Resulta claro, así, en el orden de esta consideración, *que el Auditor designado por la Contraloría General de la República,* y en funciones de Revisor Fiscal advierta las irregularidades ocurridas en el funcionamiento de la sociedad una vez cerciorado de los reconocimientos y pagos de salarios y prestaciones sociales efectuados en favor del Presidente y Vicepresidente, en su condición de "trabajadores oficiales". Basta, por cierto, confrontar la procedencia de tales reconocimientos con el artículo 62 del Decreto 2400 de 1968, a cuyo tenor "la autoridad que dispusiere el pago de remuneración a personas cuyo nombramiento hubiere sido efectuado en contravención de las disposiciones del presente decreto o de sus reglamentos, será responsable de los valores indebidamente pagados. En igual responsabilidad incurrirán los pagadores que realicen el pago. La Contraloría General de la República velará por el cumplimiento de esta disposición". O con el artículo 93 del Decreto 1042 de 1978, que en armonía con el artículo 31, ordena a los Auditores fiscales no autorizar el pago de la remuneración a los funcionarios incorporados con violación de las normas del mismo Decreto, puesto que por concepto de sueldo sólo pueden percibir la asignación básica mensual que corresponda al cargo que desempeñen y los factores de salario contemplados en el artículo 42. Así mismo, tratándose de prestaciones, sólo pueden reconocerse y pagarse las establecidas por la ley, de conformidad con el artículo 3º del Decreto 1045 de 1978.

Con los antecedentes vistos, confrontados con los de la consulta puede la Sala responder fundadamente, punto por punto, los interrogantes propuestos:

Primero. Si la fuente de los derechos de los trabajadores oficiales es la convención y la ley la de los derechos de los empleados públicos, esas categorías definen la titularidad de unos y otros, para efectos de su reconocimiento. En consecuencia, no puede reconocerse como titulares de derechos originados en una convención colectiva de trabajo al Presidente, Gerente o Directores de CARBOCOL S. A. por no corresponder su vinculación a la empresa a la categoría asignada por la ley a sus cargos, que es la de empleado público.

Segundo. La naturaleza jurídica de los cargos de Presidente y Vicepresidente de CARBOCOL está definida por razón de las actividades que desempeñan, en el artículo 3º del Decreto 2400 de 1968 y el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968 y debe estarlo en los estatutos de la empresa. Sólo en virtud de esta definición puede fundar la Contraloría General de la República el ejercicio de la función que le corresponda ante la situación de dichos cargos dentro de la empresa.

Tercero. La función que corresponde ejercer a la Contraloría General de la República, por intermedio de su auditor ante la empresa y a través de los mecanismos propios del ejercicio de dicha función, es la señalada por los artículos 62 del Decreto 2400 de 1968 y 93 del Decreto 1042: Velar por el cumplimiento de estos decretos y de los concordantes con sus disposiciones.

La Contraloría no puede inmiscuirse en la calificación de la legalidad de la convención colectiva de trabajo, ni en la decisión que tome el ordenador del gasto para darle cumplimiento a la misma por cuanto las funciones de la Contraloría son estrictamente de carácter numérico legal; solamente la jurisdicción laboral puede juzgar la legalidad de la convención colectiva de trabajo.

En estos términos absuelve la Sala la consulta del señor Ministro de Obras Públicas.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

PERSONAL INRAVISION.— PENSION JUBILACION.

Los empleados de INRAVISION tendrán derecho a que se les pague pensión de jubilación cuando hayan cumplido 20 años continuos o discontinuos de servicio y lleguen a la edad de 55 años, y excepcionalmente tendrán derecho a que se les reconozca y pague dicha pensión, con 20 años de servicio y cualquier edad, cuando sea operadores de radio o televisión.

PERSONAL INRAVISION. Planta de personal y manual de funciones.

La reforma de la planta de personal de INRAVISION debe efectuarse mediante decreto, con la firma de los funcionarios a que se refiere el literal c) del artículo 76, del Decreto-ley 1042 de 1978, previo el trámite allí dispuesto. El manual de funciones, debe ser adoptado una vez haya sido refrendado por el Departamento Administrativo del Servicio Civil, al tenor del inciso 2º del artículo 82 del mismo Decreto-ley.

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

Consejero ponente: *Doctor Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia: Consulta. Radicación número 224. Instituto Nacional de Radio y Televisión —INRAVISION—, régimen laboral de sus empleados.

El doctor Pedro Martín Leyes, Ministro de Comunicaciones formula a la Sala una consulta previas las consideraciones siguientes:

1. *Pensión de jubilación a ciertos funcionarios de INRAVISION con 20 años de servicio y a cualquier edad.*

El Instituto Nacional de Radio y Televisión, INRAVISION, fue creado en cumplimiento de la Ley 42 de 1985, mediante la Escritura Pública número 122 de 10 de febrero de 1986 de la Notaría 27 del Círculo de Bogotá. Sus funcionarios, de acuerdo con el artículo 27 de la Ley 42, son empleados públicos y conservaron los mismos derechos y deberes de que eran titulares antes de la transformación de INRAVISION (regido anteriormente por el Decreto-ley 3267 de 1963).

Los empleados de INRAVISION tienen derecho a la pensión vitalicia de jubilación, en los términos del artículo 1º de la Ley 33 de 1985.

El mismo artículo 1º, en su segundo inciso, señala que esa regla general no cobija a quienes realicen actividades especiales que justifiquen la excepción expresamente señalada por la ley.

Las Leyes número 28 de 1943 (art. 1º, parágrafo) y número 22 de 1945 (art. 1º, parágrafo 3), disponen que los operadores de radio y de telégrafo y los trabajadores de la Empresa Nacional de Radio y Comunicaciones tienen derecho a la pensión de jubilación con 20 años de servicios, cualquiera que sea su edad. El artículo 69 del Decreto reglamentario 1848 de 1969 habla de los "operadores de radio, de cable y *similares*, que presten sus servicios a la Administración Pública...", como beneficiarios de idéntica excepción. En tal sentido, el Consejo de Estado en fallo de febrero 7 de 1975 de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo, que se adjunta en copia informal, se pronunció sobre tal beneficio pensional para un trabajador de INRAVISION.

La CONSULTA va enderezada a determinar si a ciertos empleados de INRAVISION que realicen actividades especiales y trabajen como operadores de radio o televisión (radiodifusión combinada, de acuerdo con el art. 12 de la Ley 74 de 1966), *les es aplicable analógicamente la excepción de la jubilación por veinte años de servicios a cualquier edad.*

2. *Reformas a la planta de personal y a la estructura interna de INRAVISION.*

Actualmente se está estudiando una reforma a la planta de personal y a la estructura interna de INRAVISION.

Para modificar su estructura interna es claro que debe utilizarse la nomenclatura obligatoria para los establecimientos públicos y obtener concepto de la Secretaría de Administración Pública de la Presidencia de la República, pues así lo exigen expresamente la Ley 42 de 1985, artículo 18, literal 1, y la Escritura 122 de 1986, cláusula cuadragésimacuarta, respectivamente.

Sin embargo, para la reforma de la planta de personal y para la adopción del nuevo Manual de Funciones, se discute si es necesario que el Departamento Administrativo del Servicio Civil lo apruebe y que el Acuerdo de la Junta Administradora de INRAVISION deben adoptarse mediante decretos que lleven las firmas del Presidente, de los Ministros de Comunicaciones y de Hacienda y del Jefe del D.A. del Servicio Civil (Decreto-ley 1042 de 1978); o si para adoptar las reformas basta el Acuerdo de la Junta Administradora del Instituto, por haber sido facultada para ello mediante el literal 1) del artículo 18 de la Ley 42 de 1985.

La CONSULTA, en consecuencia, es: Cuál de las posiciones es correcta; basta el Acuerdo de la Junta o es necesario que éste lleve las firmas de los funcionarios atrás mencionados y que además el Servicio Civil apruebe el nuevo Manual de Funciones?

A. En cuanto a la primera pregunta la Sala considera:

1. El Instituto Nacional de Radio y Televisión fue creado por el Decreto-ley 2367 de 1963, como un establecimiento público del orden nacional, dependiente del Ministerio de Comunicaciones. Posterior-

mente fue transformado en una entidad asociativa, del orden nacional, a través de la Ley 42 de 1985, sujeto a la tutela del Ministerio de Comunicaciones (art. 2º). El objeto de Instituto, según lo prevé el artículo 4º de la citada ley es: "Desarrollar las políticas y planes generales del servicio público de televisión y radiodifusión oficial, directamente o por medio de contratos de concesión de espacios celebrados con particulares de acuerdo con las leyes, reservándose el control de su funcionamiento".

2. La Ley 33 de 1985 dispuso en su artículo 1º que: "El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios.

"No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen *la excepción* que la ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones".

3. El artículo 27 de la Ley 42 de 1985 prevé que los empleados de INRAVISION *son empleados públicos;* y el parágrafo de este artículo señala que los empleados de INRAVISION conservarán las condiciones, los derechos y los deberes de que eran titulares en el momento de la transformación de la entidad, disposición que es reproducida en la cláusula vigesimaséptima de la Escritura de Constitución del Instituto (otorgada en la Notaría 26 de Bogotá, el 10 de febrero de 1986).

4. A los empleados del Instituto Nacional de Radio y Televisión se les venía aplicando el mismo régimen prestacional establecido para los empleados del Ministerio de Comunicaciones, de conformidad con lo previsto en el artículo 41 del Decreto-ley 3267 de 1963 que creó dicho Instituto.

5. Los empleados del Ministerio de Comunicaciones, denominado en otro tiempo Ministerio de Correos y Telégrafos, tienen derecho, entre otras, a la prestación de pensión de jubilación cuando han brindado sus servicios a la entidad por espacio de veinte (20) años y su edad no es inferior a 55 años, con la excepción prevista en el parágrafo del artículo 1º de la Ley 28 de 1943, de que los operadores de radio y telégrafos tendrán derecho a la jubilación cuando completen veinte (20) años de servicio, cualquiera que sea la edad. Además, el Decreto 1848 de 1969, en su artículo 69, consagró casos de excepción a la regla general de los requisitos para tener derecho a pensión de jubilación, y entre ellos, está el de "los operadores de radio, de cable y similares que presten sus servicios a la Administración Pública Nacional, establecimientos públicos, empresas del Estado, o sociedades de economía mixta", que tienen derecho a la pensión de jubilación al cumplir veinte (20) años de servicio, continuos o discontinuos, cualquiera sea su edad.

6. El Decreto 2427 de 1956 al regular lo relativo *a la televisión* (arts. 589 y ss.) determinó que ésta se transmite a través de equipos de radio y radiotransmisión, lo que permite concluir que, los em-

pleados de INRAVISION que manejan equipos de televisión se puedan denominar operadores de radio o de radiodifusión combinada, como la denomina el artículo 12 de la Ley 74 de 1966.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala responde al primer interrogante planteado en la consulta:

Los empleados de INRAVISION *son empleados públicos* a quienes se les aplica la Ley 33 de 1985 en lo relativo a la pensión de jubilación, en otras palabras, tendrán derecho a que se les pague pensión de jubilación cuando hayan cumplido veinte (20) años continuos o discontinuos de servicio y lleguen a la edad de cincuenta y cinco (55) años; *excepcionalmente,* los empleados del Instituto tendrán derecho a que se les reconozca y pague pensión de jubilación con veinte (20) años de servicio *y cualquier edad,* cuando sean operadores de radio o televisión, toda vez, que como ya se dijo, la excepción prevista en la Ley 28 de 1943 y en el literal a), del artículo 69, del Decreto 1848 de 1969, *le es aplicable a los empleados de INRAVISION, no por analogía sino por expresa disposición legal.*

B. Respecto a las formalidades que se deben cumplir para la reforma de la planta de personal y para la adopción del nuevo Manual de Funciones del Instituto Nacional de Radio y Televisión, la Sala considera:

1. Como se anotó inicialmente, INRAVISION es una entidad asociativa del orden nacional, que toma su naturaleza jurídica del artículo 7º del Decreto-ley 130 de 1976. El régimen que se le debe aplicar es el *previsto para los establecimientos públicos* "sin perjuicio de las particularidades que contengan los actos de su creación".

2. El Decreto-ley 1042 de 1978, aplicable a los establecimientos públicos, determina en su artículo 75, el procedimiento que se debe adelantar para conformar o reformar las plantas de personal de las entidades de la Rama Ejecutiva y, entre otros requisitos, señala el literal c), el de que la reforma se haga mediante "decreto que llevará las firmas del Ministro o Jefe del Departamento Administrativo correspondiente, la del Ministro de Hacienda y Crédito Público, como certificación de que existe apropiación presupuestaria suficiente para cubrir su costo, y la del Jefe del Departamento Administrativo del Servicio Civil".

El artículo 78 *ibídem,* dispone que los proyectos de estimación de plantas de personal, deberán ser estudiados por la Dirección General de Presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Departamento Administrativo del Servicio Civil, con el objeto de asegurar "su conformidad con las normas legales sobre nomenclatura, clasificación y remuneración de empleos, y con las políticas de administración de personal y de gasto público fijadas por el Gobierno para el período fiscal correspondiente".

3. En cuanto al Manual de Funciones y de requisitos mínimos, el artículo 82 del Decreto-ley 1042 de 1978, establece que: Los manuales de todas las entidades de la Rama Ejecutiva deben ajustarse al manual general expedido por el Gobierno y que "los manuales descriptivos de empleos serán refrendados por el Departamento Administra-

tivo del Servicio Civil" y que "la modificación de las plantas de personal requerirán aprobación previa del manual descriptivo de empleos correspondiente".

En conclusión y, de acuerdo con las consideraciones anotadas, la Sala responde:

Es claro que, al Instituto de Radio y Televisión se le aplica el régimen legal previsto para los establecimientos públicos, de conformidad con el artículo 7º del Decreto-ley 130 de 1976; por este motivo, las normas antes estudiadas, relativas a las plantas de personal y al manual de funciones de la Rama Ejecutiva, deben ser tenidas en cuenta por esa entidad al introducir los cambios necesarios. De tal manera que, la reforma de la planta de personal de INRAVISION debe efectuarse mediante decreto, con la firma de los funcionarios a que se refiere el literal c), del artículo 75, del Decreto-ley 1042 de 1978, previo el trámite dispuesto en el mismo Decreto-ley.

De esta forma el manual de descripción de funciones y de requisitos mínimos, de dicho Instituto, debe ser adoptado una vez haya sido refrendado por el Departamento Administrativo del Servicio Civil, al tenor del inciso segundo del artículo 82, del Decreto-ley 1042 de 1978.

En los anteriores términos la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado *absuelve* la consulta planteada por el señor Ministro de Comunicaciones doctor Pedro Martín Leyes.

Transcríbase en copia auténtica.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

ESTABLECIMIENTO PUBLICO.— Empleos de libre nombramiento. UNIVERSIDAD OFICIAL NACIONAL.

Los estatutos orgánicos de los establecimientos públicos del orden nacional, en cuanto a la determinación de empleos de libre nombramiento y remoción, continúan vigentes, sin que sea necesario que su expedición se haya hecho con posterioridad a la vigencia de la Ley 61 de 1987, pero no pueden contrariar esta ley.

El artículo 123 del Decreto 80 de 1980 conserva su vigencia en relación con empleos de libre nombramiento y remoción en las instituciones de educación superior del orden departamental y municipal, de carácter oficial.

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

Consejero ponente: *Doctor Javier Henao Hidrón.*

Referencia: Consulta relacionada con los empleos de libre nombramiento y remoción y los alcances del artículo 1º de la Ley 61 de 1987. Radicación número 217.

El señor Jefe del Departamento Administrativo del Servicio Civil, doctor Joaquín Barreto Ruiz, formula a la Sala una consulta que está precedida de las siguientes anotaciones:

a) Que el literal b) del artículo 1º de la Ley 61 de 1987 señaló como empleos de libre nombramiento y remoción en los establecimientos públicos, entre otros, "...los que señalen (sic) los estatutos orgánicos de dichas entidades";

b) Que el Decreto extraordinario 80 de 1980, por el cual se organiza el sistema de educación post-secundaria, precisa en sus artículos 51 y 125, lo siguiente:

"Artículo 51. Todas las instituciones de educación superior creadas por ley, ordenanza o acuerdo municipal que estén funcionando en la actualidad conservarán su personería jurídica y atribuciones, y deberán ajustarse en lo sucesivo a las disposiciones de este Decreto".

"Artículo 125. Las disposiciones del presente Decreto relativas a las instituciones oficiales de Educación Superior, constituyen el estatuto básio u orgánico de las del orden nacional..."

"A ellas deberán ajustarse el estatuto general y los reglamentos internos que debe expedir cada entidad..."

"...";

c) Que de acuerdo con lo previsto en el artículo 123, *ibídem*, deberán ser de libre nombramiento y remoción los empleados que correspondan a la Dirección Administrativa o Académica de las universidades oficiales, los que tengan como función principal el manejo de bienes o dineros, los que tengan asignadas funciones de vigilancia o supervisión y los que deban ser desempeñados por personas que requieran confianza especial de los funcionarios directivos;

d) Que algunas entidades oficiales cuentan con regímenes especiales de carrera administrativa establecidos en normas con categoría de ley, diferentes al Decreto 2400 de 1968, por ejemplo: La Empresa Nacional de Telecomunicaciones (Decreto-ley 2200 de 19 de noviembre de 1987), el Sistema Nacional de Salud (Decreto extraordinario número 694 de 1975) y la Registraduría Nacional del Estado Civil (Decreto extraordinario 3492 de 1986);

e) Que algunos establecimientos públicos expidieron sus propios estatutos de personal con aprobación del Gobierno antes de haber sido declarado inexequible el artículo 38 del Decreto 3130 de 1968, en los cuales se incluyeron normas especiales sobre carrera administrativa. Dichas normas no han sido anuladas por la jurisdicción contencioso-administrativa. Tal es el caso del SENA (Decreto 2464 de 1970) y el ICETEX (Decreto 383 de 1972).

Con base en las anteriores disposiciones y las demás aplicables, se pregunta:

1. Continúan vigentes los estatutos orgánicos de los establecimientos públicos en cuanto a la determinación de empleos de libre nombramiento y remoción no comprendidos en la referida ley, o por el contrario, los estatutos orgánicos a que dicho aparte se refiere son los que se expidan con posterioridad a la vigencia de la Ley 61?

La respuesta al anterior interrogante se aplica a las instituciones universitarias a que se refiere el artículo 123 del Decreto 80 de 1980?

2. En el evento de pronunciarse la honorable Sala en forma afirmativa respecto de la vigencia del mencionado artículo 123 del Decreto 80 de 1980, se requiere un acto posterior y en ese evento de qué naturaleza, que precise los empleos de las universidades que, por ejemplo, por requerir confianza especial de los funcionarios directivos son de libre nombramiento y remoción?

3. La Ley 61 de 1987 modificó los regímenes especiales a que se alude en el aparte d) de esta consulta, particularmente en aspectos tales como la clasificación de los empleos de libre nombramiento y remoción y de declaratoria de insubsistencia por haber obtenido el funcionario dos calificaciones de servicios no satisfactorias en el mismo año calendario?

4. Si siguen vigentes los regímenes especiales de administración de personal, debe considerarse que sólo son empleos de libre nombramiento y remoción los mencionados en dichas normas, o a ellos deben adicionarse los señalados en el artículo 1º de la Ley 61 de 1987?

5. La Ley 61 de 1987 modificó los estatutos de personal aprobados por decreto ejecutivo durante la vigencia del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968, a que se refiere el literal e) de este escrito?

Se considera:

1. La Ley 61 de 1987 (diciembre 30), "por la cual se expiden normas sobre la carrera administrativa y se dictan otras disposiciones", dispuso lo siguiente en su artículo 1º:

Son empleos de libre nombramiento y remoción, los siguientes:

a) Los Ministros, Jefe de Departamento Administrativo, Viceministro, Subjefe de Departamento Administrativo, Secretario General, Consejero Asesor, Director General, Superintendente, Superintendente Delegado, Jefe de Unidad Administrativa Especial, Secretario Privado, Jefe de Oficina y los demás empleos de Jefe de Unidad que tengan una jerarquía superior a Jefe de Sección;

b) En los establecimientos públicos: Los de Presidente, Director o Gerente y Rector; los de Vicepresidente, Subdirector o Subgerente, Vicerrector y Decano; los de Secretario General, Secretario de Junta y Secretario Privado; los de Asesor, Consejero, Jefe de División y los demás empleos de Jefe de Unidad que tengan una jerarquía superior a Jefe de Sección; además los que señalen los estatutos orgánicos de dichas entidades;

c) Los empleos de los Despachos de los Ministros, de los Jefes de Departamento Administrativo, de los Viceministros y de los Presidentes, de los Directores o Gerentes de establecimientos públicos, de los Rectores, de los Vicerrectores y de los Decanos de las Universidades;

d) Los empleos de la Presidencia de la República;

e) Los empleos del servicio exterior de conformidad con las normas que regulan la carrera diplomática y consular;

f) Los de la Dirección General de Aduanas;

g) Los de la Dirección General de Impuestos y los del Centro de Información y Sistemas del Ministerio de Hacienda y Crédito Público;

h) Los de agente secreto y detective;

i) Los empleados públicos de las empresas industriales y comerciales del Estado, y

j) Los de tiempo parcial.

Son de carrera los demás empleos no señalados como de libre nombramiento y remoción.

2. Son empleos de libre nombramiento y remoción en los establecimientos públicos, además de los indicados en el literal b) de la norma transcrita, *los que señalen los estatutos orgánicos de dichas entidades.*

Conviene advertir, en primer lugar, que la Ley 61 de 1987 fue expedida para regir en el orden correspondiente a la administración

nacional, único en el cual la ley ha establecido y reglamentado la carrera administrativa, haciendo un desarrollo parcial del mandato contenido en el artículo 5º del Acto Plebiscitario de 1957.

Por otra parte, los estatutos orgánicos o básicos de los establecimientos públicos (de las empresas industriales o comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta cuyo régimen jurídico se asimila al de aquellas empresas), son expedidos únicamente por el Congreso, mediante ley, en virtud de la atribución constitucional prevista en el artículo 76, numeral 10, o por el Gobierno, cuando se encuentre dotado de las correspondientes facultades extraordinarias conferidas por el Congreso con fundamento en el artículo 76, numeral 12, de la Constitución. Por consiguiente, esta clase de estatutos (denominados *básicos* por el constituyente y orgánicos por el legislador), difieren de los reglamentos internos, cuya expedición sí corresponde a las respectivas juntas o consejos directivos de las entidades descentralizadas.

Por las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia declaró en su oportunidad inexequibles (contrarios a la Constitución) tanto el artículo 26, literal b) del Decreto 1050 de 1968, que incluía entre las funciones de los consejos directivos de los establecimientos públicos y de las empresas industriales o comerciales del Estado, la de "adoptar los estatutos de la entidad y cualquier reforma que a ellos se introduzca y someterlos a la aprobación del Gobierno"; como el artículo 38 del Decreto 3130 de 1968, que facultaba también a los consejos directivos de dichas entidades descentralizadas para elaborar, con la aprobación del Gobierno, los respectivos estatutos de personal (Sentencias de 13 de diciembre de 1972 y 20 de septiembre de 1973).

3. Los estatutos expedidos con antelación a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 26, literal b) del Decreto 1050 y del artículo 38 del Decreto 3130, ambos de 1968, por las juntas o consejos directivos de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado, conservan su vigencia mientras no sean anulados o suspendidos por la jurisdicción contencioso administrativa (Constitución Política, arts. 192, 193 y 216). Y, desde otro punto de apreciación, mientras no sean derogados por norma de superior jerarquía, en forma total o parcial; este último supuesto de incompatibilidad parcial con norma positiva superior, es el que se presenta en la relación existente entre los estatutos a que alude el consultante en el literal e) y la Ley 61 de 1987.

4. Respecto de los empleos de libre nombramiento y remoción en las universidades, dispone el artículo 123 del Decreto-ley 080 de 1980:

> Necesariamente serán de libre nombramiento y remoción los empleados que correspondan a la división administrativa o académica de la institución, los que tengan como función principal el manejo de bienes o dineros, los que tengan asignadas funciones de vigilancia y supervisión y los que deban ser desempeñados por personas que requieran confianza especial de los funcionarios directivos.

La disposición anterior fue expedida con el propósito de regir la organización del Sistema de Educación Post-secundaria o Superior, el cual comprende las siguientes modalidades educativas:

a) Formación Intermedia Profesional;

b) Formación Tecnológica;

c) Formación Universitaria;

d) Formación Avanzada o de Postgrado (Decreto 080 de 1980, arts. 1 y 25).

Por otra parte, la Ley 61 de 1987 rige exclusivamente para el orden nacional y, por tanto, en cuanto los empleados de libre nombramiento y remoción, comprende a las universidades oficiales de dicho orden. Significa ello, de conformidad con los literales b) y c) del artículo 1º, que en las universidades estatales del nivel nacional, son empleos de libre nombramiento y remoción, los siguientes:

Rector, Vicerrector, Decano, Secretario General, Secretario de Junta, Secretario Privado; los de Asesor, Consejero, Jefe de División y los demás empleos de Jefe de Unidad que tengan una jerarquía superior a Jefe de Sección; los empleos de los Despachos de los Rectores, de los Vicerrectores y de los Decanos; además de los que señalen los estatutos orgánicos de dichas universidades, expedidos mediante ley.

Por consiguiente, el precepto del artículo 123 del Decreto 080 de 1980 ha quedado vigente, en concepto de la Sala, respecto de las universidades del orden departamental o municipal. Y su desarrollo corresponde a los acuerdos que dicten los respectivos Consejos Superiores.

Se responde:

Al punto 1. Los estatutos orgánicos de los establecimientos públicos del orden nacional, en cuanto a la determinación de empleos de libre nombramiento y remoción, continúan vigentes, sin que sea necesario que su expedición se haya hecho con posterioridad a la vigencia de la Ley 61 de 1987. Pero por supuesto, no pueden contrariar esta ley.

Los estatutos tienen carácter complementario, es decir, es la Ley 61 la que hace la enumeración de los empleos de libre nombramiento y remoción en la administración nacional, y el artículo 1º, literal b), sólo permite en los establecimientos públicos (definidos en el Decreto-ley 1050 de 1968, art. 5º), señalar otros empleos en los respectivos estatutos básicos u orgánicos, como de libre nombramiento y remoción.

Respecto de las instituciones universitarias a que se refiere el artículo 123 del Decreto 080 de 1980, su aplicación corresponde a las universidades oficiales del orden departamental y municipal, por cuanto las universidades oficiales del nivel nacional han quedado comprendidas en las disposiciones del artículo 1º de la Ley 61 de 1987. En relación con estas últimas, los empleos de libre nombramiento y

remoción están señalados en los literales b) y c) del artículo 1º de la citada ley sin perjuicio de que se indiquen otros de tal naturaleza en sus estatutos orgánicos.

Al punto 2. El artículo 123 del Decreto 080 de 1980 conserva su vigencia en relación con empleos de libre nombramiento y remoción en las instituciones de educación superior del orden departamental y municipal, de carácter oficial. Por consiguiente, en ellas el respectivo Consejo Superior, mediante la expedición de un acuerdo, determinará los empleados que correspondan a la dirección administrativa o académica de la institución, los que tengan como función principal el manejo de bienes o dineros, los que tengan asignadas funciones de vigilancia o supervisión y los que deban ser desempeñados por personas que requieran confianza especial de los funcionarios directivos.

Al punto 3. En su artículo 12, la Ley 61 de 1987 dispone que ella "modifica y adiciona los Decretos-ley 2400 y 3074 de 1968 y deroga las disposiciones que le sean contrarias, en especial, el artículo 22 de la Ley 13 de 1984".

Precisamente por estar dictada con la finalidad primordial de expedir normas sobre la carrera administrativa, la Ley 61 de 1987 modifica y adiciona los Decretos-ley 2400 y 3074 de 1968, que son los básicos sobre la materia y los dictados inicialmente para dar cumplimiento al mandato constitucional proveniente del Plebiscito de 1957, artículo 5º, según el cual todos los funcionarios que tengan facultad de nombrar y remover empleados administrativos, no podrán ejercerla sino dentro de las normas que expida el Congreso, para establecer y regular las condiciones de acceso al servicio público, de ascensos por mérito y antigüedad, y de jubilación, retiro o despido.

Pero derogó también "las disposiciones que le sean contrarias", dado su carácter general y el cubrimiento en la materia sobre que versa, del ámbito de la administración nacional (administración central y descentralizada).

Siendo ello así, puede deducirse que los *regímenes especiales* de carrera administrativa establecidos en normas con categoría de ley, por ejemplo, para la Empresa Nacional de Telecomunicaciones (Decreto-ley 2200 de 1987), el Sistema Nacional de Salud (Decreto extraordinario 694 de 1975) y la Registraduría Nacional del Estado Civil (Decreto extraordinario 3492 de 1986), fueron modificados por la Ley 61 de 1987, particularmente en aspectos tales como la clasificación de los empleos de libre nombramiento y remoción y la declaratoria de insubsistencia por haber obtenido el funcionario dos calificaciones de servicios no satisfactorias en el mismo año calendario.

Al punto 4. En las entidades para las cuales la ley ha expedido regímenes especiales de carrera administrativa, debe considerarse que son empleos de libre nombramiento y remoción los mencionados en las respectivas normas, con la adición de los señalados en el artículo 1º de la Ley 61 de 1987.

Al punto 5. Ciertamente la Ley 61 de 1987 modificó, en lo pertinente, los estatutos de personal aprobados por decreto ejecutivo durante la vigencia del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968, declarado inexequible por la Corte Suprema de Justicia mediante la sentencia de 30 de septiembre de 1973.

Transcríbase al señor Jefe del Departamento Administrativo del Servicio Civil, por conducto de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República (Código Contencioso Administrativo, art. 112).

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

ESTABLECIMIENTO PUBLICO.— Empleos de libre nombramiento y remoción. UNIVERSIDAD OFICIAL NACIONAL.

Los empleos de libre nombramiento y remoción en las universidades oficiales del orden nacional, son los indicados en la Ley 61 de 1987, artículo 1º, para los establecimientos públicos, y en sus estatutos orgánicos (Decreto-ley 080 de 1980, art. 123).

El artículo 123 del Decreto 080 de 1980 conserva su vigencia únicamente en relación con las instituciones universitarias del orden nacional.

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

Consejero ponente: *Doctor Javier Henao Hidrón.*

Referencia: Aclaración a la consulta relacionada con empleos de libre nombramiento y remoción. Radicación número 217.

La Sala procede a explicar y precisar —e inclusive a rectificar— algunos aspectos contenidos en la respuesta a la consulta formulada por el señor Jefe del Departamento Administrativo del Servicio Civil, doctor Joaquín Barreto Ruiz, quien con respecto a aquélla presenta juiciosas observaciones en memorial radicado en este Despacho con fecha 25 de noviembre del presente año.

Para el efecto se procede en el orden correspondiente a los nuevos interrogantes formulados:

1. Para determinar la naturaleza jurídica de libre nombramiento y remoción de los empleos de las universidades oficiales del orden nacional, ¿qué alcance debe darse a la expresión: "Sin perjuicio de que se indiquen otros de tal naturaleza en sus estatutos orgánicos", contenida en el concepto de la referencia?

Ciertamente el artículo 1º de la Ley 61 de 1987, dispuso que son empleos de libre nombramiento y remoción en los establecimientos públicos, los siguientes:

> Los de Presidente, Director o Gerente y Rector; los de Vicepresidente, Subdirector o Subgerente, Vicerrector y Decano; los de Secretario General, Secretario de Junta y Secretario Privado; los de Asesor, Consejero, Jefe de División y los demás empleos de Jefe de Unidad que tengan una jerarquía superior a Jefe de Sección.

La norma precitada agregó la siguiente frase:

"Además los que señalen los estatutos orgánicos de dichas entidades".

Respecto de las universidades oficiales del orden nacional, cuya naturaleza jurídica es la que corresponde a los establecimientos públicos, los *estatutos orgánicos o básicos* solamente pueden ser expedidos mediante ley, en virtud de la atribución constitucional prevista en el artículo 76, numeral 10, o por el Gobierno, cuando éste se encuentre dotado de las correspondientes facultades extraordinarias conferidas por el Congreso con fundamento en el artículo 76, numeral 12, de la Constitución.

Ahora bien: Como en el año de 1980 el Gobierno nacional, en ejercicio de sus facultades constitucionales y de las conferidas por la Ley 8ª de 1979, dictó el Decreto número 080 "por el cual se organiza el sistema de Educación Postsecundaria", y en su artículo 125 expresó que las disposiciones del decreto relativas a las instituciones oficiales de educación superior, *constituyen el estatuto básico u orgánico de las del orden nacional*[1], es menester concluir que la frase de la Ley 61 de 1987, artículo 1º, literal b): "Sin perjuicio de que se indiquen otros de tal naturaleza en sus estatutos orgánicos", habrá de ser referida a las normas contenidas en dicho Estatuto respecto de empleos de libre nombramiento y remoción. Y es precisamente el artículo 123 del Decreto 080 el que preceptúa:

1. Y *regional*, agregó la Ley 25 de 1987, reformatoria del Decreto 080 de 1980. Dicha ley entendió por instituciones públicas de educación superior del *orden regional*, aquellas que tienen dependencias en más de una de las divisiones territoriales de los órdenes departamental, intendencial o comisarial (arts. 3º y 13).

Necesariamente serán de libre nombramiento y remoción los empleos que correspondan a la dirección administrativa o académica de la institución, los que tengan como función principal el manejo de bienes o dineros, los que tengan asignadas funciones de vigilancia o supervisión y los que deban ser desempeñados por personas que requieran confianza especial de los funcionarios directivos.

Por consiguiente, los empleos de libre nombramiento y remoción en las universidades oficiales del orden nacional, son los indicados en la Ley 61 de 1987, artículo 1º, para los establecimientos públicos, y en sus estatutos orgánicos (Decreto-ley 080 de 1980, art. 123).

2. Es viable la aplicación del artículo 123 del Decreto 080 de 1980 a las instituciones universitarias oficiales del orden departamental y municipal?

Según el Decreto-ley 080 de 1980, con las modificaciones contenidas en la Ley 25 de 1987, *la creación* de instituciones oficiales corresponde al Congreso Nacional, las Asambleas Departamentales, los Consejos Intendenciales y Comisariales, y los Concejos Municipales, a iniciativa del Ejecutivo, debiendo éste acompañar el correspondiente estudio de factibilidad debidamente aprobado por el ICFES, que acredite la conveniencia de crear la institución y siempre, además, que su

financiación se encuentre plenamente asegurada por la Nación, el Departamento, la Intendencia, la Comisaría, o el Municipio, en cada caso. Por otra parte, para la creación de las instituciones departamentales, intendenciales, comisariales o municipales y del Distrito Especial de Bogotá, deberán aplicarse las normas del Decreto-ley en referencia.

Ciertamente la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 16 de marzo de 1982, al declarar inexequibles los artículos 51, 125, 126 y 133 del Decreto 080 de 1980 "en cuanto se refieren a instituciones docentes departamentales, municipales o del Distrito Especial de Bogotá", reafirmó la vigencia del principio constitucional sobre descentralización administrativa y las competencias que a tales entidades territoriales están asignadas por la Ley Suprema para determinar la estructura de la respectiva administración, las funciones de las diferentes dependencias y las escalas de remuneración correspondiente a las distintas categorías de empleo (Constitución Política, arts. 187, numeral 5º, y 197, numeral 3º).

Según el criterio de la Corte, la creación y el ordenamiento administrativo, financiero y de funcionamiento de las universidades e instituciones oficiales de nivel postsecundario departamentales y municipales, son de competencia de las Asambleas y de los Concejos, obviamente con sujeción a las directrices académicas señaladas en las leyes que desarrollen el artículo 41 de la Constitución tendientes a "procurar el cumplimiento de los fines sociales de la cultura y la mejor formación intelectual, moral y física de los educandos" y el ordinal 12 del artículo 120 para "reglamentar, dirigir e inspeccionar la instrucción pública nacional".

La Corte agregó que es preciso respetar, además, las restricciones que puedan resultar de la ley a que se refiere el ordinal 6º del artículo 187, que atribuye a las Asambleas, por iniciativa del Gobernador, la creación de entidades descentralizadas del orden departamental; y la ley a que alude el ordinal 4º del artículo 197, que atribuye a los Concejos, por iniciativa del Alcalde, la creación de entidades descentralizadas del orden municipal.

De manera que la autonomía administrativa departamental y municipal, impide que la regulación de la enseñanza por ley de la República o por decreto del Gobierno nacional, pueda extenderse a asuntos diferentes de los propiamente académicos. Tal ocurriría, por ejemplo, con el estatuto orgánico, el estatuto interno, y el manejo administrativo y financiero de las universidades oficiales de dicho orden, por cuanto la competencia pertenece a los Departamentos y Municipios al tenor de la Constitución Política, como se desprende de los preceptos contenidos en los artículos 5º, 181, 182, 183, 187, 194 y 197 de la misma.

Corresponde, pues, a las Asambleas y Concejos, por medio de ordenanzas y acuerdos, o a los Consejos Superiores de las Universidades, con la debida autorización, regular los aspectos mencionados.

En tal forma, el artículo 123 del Decreto 080 de 1980 conserva su vigencia únicamente en relación con las instituciones universitarias oficiales del orden nacional.

3. Modificó la Ley 61 de 1987 la calidad de los empleos de libre nombramiento y remoción en los organismos pertenecientes al Sistema Nacional de Salud que no son del orden nacional?

La Ley 61 de 1987 modificó los regímenes especiales de carrera administrativa, entre ellos el del Sistema Nacional de Salud, regulado básicamente por el Decreto extraordinario 694 de 1975. Respecto de los empleos de libre nombramiento y remoción ha de entenderse, de conformidad con los criterios expresados, que la Ley 61 reguló lo pertinente en la esfera nacional ("entidades creadas, o autorizada su creación, por ley de la República"), sin que sus efectos se extiendan a las entidades creadas por ordenanza departamental, acuerdo municipal, intendencial, comisarial o distrital, que prestan servicios de salud o de atención médica.

Transcríbase al señor Jefe del Departamento Administrativo del Servicio Civil, por conducto de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República (Código Contencioso Administrativo, art. 112).

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

PERSONAL DOCENTE.— REGIMEN PRESTACIONAL. NACIONALIZACION DE LA EDUCACION.

El régimen jurídico de los docentes vinculados a los establecimientos nacionalizados es el mismo que existía con las variantes establecidas por la legislación posterior.

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

Consejero ponente: *Doctor Javier Henao Hidrón.*

Referencia: Consulta sobre las obligaciones a cargo de la Nación respecto del pago de prestaciones sociales de los empleados de la educación nacionalizados mediante la Ley 43 de 1975, así como de los vinculados con posterioridad a ella. Radicación número 221.

Los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Educación Nacional, doctores Luis Fernando Alarcón Mantilla y Manuel Francisco Becerra Barney, respectivamente, luego de hacer algunas apreciaciones respecto de la Ley 43 de 1975 y su Decreto reglamentario 223 de 1977, así como de algunas disposiciones constitucionales que asignan funciones al Congreso y las Asambleas Departamentales, formulan a la Sala las siguientes consultas:

1. Puede la Nación asumir gastos en materia prestacional decretados por ordenanzas y otros actos administrativos departamentales, municipales, distritales, intendenciales y comisariales?

2. Son inconstitucionales las ordenanzas mediante las cuales se crean o regulan prestaciones sociales de los empleados nacionales?

3. En caso de que sean inconstitucionales, pueden las entidades territoriales abstenerse de cumplir ordenanzas o acuerdos no anulados ni suspendidos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo?

4. A qué entidad corresponde asumir el costo de las prestaciones sociales creadas por ordenanzas o actos administrativos de carácter departamental, municipal, distrital, intendencial o comisarial en favor de los empleados al servicio de la educación nacionalizada mediante la Ley 43 de 1975 y de los vinculados con posterioridad a ella?

5. La Nación, como patrono de los empleados de la educación nacionalizada debe aportar a la entidad de previsión correspondiente de acuerdo con las normas que regulan las prestaciones de los empleados nacionales? O conforme al régimen prestacional presuntamente establecido por las entidades territoriales?

6. Cuál es el régimen prestacional aplicable al personal nacionalizado y el vinculado con posterioridad?

Se considera:

1. Por medio de la Ley 43 de 1975, el Congreso nacionalizó el servicio de la educación primaria y secundaria oficiales que venían prestando los Departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, los Municipios, las Intendencias y Comisarías y, como consecuencia, dispuso que ella sería un servicio público de cargo de la Nación.

Obviamente *los gastos* ocasionados por la nacionalización y que hasta entonces sufragaban los Departamentos, Intendencias, Comisarías, el Distrito Especial de Bogotá y los Municipios, pasaron a ser de cuenta de la Nación, en los términos siguientes:

a) Los *gastos de funcionamiento (personal)* de la educación primaria y secundaria oficiales, los absorbió en su totalidad la Nación a partir de 1980, cuando culminó el proceso de pagos porcentuales del 20% anual a dichos gastos, iniciado en 1976;

b) Las *prestaciones sociales* del personal adscrito a los establecimientos objeto de la nacionalización y que se hayan causado o se fueren causando hasta cuando se ejecute el proceso respectivo (año de 1980), serán de cargo de las entidades a que han venido perteneciendo dichos establecimientos o de las correspondientes Cajas de Previsión.

Perfeccionando el proceso de nacionalización, las prestaciones sociales serán atendidas por la Nación. Pero, de conformidad con la Ley 43 de 1975, las entidades territoriales y el Distrito Especial de Bogotá pagarán a la Nación dentro del término de 10 años y por cuotas partes, las sumas que adeudarían hasta entonces a los servidores de los planteles por concepto de prestaciones sociales no causadas o no exigibles al tiempo de la nacionalización. "Dichos pasivos —agrega la ley— se determinarán de común acuerdo entre la Nación y las respectivas entidades territoriales y el Distrito Especial de Bogotá mediante liquidación proforma".

2. Dispone el artículo 64 de la Constitución Política de Colombia:

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

El vocablo *asignación* tiene una connotación genéria y significa, según el Diccionario de la Lengua Española, "cantidad señalada por sueldo o por otro concepto".

Según el Decreto 1042 de 1978, dictado por el Gobierno en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió la Ley 5ª del

mismo año, de lo dispuesto en el artículo 64 de la Constitución se exceptúan, entre otras asignaciones, "las que provengan de pensiones de jubilación" (*ibídem*, art. 32, literal c).

Pero ya desde la expedición de la Ley 114 de 1913 (art. 4º, ordinal 3º), el legislador había permitido la compatibilidad de pensiones concedidas a los maestros por la Nación y un Departamento.

De manera que si los educadores reciben pensión de jubilación de la Nación y un Departamento, este derecho tiene fundamento jurídico en las normas indicadas y la obligación debe ser asumida por las entidades correspondientes, en forma separada.

Similar compatibilidad existe para el servidor del ramo docente entre permanecer en el servicio mientras no haya sido excluido del escalafón o no haya alcanzado la edad de los 65 años y el derecho a percibir la pensión de jubilación (art. 1º del Decreto 2285 de 1955, Ley 14 de 1971, art. 5º del Decreto 224 de 1972 y art. 30 del Decreto-ley 2277 de 1979).

3. Como consecuencia de la nacionalización de la educación primaria y secundaria oficiales, los educadores respectivos tienen el carácter de empleados nacionales.

Debido a dicha calidad y en razón de la función pública que ejercen, los mencionados educadores quedan comprendidos dentro del marco legal atribuido al Congreso para determinar la estructura de la Administración Nacional y fijar las escalas de remuneración correspondiente a las distintas categorías de empleos, así como el régimen de sus prestaciones sociales (art. 76, numeral 9º, de la Constitución).

Como complemento, son cargo de la República "los gastos del servicio público nacional" (*ibídem*, art. 203).

Los Departamentos, por su parte, tienen independencia para la administración de los asuntos seccionales. Este principio de descentralización administrativa está limitado únicamente por la Constitución, según se dispone en su artículo 182, y en desarrollo del mismo las Asambleas, por medio de ordenanzas, reglamentan de acuerdo con los preceptos constitucionales y legales, la prestación de servicios a cargo del Departamento y expiden anualmente, para la entidad respectiva, el presupuesto de rentas y gastos (*ibídem*, art. 187, numerales 1º y 7º).

Los Departamentos, a su vez, ejercen sobre los Municipios la "tutela administrativa" necesaria para planificar y coordinar el desarrollo regional y local y la prestación de servicios, en los términos que las leyes señalen.

Ciertamente los niveles del Estado (nacional, departamental y municipal) obedecen a un criterio de autonomía administrativa que, proveniente de la Constitución de 1886, ha sido reiterado por el Acto legislativo número 2 de 1987, nueva versión del artículo 183 constitucional, en virtud del cual la ley o el Gobierno nacional, en ningún caso, podrán conceder exenciones respecto de derechos o impuestos

de las entidades territoriales ni imponer en favor de la Nación o entidad distinta recargos sobre sus rentas o las asignadas a ellas.

De ahí que a cada entidad territorial, por estar dotada de personería jurídica y patrimonio autónomo, corresponde el manejo independiente de sus asuntos y la prestación de los servicios públicos que le hayan sido asignados por la ley.

Se responde:

Al punto 1. La Nación no puede asumir en materia prestacional, gastos decretados por ordenanzas y otros actos administrativos departamentales, municipales, distritales, intendencias o comisariales.

La prohibición surge del ordenamiento jurídico del Estado, la separación de patrimonios entre las entidades constitutivas del mismo y las obligaciones financieras de la Nación, circunscritas al cubrimiento de "los gastos del servicio público nacional".

Al punto 2. Las ordenanzas mediante las cuales se crean o regulan prestaciones sociales de los empleados nacionales, son inconstitucionales por cuanto de ese modo las Asambleas Departamentales están sustituyendo al Congreso en una materia que es de la exclusiva competencia de esta última Corporación (Constitución Política, arts. 62 y 76, ordinal 9º). Pero no lo son en cuanto, como excepción al artículo 64 de la Carta Política y con base en fuente legal, regulen con cargo del respectivo Departamento una asignación adicional en favor de servidores nacionales ya jubilados.

Al punto 3. La Nación debe abstenerse de cumplir las ordenanzas o acuerdos que crean o regulan prestaciones sociales de los empleados nacionales. Es claro que no obligan a la Nación porque las regulaciones prestacionales no provienen de la ley sino de actos administrativos de carácter seccional o local. Sin embargo, dichos actos administrativos conservan su fuerza jurídica para la respectiva entidad territorial que los expidió, mientras no sean objeto de anulación o suspensión por las autoridades judiciales competentes, o no sean derogados por la corporación que los profirió.

Al punto 4. En el supuesto de que existan prestaciones sociales creadas mediante ordenanza o actos administrativos de carácter departamental, municipal, distrital, intendencial o comisarial, en favor de los empleados al servicio de la educación nacionalizada mediante la Ley 43 de 1975 y de los vinculados con posterioridad a ella, su costo deber ser asumido en su integridad por la respectiva entidad territorial.

Al punto 5. Ciertamente la Nación, como patrono de los empleados de la educación nacionalizada, debe aportar a la entidad de Previsión correspondiente de acuerdo con las normas que regulan las prestaciones de los empleados nacionales. Y no conforme al régimen prestacional establecido por las entidades territoriales.

Al punto 6. Corresponde a la esfera de competencia del Congreso la determinación, mediante ley, de "las condiciones de ascenso y ju-

bilación y la serie o clase de servicios civiles o militares que dan derecho a pensión del Tesoro Público", al tenor de lo dispuesto en el artículo 62 de la Constitución.

Así, tanto con anterioridad como con posterioridad a la expedición de la Ley 43 de 1975, el Congreso ha dictado normas relacionadas con el régimen prestacional de los empleados oficiales, aplicables también a los educadores. Algunas de ellas son las siguientes: Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933, 6ª de 1945, 4ª de 1966, 5ª de 1969, 33 de 1973, 4ª de 1976, 44 de 1977, 113 de 1980 y 33 de 1985.

Por eso esta misma Sala, en concepto de fecha 1º de diciembre de 1983 (radicación número 1989) expresó que "el régimen jurídico de los docentes vinculados a los establecimientos nacionalizados es el mismo que existía con las variantes establecidas por la legislación posterior".

Transcríbase a los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Educación Nacional, por conducto de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República (Código Contencioso Administrativo, art. 112).

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

CAMARA DE COMERCIO.— Presupuestos anuales. Procedimiento.

La Superintendencia de Industria y Comercio no está facultada para señalarles o prescribirles a las Cámaras de Comercio la forma o el procedimiento para elaborar y presentar sus presupuestos anuales.

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

Consejero ponente: *Doctor Humberto Mora Osejo.*

Radicación: Número 214.

Referencia: Consulta del Ministerio de Desarrollo Económico, sobre procedimiento o la forma en que las Cámaras de Comercio deben presentar sus presupuestos anuales.

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

"1. El artículo 91 del Código de Comercio establece que los gastos de las Cámaras de Comercio se pagarán con cargo a sus respectivos presupuestos, debidamente aprobados por el Superintendente de Industria y Comercio.

"—El artículo 1º del Decreto 005 de 1981, modificado por el artículo 22 del Decreto 1520 de 1978 establece: 'En cumplimiento de su función de vigilancia, corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio aprobar los presupuestos y las adiciones o traslados a éstos, que presenten las Cámaras de Comercio'.

"—El literal c) del artículo 22 del Decreto-ley 149 de 1976, establece dentro de las funciones que le competen a la División de Cámaras de Comercio y Profesiones Comerciales de la Superintendencia de Industria y Comercio, la de vigilar administrativa y contablemente el funcionamiento de las Cámaras de Comercio.

"Con base en las normas anteriores, la Superintendencia de Industria y Comercio mediante circulares ha venido instruyendo a las Cámaras de Comercio acerca de la forma en que deben presentar sus presupuestos, es decir, determinando los capítulos que conforman los ingresos públicos y los ingresos privados y la manera como deben presentar los egresos.

"2. La Cámara de Comercio de Bogotá y la Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio —Confecámaras—, en repetidas

comunicaciones han venido cuestionando las facultades de la Superintendencia de Industria y Comercio, en el sentido de puntualizar que sus funciones se limitan única y exclusivamente a la aprobación o improbación del presupuesto, sin que pueda la entidad establecer la forma en que se presenten y ejecuten los mismos.

"Planteada la situación de orden legal contenida en las consideraciones que anteceden, este Despacho desea conocer el acertado criterio de esa honorable Sala sobre el siguiente aspecto:

"Al estar facultada la Superintendencia de Industria y Comercio para aprobar los presupuestos de las Cámaras de Comercio deben presentar su presupuesto anual?".

La Sala considera:

1º Según el artículo 78 del Código de Comercio, "las Cámaras de Comercio son instituciones de orden legal con personería jurídica, creadas por el Gobierno Nacional, de oficio o a petición de los comerciantes del territorio donde hayan de operar" y su representación incumbe a "sus respectivos presidentes".

2º El artículo 87 del Código de Comercio agrega que "el cumplimiento de las funciones propias de las Cámaras de Comercio estará sujeto a la vigilancia y control de la Superintendencia de Industria y Comercio". Además, el artículo 26, letra b), del Decreto-ley 2974 de 1968 atribuyó a la Superintendencia de Industria y Comercio "vigilar las Cámaras de Comercio conforme a las disposiciones legales vigentes". El artículo 6º, letra g), del Decreto-ley 149 de 1976 reiteró esta disposición y el artículo 22, literal c), *ibidem* atribuyó a la División de Cámaras de Comercio y Profesiones Comerciales de la mencionada Superintendencia "vigilar administrativa y contablemente el funcionamiento de las Cámaras de Comercio, sus federaciones y confederaciones".

3º El artículo 1º, inciso 1º, del Decreto 0005 de 1981, que sustituyó al artículo 22 del Decreto 1520 de 1978, reglamentario de las disposiciones del Código de Comercio relativamente a las Cámaras de Comercio, prescribe que "en cumplimiento de su función de vigilancia, corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio aprobar los presupuestos y las adiciones o traslados a éstos, que presenten las Cámaras de Comercio. Para tal efecto, cada año y con anterioridad al 15 de diciembre las Cámaras enviarán a la Superintendencia tres copias de su presupuesto de ingresos y egresos para el año siguiente, basado en el corte de cuentas a 31 de octubre del mismo año..."

4º Como ninguna disposición faculta a la Superintendencia de Industria y Comercio para señalarles o prescribirles a las Cámaras de Comercio la forma en que deben presentar su presupuesto anual, la Sala concluye que no existe tal atribución. Por consiguiente, como las entidades públicas sólo pueden hacer lo que les esté expresamente permitido (arts. 20 y 63 de la Constitución), según las disposiciones antes mencionadas, cada una de las Cámaras de Comercio debe elaborar, por el método contable que estime apropiado, su presupuesto anual de ingresos y egresos y someterlo a la aprobación de la Super-

intendencia de Industria y Comercio —División de Cámaras de Comercio y Profesiones Comerciales—, conforme a lo prescrito por el Decreto 0005 de 1981, para que lo objete o apruebe en el término que al efecto prescribe; además debe comunicar a la Contraloría General de la República su determinación.

Con fundamento en lo expuesto la Sala responde:

La Superintendencia de Industria y Comercio no está facultada para señalarles o prescribirles a las Cámaras de Comercio la forma o el procedimiento para elaborar y presentar sus presupuestos anuales. Le corresponde revisarlos, para objetarlos o aprobarlos, con la obligación de comunicar su determinación a la Contraloría General de la República.

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

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

FOCINE.— SALARIO.

La bonificación por servicios prestados y la prima por servicios a que se refieren los artículos 45 y 58, respectivamente del Decreto-ley 1042 de 1978, deben ser reconocidas y pagadas a los empleados públicos de la Compañía de Fomento Cinematográfico —FOCINE—.

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

Consejero ponente: *Doctor Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia: Consulta. Radicación número 232. Compañía de Fomento Cinematográfico —FOCINE—, reconocimiento y pago de la bonificación por servicios prestados y prima de servicios de sus empleados.

El señor Ministro de Comunicaciones, doctor Pedro Martín Leyes Hernández, formula a la Sala la siguiente consulta, previas las textuales consideraciones:

1. La Compañía de Fomento Cinematográfico —FOCINE—, creada por el Decreto 1244 de 1978 cuyos estatutos fueron aprobados por el Decreto 3137 de 1979, modificado parcialmente por los Decretos 319 de 1983 y 592 y 593 de 1988, es una empresa industrial y comercial, vinculada al Ministerio de Comunicaciones, donde el Estado posee más del 90% del capital social.

2. Dentro de las atribuciones de la Junta Directiva de FOCINE, el artículo 18, literal h) de los Estatutos preceptúa: "Señalar la remuneración, primas y bonificaciones, viáticos y gastos de representación, horas extras y subsidios para los trabajadores oficiales de la compañía. El Gerente de FOCINE, para efectos de remuneración, primas, bonificaciones, viáticos, horas extras y subsidios, se regirá por las normas legales vigentes para los empleados públicos".

3. Los trabajadores oficiales de FOCINE tienen derecho a una bonificación por servicios prestados y a una prima de servicios de conformidad con lo establecido en la Convención Colectiva de Trabajo, suscrita el 1º de agosto de 1988 entre la compañía y el sindicato de trabajadores de FOCINE-SINTRAFOCINE.

4. El artículo 1º del Decreto 1042 de 1978, al fijar su campo de aplicación, señala: "El sistema de nomenclatura, clasificación y remuneración de cargos que se establece en el presente Decreto regirá para los empleados públicos que desempeñan distintas categorías de

empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, con las excepciones que se establecen más adelante".

5. Los artículos 45 y 48 del Decreto 1042 de 1978 consagra una bonificación por servicios prestados y una prima de servicios respectivamente, a favor de los empleados públicos de las entidades señaladas en el artículo 1º, el cual guardó silencio con relación a los empleados públicos de las empresas industriales y comerciales del Estado.

6. La honorable Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto de 8 de noviembre de 1984, Consejero ponente doctor Humberto Mora Osejo, al responder la consulta formulada por el señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social, radicada bajo el número 2135, en relación al reconocimiento de la prima de vacaciones contemplada en el Decreto 1045 de 1978 a los empleados públicos de las empresas industriales y comerciales del Estado, señaló: "Es cierto que en ninguna disposición del Decreto 1045 de 1978 se refiere a las prestaciones sociales *de los empleados* de las empresas industriales y comerciales del Estado. Pero la Sala considera que se trata de una omisión que se remedia reconociendo a esos empleados las mismas prestaciones sociales que la ley prescribe para los de la Administración Nacional, como lo hace el Decreto-ley 3135 de 1968, conforme al principio jurídico según el cual 'donde hay una misma razón, debe haber una misma disposición', que en régimen jurídico colombiano se hace efectivo, específicamente con base en el principio de analogía, prescrita por el artículo 8º de la Ley 153 de 1887. Por consiguiente, el acto del Consejo Directivo de Prosocial —que es una empresa industrial y comercial del Estado— por el cual, según el enunciado de la consulta que se absuelve, 'se creó la prima de vacaciones para los empleados de la entidad, en las mismas condiciones de la estipulada (sic) en el Decreto 230 de 1975' tiene por fundamento la expuesta interpretación, que implica como lógica consecuencia, la posibilidad de aplicar *a los empleados* de las empresas comerciales e industriales del Estado, entre otros, el artículo 24 del Decreto-ley 1045 de 1978".

7. No existe normatividad especial que regule la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados a los empleados públicos de las empresas industriales y comerciales del Estado.

Se consulta:

¿Puede la Compañía de Fomento Cinematográfico —FOCINE— reconocer y pagar a sus empleados públicos la bonificación por servicios prestados y la prima de servicios consagrada en el Decreto 1042 de 1978 ante el vacío que en esta materia contempla la ley?

La Sala considera y responde:

1. La Compañía de Fomento Cinematográfico —FOCINE—, creada por medio del Decreto 1244 de 1978, es una empresa industrial y

comercial del Estado que tiene por objeto ejecutar la política sobre el desarrollo de la industria cinematográfica que fije el Ministerio de Comunicaciones.

2. El Decreto 593 de 1988, por el cual se aprueba el Acuerdo 006 de 1988 de la Junta Directiva de la Compañía de Fomento Cinematográfico, que reforma los estatutos de dicha compañía, prevé que "las personas que presten regularmente sus servicios a la Compañía de Fomento Cinematográfico, FOCINE, tendrán la categoría jurídica de trabajadores oficiales, con excepción del gerente, que tiene el carácter de empleado público" (art. 3º). Además, el inciso 2º del artículo 2º, *ibídem* prescribe que: "El Gerente de FOCINE, para efectos de remuneración, primas, bonificaciones, viáticos, horas extras y subsidios, se regirá por las normas legales vigentes para los empleados públicos".

3. El artículo 45 del Decreto-ley 1042 de 1978 dispone que los empleados públicos del orden nacional tendrán derecho a una bonificación por servicios, cada vez que cumplan un año continuo de labor en una misma entidad oficial. Se tendrá en cuenta el tiempo laborado en varias entidades del orden nacional siempre y cuando no haya solución de continuidad en el servicio.

4. De igual forma, el artículo 58 *ibídem,* prescribe que los funcionarios del orden nacional "tendrán derecho a una prima de servicios anual equivalente a quince días de remuneración, que se pagará en los primeros quince días del mes de julio de cada año". El pago será proporcional, cuando el empleado no haya laborado el año completo, en razón de una doceava parte por cada mes completo de labor.

5. Sobre el reconocimiento y pago de la bonificación por servicios prestados y la prima de servicios, a los empleados públicos de FOCINE, la Sala reitera su criterio expuesto en el concepto de 8 de noviembre de 1984, con ponencia del doctor Humberto Mora Osejo, en cuanto en el Decreto-ley 1042 de 1978 no existe norma que disponga que las prestaciones mencionadas deban reconocerse a los empleados públicos de la entidad citada, "pero la Sala considera que se trata de una omisión que se remedia reconociendo a esos empleados las mismas prestaciones sociales que la ley prescribe para los de la administración nacional, como lo hace el Decreto-ley 3135 de 1968, conforme el principio según el cual 'donde hay una misma razón debe haber una misma disposición', que en el régimen jurídico colombiano se hace efectivo, específicamente, con base en el principio de la analogía, prescrita por el artículo 8º de la Ley 153 de 1887. Por consiguiente, el acto del Consejo Directivo de Prosocial —que es una empresa industrial y comercial del Estado— por el cual, según el enunciado de la consulta que se absuelve, 'se creó la prima de vacaciones para los empleados de la entidad, en las mismas condiciones de la estipulada (sic) en el Decreto 230 de 1975', que tiene por fundamento la expuesta interpretación, que implica como lógica consecuencia, la posibilidad de aplicar a los empleados de las empresas comerciales e industriales del Estado, entre otros, el artículo 24 del Decreto-ley 1045 de 1978" (Concepto citado).

De tal manera que de conformidad con el criterio expuesto, la bonificación por servicios prestados y la prima por servicios a que se refieren los artículos 45 y 58, respectivamente, del Decreto-ley 1042 de 1978, deben ser reconocidas y pagadas a los empleados públicos de la Compañía de Fomento Cinematográfico —FOCINE—.

En los anteriores términos, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado *absuelve*, la consulta planteada por el señor Ministro de Comunicaciones, doctor Pedro Martín Leyes Hernández.

Transcríbase en copia auténtica.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

COMISIONES CONSTITUCIONALES.— COMISIONES LEGALES. Períodos. EMPLEADOS DEL CONGRESO. Períodos.

Los Secretarios Generales de las Comisiones Constitucionales Permanentes y de las Comisiones Legales, que son empleados de elección tienen un período igual al que rige para las mismas de conformidad con lo establecido en el artículo 3º de la Ley 81 de 1968.

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

Consejero ponente: *Doctor Javier Henao Hidrón.*

Referencia: Consulta sobre el período de los Secretarios Generales de las Comisiones Constitucionales y Legales. Radicación número 225.

El señor Ministro de Gobierno, doctor César Gaviria Trujillo, quien dice actuar a solicitud de la Mesa Directiva de la Cámara de Representantes, luego de hacer algunas observaciones de carácter general formula a la Sala la siguiente consulta:

¿Cuál es el período de los Secretarios Generales de las Comisiones Constitucionales y Legales elegidos al iniciar el período constitucional 1986-1990?

Se considera:

La revisión de la Constitución Política efectuada en el año de 1945 estableció, en cada una de las Cámaras Legislativas, Comisiones Permanentes encargadas de manera primordial de tramitar en primer debate los proyectos de ley. Dicha reforma, que corresponde al Acto legislativo número 1 del año mencionado, agregó el siguiente inciso:

> Cada Comisión tendrá el número de miembros que determine la ley. La elección corresponde hacerla a las Cámaras para períodos no menores de un año.

La primera ley reglamentaria de la disposición constitucional aludida, fue la Ley 7ª de 1945, "por la cual se dictan normas sobre el régimen interno de las Cámaras". En ella se distinguen tres clases de Comisiones, a saber:

a) Constitucionales Permanentes;

b) Legales Reglamentarias;

c) Accidentales.

Respecto de las Comisiones Permanentes, la Ley 7ª dispuso el funcionamiento de cinco (5) que serían elegidas por el sistema del cuociente electoral previa inscripción de listas, por la respectiva Cámara, para un período de cuatro años en el Senado y dos en la Cámara de Representantes. Y textualmente, en su artículo 6º:

> Cada Comisión elegirá por mayoría absoluta de los individuos que la forman un Presidente, un Vicepresidente y un Secretario. Dichos funcionarios durarán en ejercicio de su cargo por el término de un año y podrán ser reelegidos indefinidamente y removidos por los votos de la mayoría absoluta de los miembros de ella, en caso de mal desempeño de sus funciones.

En cuanto a las Comisiones legales reglamentarias, la misma ley señaló que las que corresponde elegir a la respectiva Cámara son:

a) La de la Mesa, compuesta por el Presidente y los Vicepresidentes primero y segundo del Senado y de la Cámara, y que tendrá como Secretario al de la respectiva corporación. La primera Vicepresidencia corresponderá siempre al partido político de minoría más numeroso de cada Cámara;

b) La de Justicia Interior;

c) La de Credenciales;

d) La de Acusación en la Cámara de Representantes;

e) La Comisión Especial de Justicia del Senado.

Y en lo relativo a las Comisiones accidentales, la Ley 7ª dispuso que su designación corresponde al Presidente de cada Cámara, y agregó que eran las siguientes:

a) Las comisiones que se nombran para llevar mensajes orales de una a otra Cámara o al Gobierno;

b) Las que nombran para las votaciones de escrutinio.

Con motivo de la creación por la Ley 65 de 1967 de la Comisión VIII Constitucional Permanente de las Cámaras Legislativas, la Ley 81 de 1968 estableció en su artículo 3º el siguiente precepto:

> Todo el personal de empleados de la Comisión VIII de las Cámaras Legislativas, como el de las demás Comisiones Constitucionales Permanentes, será elegido por ésta, y su período será igual al que rige para las mismas.

Norma similar a la anterior contiene el artículo 3º de la Ley 52 de 1978, que es del siguiente tenor:

> Los empleados del Congreso permanecerán en sus cargos durante el período constitucional de la Cámara en que hubieren sido nombrados, pero podrán ser removidos en cualquier tiempo por justa causa o mala conducta comprobada.

Por su parte, la reforma constitucional promovida por el Presidente Lleras Restrepo (Acto legislativo número 1 de 1968), respecto de las Comisiones Permanentes dispuso lo siguiente en su artículo 9º, que corresponde al 72 de la codificación constitucional vigente:

> Cada Cámara elegirá, para períodos no menores de dos años, Comisiones Permanentes que tramitarán el primer debate de los proyectos de ley.
>
> Salvo lo especialmente previsto en la Constitución, la ley determinará el número de Comisiones Permanentes y el de sus miembros, lo mismo que las materias de que cada una deberá ocuparse.

De igual modo, el Acto legislativo número 1 de 1968 (art. 14, correspondiente al 80 de la codificación constitucional) creó una Comisión Especialmente Permanente encargada de dar primer debate a los proyectos de ley referentes al Plan de Desarrollo Económico y Social, así como de vigilar la ejecución de éste y la evolución del gasto público.

Como consecuencia de las nuevas prescripciones constitucionales sobre Comisiones Permanentes, la Ley 17 de 1970 contiene normas sobre la Comisión Especial Permanente, a la que denomina Comisión del Plan de Desarrollo Económico y Social; el funcionamiento de las ocho Comisiones Constitucionales Permanentes de las Cámaras, encargadas de dar primer debate a los proyectos de ley referentes a los asuntos de su competencia; la Comisión de la Mesa, constituida en cada Cámara por un Presidente y un Primero y Segundo Vicepresidentes, y cuyo Secretario será el de la respectiva Cámara; las Comisiones de Credenciales y de Justicia; las Comisiones accidentales; la integración de las Comisiones Permanentes por el sistema del cuociente electoral, previa inscripción de listas; y las sesiones de las Comisiones.

La citada Ley 17 asigna a la Comisión de la Mesa el nombramiento y remoción de los empleados para el servicio de la Cámara respectiva que la ley haya creado y cuya designación no corresponde a dicha Cámara en pleno, o a las Comisiones (art. 8º, numeral 6º). Y en lo atinente a las Mesas Directivas, dispone:

> La Comisión del Plan y las Comisiones Constitucionales Permanentes, incluyendo la Instructora del Senado y de Acusación de la Cámara, elegirán un Presidente, un Vicepresidente y un Secretario, todos reelegibles (*ibídem*, art. 21).

En este orden de ideas, se llega a la expedición de la Ley 28 de 1983, la cual clasifica a los empleados de la Rama Legislativa del Poder Público, del modo siguiente:

1. *Los de elección.* Secretarios Generales, los Subsecretarios Generales, los Secretarios Auxiliares de las Corporaciones y los Secretarios Generales de las Comisiones Constitucionales y Legales.

2. *Los de nombramiento por resolución de las Mesas Directivas.* Tendrán un período igual al de los Congresistas, excepto los siguientes empleados que de acuerdo con la planta de personal, están vinculados directamente a las Presidencias y Vicepresidencias de las Corporaciones y los cuales son de libre nombramiento y remoción de las respectivas Mesas:

Presidencia.

a) El Secretario Privado;

b) Los Profesionales Asistentes;

c) Una Secretaria Ejecutiva;

d) Un Chofer.

Vicepresidencias 1ª y 2ª.

a) El Secretario Privado;

b) El Profesional Asistente;

c) Una Secretaria Ejecutiva.

3. *Los asistentes de los parlamentarios.* No tienen período fijo y pueden ser nombrados y removidos por resolución de la Mesa Directiva en cualquier momento a petición del respectivo parlamentario que lo recomienda.

Por lo demás, la Constitución Política señala en los dos primeros numerales del artículo 103, que son facultades de cada Cámara:

1ª Elegir al Presidente y los Vicepresidentes para períodos de un año a partir de 20 de julio.

2ª Elegir a su Secretario General para períodos de dos años a partir de 20 de julio, quien deberá reunir las mismas calidades señaladas para ser elegido Senador o Representante, según el caso, o haber ocupado en propiedad el mismo cargo (Acto legislativo número 1 de 1968, art. 30).

Del proceso constitucional y legislativo que se deja explicado, la Sala deduce las siguientes conclusiones en relación con el período de los dignatarios y empleados de la Rama Legislativa del Poder Público:

a) Es anual el período de las Mesas Directivas de las Cámaras, es decir del Presidente y los Vicepresidentes primero y segundo, y se cuenta a partir de 20 de julio, fecha de instalación del Congreso;

b) Es bienal el período del Secretario General de cada Cámara y se cuenta, como en el caso anterior, a partir de 20 de julio;

c) Tienen un período igual al de los congresistas, los empleados que son nombrados por resolución de las Mesas Directivas. Se exceptúan los asistentes de los parlamentarios y los empleados vinculados directamente a las Presidencias y Vicepresidencias de las Cámaras (Secretario Privado, Profesionales Asistentes, Secretaria Ejecutiva, chofer), los cuales son de libre nombramiento y remoción al tenor de lo dispuesto en el artículo 3º de la Ley 28 de 1983;

d) Los Secretarios Generales de las Comisiones Constitucionales Permanentes y de las Comisiones Legales, que son empleados de elección tienen un período igual al que rige para las mismas de conformidad con lo establecido en el artículo 3º de la Ley 81 de 1968.

Respecto de las Comisiones Permanentes conviene señalar que, de conformidad con el artículo 72 de la Constitución, cada Cámara las

elegirá para *períodos no menores de dos años*. Por tanto, y teniendo en consideración que el período constitucional de los miembros del Congreso es de cuatro años, dichas Comisiones pueden ser elegidas para periódos de dos o cuatro años. En esta forma, el período de los Secretarios Generales de las mismas, coincidirá con aquel para el cual fueron elegidos los integrantes de las Comisiones.

Transcríbase al señor Ministro de Gobierno, por conducto de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República (art. 112 del Código Contencioso Administrativo).

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

INRAVISION.— ASOCIACION DE FACULTADES DE COMUNICACION SOCIAL. Designación de representante.

Producida la elección de representante principal y suplente, de los Decanos de las Facultades de Comunicación Social para un período de 4 años, esto es irrevocable.

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

Consejero ponente: *Doctor Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia: Consulta. Radicación número 236. Composición del Consejo Nacional de Televisión.

El doctor Pedro Martín Leyes Hernández, Ministro de Comunicaciones, formula a la Sala la siguiente consulta, previas las textuales consideraciones:

De acuerdo con la Ley 42 de 1985, uno de los organismos directivos de INRAVISION es el Consejo Nacional de Televisión.

El artículo 9º *ibídem* determina la forma como está integrado el Consejo Nacional, estableciendo que uno de sus miembros será "...g) un representante designado por los Decanos de las Facultades de Comunicación Social que se encuentren aprobados por el ICFES en el momento de la elección o su suplente".

El Decreto 92 de 10 de enero de 1986 reglamentó la anterior disposición y dispuso en su artículo 3º que "los representantes principales y suplentes de las Facultades de Comunicación Social que se encuentren aprobadas por el ICFES al momento de la elección, serán elegidos por la Junta o Consejo Directivo de la Asociación Colombiana de Facultades de Comunicación Social —AFACOM—, por el término de cuatro (4) años".

La Asociación de Facultades, AFACOM designó en febrero de 1986 al doctor Carlos H. Gómez como su representante ante el Consejo Nacional de Televisión. Posteriormente, en reunión de 5 de septiembre de 1988 designó como su representante al Padre Joaquín Sánchez, S.J. y comunicó tal decisión al Consejo Nacional de Televisión.

Se consulta: La designación del representante de los Decanos de las Facultades de Comunicación Social que realiza AFACOM, es irre-

vocable por el período de cuatro (4) años y en consecuencia la persona inicialmente designada será el representante ante el Consejo de Televisión por este período o tiene AFACOM la facultad de modificar el nombre de la persona que desea que la represente ante el Consejo Nacional de Televisión?

La Sala considera y responde:

1. La Ley 42 de 1985 transformó el Instituto Nacional de Radio y Televisión —INRAVISION— en una entidad asociativa de segundo grado, del orden nacional, sujeto a la tutela del Ministerio de Comunicaciones, y que tiene como función principal la prestación de los servicios públicos de televisión y radiodifusión oficial (arts. 1º y 2º, Ley citada).

2. La dirección y administración del Instituto Nacional de Radio y Televisión está a cargo del Consejo Nacional de Televisión, de la Junta Administradora y del Director (arts. 8º y 16, Ley 42 de 1985).

3. El Consejo Nacional de Televisión es "el máximo organismo rector de la televisión en el país" y está integrado, entre otros miembros, por "un representante designado por los Decanos de las Facultades de Comunicación Social que se encuentren aprobadas por el ICFES en el momento de la elección o su suplente" (art. 9º, Ley 42 de 1985) y, según el artículo 11 *ibídem,* su período será de cuatro (4) años.

4. El artículo 3º del Decreto 92 de 1986, prescribe que: "Los representantes principal y suplente de los Decanos de las Facultades de Comunicación Social que se encuentren aprobadas por el ICFES, al momento de la elección, serán elegidos por la Junta o Consejo Directivo de la Asociación Colombiana de Facultades de Comunicación Social —AFACOM—, por el término de cuatro (4) años.

5. El artículo 7º del Decreto citado, dispone que "en caso de muerte, renuncia o incapacidad permanente de un miembro principal del Consejo Nacional de Televisión, lo reemplazará el *suplente hasta cuando se llene la vacante.* Cuando la vacancia sea del principal y del suplente simultáneamente, el Consejo Nacional de Televisión, por mayoría de sus miembros, elegirá reemplazos hasta cuando se realice la elección en propiedad, conforme a lo dispuesto por la Ley 42 de 1985, en su artículo 9º, y por el presente Decreto" (subrayado de la Sala). Además, según lo dispuesto en el parágrafo del artículo 9º, de la Ley 42 de 1985, los suplentes "solamente asistirán al Consejo para *suplir faltas temporales o absolutas* del respectivo principal" (subrayado de la Sala).

6. De lo anterior se deduce que: Los representantes, principal y suplente, de los Decanos de las Facultades de Comunicación Social ante el Consejo Nacional de Televisión, serán elegidos por la Asociación Colombiana de Facultades de Comunicación Social —AFACOM— para un período de cuatro (4) años, término dentro del cual ejercerá

sus funciones el representante principal y, *sólo* cuando se produzcan faltas temporales o absolutas de éste, puede reemplazarlo el suplente.

Si se ha presentado vacancia de los representantes principal y suplente, el Consejo Nacional de Televisión elegirá sus reemplazos hasta cuando AFACOM realice la elección en propiedad.

Así las cosas, una vez producida la decisión de AFACOM sobre la elección de representantes, principal y suplente, de los Decanos de las Facultades de Comunicación para actuar en el Consejo Nacional de Televisión, se entiende que su período es de cuatro años, es irrevocable, y de consiguiente antes de vencerse ese término no puede efectuarse nueva elección, salvo que se presenten vacantes absolutas o definitivas.

En los anteriores términos, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado *absuelve* la consulta formulada por el señor Ministro de Comunicaciones.

Transcríbase en copia auténtica.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

CONTRATO DE ADMINISTRACION DELEGADA.— POLIZA DE SEGURO. Pago.

Cuando la Administración celebra un contrato con un particular para la construcción de una obra, por la modalidad de Administración delegada, no debe otorgar pólizas de ninguna naturaleza, por cuanto la figura de la garantía está establecida en el artículo 67 del Decreto 222 de 1983 para el contratista y porque no tiene sentido lógico que la entidad pública garantice para sí misma el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

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

Consejero ponente: *Doctor Javier Henao Hidrón.*

Referencia: Consulta sobre el pago de las pólizas de seguros en los contratos de Administración delegada. Radicación número 229.

El señor Ministro de Justicia, doctor Guillermo Plazas Alcid, formula a la Sala la consulta que está concebida en los términos siguientes:

I. De conformidad con el Decreto referido (3154 de 1980) y el Decreto 222 de 1983 se aprecia por un lado:

A) Que en los contratos por Administración delegada se reconocerán los gastos de obra (directos e indirectos) incluyéndose las pólizas, por cuenta de la entidad contratante, según el artículo 35 del mismo Decreto 3154 de 1980;

B) Que el Decreto 222 de 1983 establece como uno de los procedimientos contractuales de la Administración, la constitución de pólizas a cargo del contratista según el artículo 67 del Estatuto.

II. Por otro lado:

A) El artículo 301 del Decreto 222 de 1983 establece la vigencia del mismo Estatuto Contractual y deroga disposiciones de carácter general o particular sobre esta materia que le sean contrarias, derogación que la hace expresa y tácitamente;

B) Que el Decreto 3154 de 1980 es un Decreto reglamentario de conformidad con el artículo 120, ordinal 3º de la Constitución Nacional y desarrolla lo previsto en el artículo 71 del Decreto 150 de 1976 antiguo estatuto de contratación administrativa y se aplica de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 12 de la Ley 153 de 1887;

C) Que el Decreto 222 de 1983 es un Decreto con fuerza de ley de conformidad con el artículo 76, ordinal 12 de la Constitución Nacional y por lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 153 de 1887;

D) Que según lo establecido en los artículos 71 y 72 del Código Civil sobre derogación de las leyes y dando aplicación a lo dispuesto en la Ley 153 de 1987 (sic) en sus artículos 1º, 2º, 3º y 5º la ley posterior prevalece sobre lo anterior implicando así que lo establecido como obligación para el contratista por el artículo 67 del Decreto 222 de 1983 derogó tácitamente la disposición contraria establecida en Decreto 3154 de 1980 en su artículo 35.

III. Respecto de la Administración se viene haciendo reconocimiento del pago de pólizas que constituye el contratista esto es de todas las enumeradas en el artículo 67 del Decreto 222 de 1983, a través del reembolso de gastos. Igualmente, se ha hecho consulta a la Sociedad Colombiana de Arquitectos como cuerpo consultivo técnico del Gobierno y al respecto, se pronunció a favor del contratista, pues considera que la obligatoriedad es de la entidad para el pago de pólizas.

En atención a lo expuesto anteriormente, se consulta a la honorable Sala:

A) Queda ciertamente derogado tácitamente lo dispuesto en el artículo 35 referente al pago de pólizas por parte de la entidad contratante, por lo dispuesto posteriormente en el artículo 67 del Decreto 222 de 1983?

B) En caso contrario, debe la entidad reconocerle el pago al contratista de la constitución de pólizas enunciadas en el artículo 67 inclusive la de cumplimiento y anticipo?

C) Al delegar la entidad en un particular la ejecución de una obra pública por el sistema de Administración delegada (de conformidad con lo dispuesto en el artículo 90/100 del Decreto 222 de 1983) está obligada a constituirse a sí misma pólizas de estabilidad y de salarios, dada la naturaleza del mismo contrato? (salvo los subcontratos que el contratista efectúe?).

Se considera:

1. El Decreto-ley 222 de 1983, que contiene el estatuto contractual de la Nación y sus entidades descentralizadas, expresamente dispuso en su artículo 301, respecto del alcance del referido estatuto que "deroga las disposiciones de carácter general o particular vigentes sobre la materia que le sean contrarias, en especial el Decreto extraordinario 150 de 1976, el artículo 5º del Decreto extraordinario 925 de 1976, el Decreto extraordinario 3658 de 1982; modifica en lo pertinente el artículo 2º del Decreto extraordinario 925 de 1976 y subroga el Decreto extraordinario 3550 de 1982".

2. Ciertamente el Decreto-ley 222 de 1983 derogó el anterior estatuto contractual de la Nación y sus entidades descentralizadas contenido en el Decreto-ley 150 de 1976, pero de éste reprodujo, entre otras disposiciones, la del artículo 71 relacionado con las *tarifas de*

honorarios que se fijarán, con aprobación previa del Gobierno nacional, por las asociaciones profesionales que tengan el carácter de cuerpo consultivo del Gobierno.

En efecto, el artículo 39 del Decreto-ley 222 de 1983 dispuso sobre dicha materia lo siguiente:

> Los honorarios se fijarán de acuerdo con las tarifas que, con aprobación del Gobierno nacional, establezcan las asociaciones profesionales que tengan el carácter de cuerpo consultivo del Gobierno y, en su defecto, las partes acordarán una suma global fija, un porcentaje sobre el costo final de la obra o del estudio o cualquier otro sistema técnico que sobre bases ciertas permita determinar su valor.

3. El Decreto 3154 de 1980, por el cual se aprueban las tarifas establecidas para estudio y construcción de edificios, presentadas por la Sociedad Colombiana de Arquitectos, en su carácter de cuerpo consultivo del Gobierno, de conformidad con el artículo 26 de la Ley 64 de 1978, fue dictado con fundamento en las atribuciones que para fijar honorarios había dado el artículo 71 del Decreto 150 de 1976.

Por consiguiente, el Decreto 3154 de 1980 no tiene, como se afirma en la consulta (numeral II, literal B) el carácter de Decreto reglamentario de conformidad con el artículo 120, numeral 3º de la Constitución, porque si así fuese, evidentemente habría perdido vigencia y fuerza jurídica al ser derogado el Decreto 150 de 1976. Es forzoso concluir que al desaparecer la norma principal, igualmente desaparece la reglamentaria.

La Sociedad Colombiana de Arquitectos, cuyo carácter de "Cuerpo Consultivo del Gobierno para las cuestiones relacionadas con la Arquitectura" reitera el artículo 26 de la Ley 64 de 1978, que es la norma jurídica reglamentaria del ejercicio de la Ingeniería, la Arquitectura y profesiones auxiliares, no hizo sino proceder a utilizar las facultades que para la fijación de tarifas de honorarios le había otorgado el artículo 71 del Decreto 150 de 1976 y, el Gobierno, a aprobarlas en virtud del Decreto 3154 de 1980.

La última disposición mencionada es aprobatoria de las tarifas determinadas por la Sociedad Colombiana de Arquitectos en uso de la facultad conferida por el artículo 71 del Decreto 150 de 1976 a las asociaciones de profesionales que tienen el carácter de cuerpo consultivo del Gobierno.

Por todo ello, el Decreto ejecutivo 3154 de 1980 conserva su vigencia, aún en el supuesto de que la atribución con fundamento en la cual fueron establecidas las tarifas de honorarios por la Sociedad Colombiana de Arquitectos, no hubiera sido reproducida por el artículo 39 del Decreto 222 de 1983. Vigencia que se entiende hasta cuando sean fijadas nuevas tarifas, con fundamento esta vez en el referido artículo 39 del Estatuto Contractual; y mientras, de otro lado, el Decreto no resulte en contradicción con lo dispuesto en ley posterior o en norma con fuerza de ley.

4. Respecto de la *construcción por administración delegada,* el artículo 35 del Decreto 3154 de 1980 se expresa en los siguientes términos:

> En este caso, el arquitecto obra como representante o delegado de la entidad contratante y todos los gastos de la obra (directos o indirectos) se hacen por cuenta y riesgo de este último; así, el arquitecto deberá pagar a nombre y por cuenta de la entidad contratante todos los materiales y elementos necesarios para la construcción, *las pólizas de seguros,* los sueldos, los salarios y prestaciones sociales de todo el personal que se requiera específicamente para el desarrollo material de la obra, ya sea que preste servicios permanentes o transitorios en la misma (...) En este tipo de contrato todas las *pólizas de seguros o garantías exigidas* por la entidad contratante al arquitecto serán pagadas por el primero (...) La entidad contratante deberá proveer al arquitecto de un fondo rotatorio para construcción, convenido de común acuerdo, el cual servirá para efectuar exclusivamente los pagos de que trata este artículo (Subraya la Sala).

Surgía con toda claridad, entonces, que era la entidad contratante en el contrato de administración delegada, la encargada de asumir el pago de las pólizas de seguros como consecuencia de las garantías exigidas al contratista.

5. En 1983, al entrar en vigencia un nuevo Estatuto Contractual mediante la expedición del Decreto 222, dictado por el Gobierno en uso de las facultades extraordinarias que le otorgaba la Ley 19 de 1982, se dispuso la obligación de garantizar los contratos administrativos y de derecho privado de la Administración, en la forma siguiente:

En todo contrato se pactará expresamente la obligación del contratista de garantizar:

a) El cumplimiento del contrato;

b) El manejo y buena inversión del anticipo que le fuere entregado, caso en el cual la garantía debe constituirse previamente a su entrega;

c) La estabilidad de la obra o la calidad del servicio;

d) El pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones del personal que haya de utilizar para la ejecución del contrato;

e) El correcto funcionamiento de los equipos que deba suministrar o instalar.

La norma transcrita, que corresponde al artículo 67 del Decreto 222 de 1983, solamente exceptúa los siguientes casos:

> La cláusula sobre garantía no será obligatoria en los contratos de empréstito, en los de arrendamiento cuando la entidad pública fuere arrendataria y en los interadministrativos.

De lo expuesto se deduce que la cláusula de garantía es obligatoria en los contratos de administración delegada. Y que la misma surge en relación con el contratista.

Sin embargo, acerca del tema planteado, el consultante expresa:

> Respecto de la Administración se viene haciendo reconocimiento del pago de pólizas que constituye el contratista esto es de todas las enumeradas en el artículo 67 del Decreto 222 de 1983, a través del reembolso de gastos.

6. Conviene por último hacer un análisis de la naturaleza y características del contrato de obra pública por Administración delegada, a que se refiere el Decreto 222 de 1983 en sus artículos 90 a 100.

Por definición legal el contrato de Administración delegada es aquel en que el contratista, por cuenta y riesgo del contratante, se encarga de la ejecución del objeto del convenio.

El tratadista Sayagués Laso considera la Administración delegada como una modalidad del precio en el contrato de obra pública. En esta clase de contrato las formas utilizadas son: a) *Precio global* o sea cuando el contratista asume la obligación de realizar la obra por una cantidad única; b) *Precios unitarios*, es decir, pactándose el precio de cada categoría de obras sin establecer las cantidades, las que resultan del trabajo efectivamente realizado; c) *Precio global y precios unitarios*, combinación de los dos procedimientos mencionados anteriormente; d) *Administración delegada*, sistema por el cual la Administración paga el costo real de la obra, más determinado porcentaje como retribución del contratista[1].

Según lo expresado, los dos elementos del precio en el contrato de Administración delegada son: El costo de las obras y los honorarios del contratista. Ambos factores, que son asumidos por la entidad contratante, constituyen el valor del contrato. Así se expresó esta Sala en otra oportunidad:

> El total de las obligaciones que en cuanto al valor adquiere la Administración es la suma de los factores honorarios y costos de las obras. Lo único que varía en el contrato de Administración delegada es la forma de pago al contratista (...) Este monto es el que desembolsa y paga la Administración y por ello en el contrato habrá de especificarse en forma clara el valor del mismo, integrado por los honorarios del contratista y el costo de las obras[2].

En el contrato de Administración delegada el costo de las pólizas de seguros, tendientes a garantizar las obligaciones del contratista, no forma parte integrante del valor del contrato; y este valor, como queda dicho, representa el total de las obligaciones de la entidad pública. Ello por cuanto de manera expresa el Decreto 222 de 1983, dispuso en su artículo 67 que en todo contrato es obligatorio pactar *la obligación del contratista* de garantizar: El cumplimiento del contrato, el manejo y buena inversión del anticipo que le fuere entregado (con la advertencia de que la garantía debe constituirse previamente a su entrega), la estabilidad de la obra o la calidad del servicio, el correcto funcionamiento de los equipos que deba instalar, el pago de salarios y prestaciones, etc.

Por otra parte, el mismo Decreto establece que el administrador delegado toma bajo su responsabilidad la dirección técnica de la obra;

que maneja también bajo su propia responsabilidad los fondos que la entidad contratante le suministra para el cumplimiento de sus funciones y obligaciones; que serán de cuenta del administrador delegado los daños que cause a terceros en desarrollo del contrato, así como los que ocasione el incumplimiento del contrato; y que tendrá la obligación de pagar con los fondos del contrato el valor de los salarios y prestaciones a que hubiere lugar.

Toda esa gama de obligaciones contractuales que están a cargo del contratista, deben ser garantizados por él, con su propio peculio, sin que posteriormente la Administración esté obligada al reembolso de los gastos efectuados por dicho concepto.

Se responde:

Al interrogante distinguido con el literal A). Ciertamente quedó derogado tácitamente el precepto contenido en el artículo 35 del Decreto 3154 de 1980, en lo referente al pago de pólizas de seguros por parte de la entidad contratante en las construcciones por Administración delegada, a causa de lo dispuesto con posterioridad en el artículo 67 del Decreto-ley 222 de 1983, en el sentido de que en todo contrato debe asumir el contratista la obligación de garantizar el cumplimiento del mismo.

Al interrogante distinguido con el literal B). Al ser la garantía del contrato una obligación directa del contratista, éste carece de derecho para exigirle a la entidad contratante su pago o el reembolso de los gastos correspondiente a la constitución de pólizas. La Administración no es sujeto pasivo para efectos del reconocimiento del pago de pólizas a cargo del contratista.

Al interrogante distinguido con el literal C). Cuando la Administración celebra un contrato con un particular para la construcción de una obra, por la modalidad de Administración delegada, no debe otorgar pólizas de ninguna naturaleza, por cuanto la figura de la garantía está establecida en el artículo 67 del Decreto 222 de 1983 para el contratista y porque no tiene sentido lógico que la entidad pública garantice para sí misma el cumplimiento de sus obligaciones contractuales. En cuanto a los subcontratos, es obvio que el contratista es el único responsable de los que celebre.

Transcríbase al señor Ministro de Justicia por conducto de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República (art. 112 del Código Contencioso Administrativo).

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

1. SAYAGUES LASO, Enrique, "Tratado de Derecho Administrativo", 3ª edición, Montevideo, 1974, páginas 108 y 109.

2. Consulta de fecha 16 de febrero de 1984. Consejero ponente: Doctor Oswaldo Abello Noguera.

BILLETE DE LOTERIA.— Concepto.

El billete de lotería es un título o documento que asegura o acredita que la persona que lo posee puede participar en un sorteo y reclamar el premio si resultó favorecido. El Decreto 2067 de 1940 que unificó el estatuto de las loterías oficiales, se halla vigente, salvo normas posteriores especiales.

La emisión de billetes con serie contínua no excederá de 10.000 y corresponde a la Junta de Loterías o Juntas de Beneficencia su fraccionamiento.

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

Consejero ponente: *Doctor Jaime Paredes Tamayo.*

Radicación: Número 227.

Referencia: Consulta del Departamento Administrativo de Intendencias y Comisarías sobre "sorteos de loterías —vigencia del Decreto 2067 de 1940—".

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

"Con el objeto de fundamentar la consulta que por su conducto formulo adelante a esa honorable Corporación, expongo a continuación algunas consideraciones:

"1º La Ley 64 de 1923 autorizó el funcionamiento de las loterías departamentales y su Decreto reglamentario 2067 de 1940 limitó los sorteos a uno semanal de carácter ordinario y uno extraordinario anual, mediante emisión de billetes en serie continua, los cuales no excederían de 10.000 en cada sorteo.

"2º Por la Ley 4ª de 1963 se facultó a las Intendencias y Comisarías para establecer individual o conjuntamente, con arreglo a las normas legales y reglamentarias, loterías de un solo sorteo anual, ampliado a 2 sorteos por la Ley 22 de 1985; y el Decreto 766 de 1964 dispuso que las Loterías de los Territorios Nacionales para tal fin podrán acumular el número de billetes en serie continua que legalmente corresponda a cada una de ellas.

"3º El Decreto 537 de 1974 sobre rifas definió el billete fraccionado como el título o documento que acredita la participación en la rifa que para facilidad de su colocación o venta entre el público se divida

en un número determinado de fragmentos cada uno de los cuales da derecho a su tenedor en caso de salir favorecido en el sorteo a reclamar parte alícuota del premio prometido.

"4º La indefinición sobre 'billete de lotería' ha permitido que algunos consideren posible convertir los billetes en 'tiras' con fracciones, de acuerdo a la siguiente operación:

"10.000 billetes de 70 fracciones cada uno equivalen a 700.000 tiras de 7 fracciones cada una, o sea $10.000 \times 70 = 100.000 \times 7$.

"Por consiguiente, creen que pueden lanzar con el nombre de 'tiras' cien mil billetes en cada sorteo, asignando valor nominal tanto a la tira como a la fracción, con la siguiente fórmula: La emisión será de 10.000 billetes de 70 fracciones cada uno, divididos en 100.000 tiras de 14 fracciones cada una.

"Con fundamento en las anteriores consideraciones, consulto respetuosamente al honorable Consejo de Estado:

"Primero: Qué han entendido las leyes citadas por billete de lotería?

"Segundo: El Decreto 2067 de 1940 está vigente y es aplicable a toda clase de sorteos?

"Tercero: Pueden las loterías emitir tiras fraccionadas que excedan el número equivalente de 10.000 billetes en cada sorteo, cómo se explica en el punto cuarto de las anteriores consideraciones?".

Se considera:

1º La Ley 64 de 1923 reguló en forma general lo relativo a las loterías, dispuso que éstas serían de carácter departamental y, además, señaló que la destinación de su producto sería para la asistencia pública. También facultó a los departamentos para reglamentar las loterías en su territorio.

2º El Decreto reglamentario 2067 de 1940 en su artículo 2º, determinó que: "Las loterías establecidas o las que en el futuro se establezcan, no podrán efectuar más de un solo sorteo semanal, por medio de billetes en serie continua, los cuales no excederán de 10.000 en cada sorteo".

3º El artículo 8º de la Ley 4ª de 1963, facultó a las Intendencias y Comisarías para establecer loterías de un solo sorteo anual, con premios en dinero y destinar el producto a la asistencia pública en esos territorios, todo con arreglo a las normas legales y reglamentarias, además, determinó que el Gobierno nacional decidiría sobre la conveniencia de que las loterías funcionaran individual o conjuntamente.

4º El Decreto 766 de 1964 creó loterías para cada una de las Intendencias y Comisarías, con un solo sorteo anual (art. 1º), determinó que dichas loterías funcionarán conjuntamente bajo el nombre

de "Loterías de los Territorios Nacionales" motivo por el que podrán acumular el "número de billetes en serie continua que legalmente corresponden a cada una de ellas" (parágrafo, art. 1º).

También dispuso que esta lotería funcionará con arreglo a las normas legales y reglamentarias sobre la materia (art. 2º).

5º La Lotería de los Territorios Nacionales estará dirigida por una Junta integrada por funcionarios de los Ministerios de Gobierno y de Salud Pública y del Departamento Administrativo de Intendencias y Comisarías (art. 3º, Decreto 766 de 1964).

Las funciones de la mencionada Junta están determinadas en el artículo 5º del citado Decreto, entre las cuales se encuentran:

"a) Expedir con sujeción a las normas legales y reglamentarias, los Estatutos de la Lotería;

"c) *Adoptar los planes para los sorteos,* clases de premios, forma de pago de los mismos y fijar el valor de venta de los billetes y las comisiones y descuentos para los agentes y distribuidores" (Subraya la Sala).

6º La Ley 22 de 1985 dispuso que la Lotería de los Territorios Nacionales realizará dos sorteos anuales, con premios en dinero, destinando el producto a los servicios de asistencia pública de las Intendencias y Comisarías, modificando, por lo mismo, en este aspecto, a la Ley 4ª de 1963 y al Decreto 766 de 1964.

En la historia de la ley mencionada, se encuentra que en el proyecto de la misma se había incluido una norma que permitía a la Lotería de los Territorios Nacionales efectuar sorteos semanales, tal como lo hacen las demás loterías departamentales, sin embargo, en los debates que se le dio al proyecto en la Cámara y en el Senado se le suprimió esta disposición y se dejaron únicamente los dos sorteos anuales.

En la ponencia para primer debate en el Senado se explicó que no era necesario efectuar sorteos semanales porque: "Cabe precisar que las loterías departamentales emiten cada una de ellas, semanalmente, 10.000 billetes y la Lotería de los Territorios Nacionales, actualmente sólo tiene autorización para emitir en el año, mediante un sorteo extraordinario, 90.000 billetes, esto es, 10.000 billetes por año por cada una de las Intendencias y Comisarías.

"Con el texto que se incluye en el presente proyecto de ley, la Lotería de los Territorios Nacionales que representa y agrupa a todas las Intendencias y Comisarías podrá emitir otros 90.000 en el año, mediante un segundo sorteo extraordinario, para un total de 180.000 billetes, es decir, 20.000 por cada una de las Intendencias y Comisarías durante el respectivo año".

"Estos 90.000 billetes adicionales que la Lotería de los Territorios Nacionales podrá emitir, aprobada la ley, generarán importantes recursos para los programas de salud y asistencia pública en tan necesitadas regiones".

7º El Decreto 537 de 1974 por el cual se regula lo relativo a las rifas, establece en el parágrafo del artículo 2º que solamente las loterías oficiales organizadas de acuerdo con la ley pueden poner en circulación y vender billetes fraccionados y, que se "entiende por billete fraccionado el título o documento que acredita la participación en rifa, que para facilidad de su colocación o venta entre el público, se divide en un número determinado de fragmentos cada uno de los cuales da derecho a su tenedor, en caso de salir favorecido en el sorteo o los sorteos, a reclamar parte alícuota del premio o premios prometidos..."

8º Las Leyes 93 de 1938 y 12 de 1963, determinan que el Ministerio de Salud ejercerá la inspección y vigilancia sobre las instituciones de utilidad común, tales como las loterías que recaudan fondos con destino a la beneficencia.

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala responde los interrogantes del señor Jefe del Departamento Administrativo de Intendencias y Comisarías, en el mismo orden en que fueron planteados:

1º Según la definición del Decreto 537 de 1974, el billete de lotería es un título o documento que asegura, demuestra o acredita que la persona que lo posee puede participar en un sorteo y, reclamar el premio ofrecido, en caso de salir favorecido. Los billetes de lotería pueden ser fraccionados para facilitar su venta entre el público por lo cual, cada una de las personas ganadoras puede reclamar el premio prometido proporcionalmente, de acuerdo al fraccionamiento del billete y a las fracciones que hubiera adquirido (art. 2º).

2º El Decreto 2067 de 1940 reglamentario de la Ley 64 de 1923, del ordinal 2º del artículo 7º de la Ley 12 de 1932 y de la Ley 133 de 1936, que unificó el estatuto de las loterías oficiales, se encuentra vigente, sin embargo, se han dictado normas posteriores creando nuevas loterías, con características especiales, como por ejemplo la periodicidad de los sorteos; esas loterías, por lo mismo, no se rigen, en ese aspecto, por el Decreto citado. En el caso concreto de la Lotería de los Territorios Nacionales, el Decreto 766 de 1964 y la Ley 22 de 1985, disponen que se deben realizar dos sorteos al año y, la emisión de los billetes debe atender lo dispuesto en el Decreto 2067 de 1940, es decir, 10.000 billetes por cada Intendencia y Comisaría.

En relación con los impuestos se debe aplicar lo dispuesto por el Decreto 2067 de 1940, teniendo en cuenta que, dicha lotería está "libre de impuestos intendenciales o comisariales y municipales dentro de los respectivos territorios" (art. 13, Decreto 766 de 1964).

En conclusión, se tiene que, el Decreto 2067 de 1940, se aplica a los sorteos semanales y extraordinarios de las loterías que no tengan un régimen especial, sin embargo, llena los vacíos de dichas normas en cuanto a emisión de billetes, puestos, porcentaje del valor de los billetes para entregar como premio, etcétera, es decir, en todo lo que la norma especial no regule.

3º El artículo 2º del Decreto 2067 de 1940 dispone que la emisión de billetes en serie continua por sorteo, no excederá de 10.000 y el

parágrafo del artículo 2º del Decreto 537 de 1974 establece que, para facilidad de su colocación, los billetes se fraccionarán, pero no dice en qué proporción o número, por lo tanto, esa atribución la tienen la Junta de Loterías o la Junta de Beneficencia, según sea el caso, cuando proyectan el plan de premios que debe ser aprobado previamente por el Ministerio de Salud, según se vio, como organismo que ejerce la vigilancia y el control de las entidades de utilidad común.

En relación con la pregunta, la Sala considera que, cada billete en serie continua se puede fraccionar en varias unidades determinadas en el plan de premios expedido mediante acuerdo de la Junta Directiva de la Lotería o de la Beneficencia respectiva y que debe ser aprobado por el Ministerio de Salud.

Transcríbase en copia auténtica al Jefe del Departamento Administrativo de Intendencias y Comisarías.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

DANCOOP.— Facultades.

Las facultades de vigilancia y control que ejerce el DANCOOP, se fundan no en circunstancias incidentales, sino en la índole o naturaleza de las entidades, que de conformidad con la ley, son objeto de las mismas.

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

Consejero ponente: *Doctor Humberto Mora Osejo.*

Radicación: Número 234.

Referencia: Consulta del Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas.

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

"A la Corporación de Vivienda de Empleados del Banco Cafetero 'CORBANCA' le fue reconocida Personería Jurídica mediante la Resolución número 534 de febrero 6 de 1969, expedida por el Ministerio de Justicia.

"Posteriormente, dicha Corporación tramitó, ante la Alcaldía Mayor de Bogotá y obtuvo la aprobación de una reforma estatutaria, a partir de la cual su razón social ha sido Corporación Fondo de Empleados del Banco Cafetero 'CORBANCA', y definida como un Fondo de Empleados, de carácter privado, sin ánimo de lucro; constituida como una corporación civil, cuyo objeto es la financiación o suministro de vivienda para los socios; la concesión y otorgamiento de préstamos y, en general, la prestación de los servicios de índole social que busquen el mejoramiento del nivel de vida de sus afiliados.

"Con base en reforma antedicha, 'CORBANCA' solicitó la inclusión en el Registro de este Departamento Administrativo y el ejercicio de la función de Control y Vigilancia, por parte del mismo.

"El DANCOOP ha considerado que la inspección y vigilancia no puede limitarse al registro mecánico y la revisión formal de actos cumplidos por los administradores de los entes jurídicos sujetos de ella; sino que debe encaminarse primordialmente conforme a las normas científicas, técnicas y administrativas establecidas para el efecto y, además se manifiesta mediante la exigencia de requisitos para ser registrados y de reglamentaciones sobre la forma como han de organizarse para garantizar el cumplimiento de sus objetivos.

"En consecuencia, ha sostenido que la función de control y vigilancia, atribuida por la Ley 24 de 1981, que ejerce sobre las entidades que ésta determina, entre otras los Fondos de Empleados, es consecuencia del reconocimiento de personería jurídica y mal podría actuar sobre la base de aquello que no ha aprobado, a pesar de haberse reformado el Estatuto para adoptar la denominación de Fondos de Empleados; de tal forma que, al ser el Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas la entidad estatal delegada, según lo establece el artículo 2º de la ley mencionada para 'reconocer personería jurídica a las sociedades a que se refiere el artículo 1º, respecto de las cuales tendrá además las siguientes funciones...' y enuncia aquellas que ejerce en desarrollo de la inspección y vigilancia, debe ante todo conceder personería y no limitarse a la simple atribución de registro, como mecanismo para otorgar un reconocimiento.

"De lo descrito quiero consultar concretamente:

"El Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas debe asumirse, a petición de parte, las funciones de Registro y de Control y Vigilancia sobre las personas jurídicas cuya personería ha sido otorgada por entidad estatal diferente a éste, bajo las circunstancias expuestas?".

La Sala considera:

1º El Departamento Administrativo de Cooperativas tiene, entre otras finalidades, "ejercer vigilancia y control sobre las sociedades cooperativas, los organismos cooperativos de grado superior, las instituciones auxiliares del cooperativismo, las instituciones de financiamiento, educación, investigación y desarrollo cooperativo, los fondos de empleados y las sociedades mutuarias" (art. 1º de la Ley 24 de 1981).

2º Con fundamento en los indicados objetivos del Departamento Administrativo de Cooperativas, le corresponde, entre otras facultades, "ejercer el control y la vigilancia sobre las entidades que cobija su acción, para que su funcionamiento se ajuste a las disposiciones legales sobre el particular y los intereses de los asociados" y "reconocer personería a las sociedades a que se refiere el artículo 1º", respecto de los cuales está especialmente autorizado para practicarles, de oficio o solicitud de parte, "investigaciones administrativas"; imponerles, si fuere del caso, las sanciones administrativas prescritas por las leyes y los reglamentos; congelar sus fondos y "suspender o clausurar" sus operaciones; "suspender temporalmente o cancelar en forma definitiva su personería jurídica", disponer su "disolución" y "liquidación" conforme a la ley y excluirlas, temporal o definitivamente, del registro de la entidad (art. 2º, ordinales 5º y 12 de la Ley 24 de 1981).

3º La Sala considera que si el Fondo de Empleados del Banco Cafetero, de conformidad con los estatutos y con los artículos 1º y 2º de la Ley 24 de 1981, está sujeta a la vigilancia y control del Departamento Administrativo de Cooperativas, no es óbice para ello que su personería jurídica no haya sido reconocida por esa misma entidad sino por el Alcalde del Distrito Especial de Bogotá. Las facultades de vigilancia y control que ejerce el Departamento Adminitrativo de Cooperativas se fundan, no en circunstancias incidentales, como la

que se menciona en el contexto de la consulta, sino en la índole o naturaleza de las entidades que, de conformidad con la ley, son objeto de las mismas. Además, la competencia, que es el poder de obrar en determinadas materias (arts. 20 y 63 de la Constitución) y, en este caso, de vigilar y controlar sociedades cooperativas, entidades auxiliares del cooperativismo, instituciones de financiación, educación e investigación del cooperativismo, fondos de empleados y sociedades mutuarias, proviene de la ley (arts. 1º y 2º de la Ley 24 de 1981) y, por lo mismo, sólo puede ser modificada, derogada o subrogada por la misma ley.

En consecuencia, la Sala *concluye* que el Departamento Administrativo de Cooperativas debe vigilar y controlar al Fondo de Empleados del Banco Cafetero.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Jefe del Departamento Administrativo de Cooperativas y Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

MAYORIA ABSOLUTA.— MAYORIA CALIFICADA.

Cuando la Constitución o las leyes exigen que una decisión se adopte por la mitad más uno de los votos, debe entenderse la mayoría de los mismos, sobre la base de que exista quórum *decisorio constituido por la presencia de la mitad más uno de los miembros de la correspondiente corporación; pero cuando la Constitución o las leyes exigen específicamente una mayoría calificada, es preciso determinarla con fundamento en esas disposiciones especiales.*

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

Consejero ponente: *Doctor Humberto Mora Osejo.*

Radicación: Número 230.

Referencia: Consulta del Ministerio de Gobierno, sobre número de votos que según el artículo 83 de la Constitución Nacional constituyen las dos terceras partes de los votos de los asistentes.

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

"Cuando la Constitución Política (art. 83) exige los dos tercios de los votos de los asistentes, para tomar decisiones, si el número de asistentes es de 19, en este caso a qué número de votos equivalen los dos tercios"?

La Sala considera:

1º La Sección Primera de esta Corporación, mediante sentencia de 19 de julio de 1973, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por sentencia de 23 de noviembre de 1977, y la Sección Electoral, en sentencia de 31 de agosto del año en curso han definido que, cuando la Constitución o las leyes exigen que una decisión se adopte por la mitad más uno de los votos, debe entenderse la mayoría de los mismos, sobre la base de que exista *quórum* decisorio constituido por la presencia de la mitad más uno de los miembros de la correspondiente corporación. Pero, cuando la Constitución o las leyes exigen específicamente una mayoría calificada, es preciso determinarla con fundamento en esas disposiciones especiales; así sucede cuando, por ejemplo, la Constitución dispone, en el artículo 30, inciso final, relativo a las expropiaciones que "el legislador, por razones de equidad, podrá disponer los casos en que no haya lugar a indemnización,

mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara" (la Sala subraya): En este caso especial la Constitución exige que el Congreso apruebe la ley con una mayoría calificada.

2º Según la indicada jurisprudencia, si la Corporación está integrada por un número par de miembros, la mayoría ordinaria corresponde a la mitad más uno de los presentes, a condición que haya *quórum* decisorio, equivalente a la mitad más uno de los miembros de la Corporación. Si la Constitución o la ley exige un *quórum* decisorio especial, es preciso obedecerlo y cumplirlo: En el ejemplo anterior, del artículo 30, inciso 3º, de la Constitución, el *quórum* decisorio está constituido por la mitad más uno de los miembros de cada una de las Cámaras.

Si la Corporación está integrada por un número impar, de acuerdo con la referida jurisprudencia, el número de votos necesarios, por regla general, para aprobar una decisión no es el de la mitad más uno sino el de la mayoría absoluta de los mismos, siempre que haya mayoría decisoria constituida por la mitad más uno de los miembros que integran la Corporación.

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo a este respecto afirmó —en la sentencia de 23 de noviembre de 1977— que "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..." (*Anales del Consejo de Estado,* tomo XCIII, pág. 689). De donde concluye que en cada caso es preciso determinar la mayoría absoluta que, por ejemplo, en una corporación de tres votantes sería de dos votos y en otra integrada por cinco sería de tres.

Esta solución equivale al resultado de restar una unidad al número impar, de dividir la diferencia por dos y de agregar uno al cuociente [(NI-1) = R] + 1 = mayoría absoluta.

3º Pero, para los efectos del artículo 83, inciso 2º, de la Constitución, a que se refiere la consulta, si el número de votos de la Corporación es de diecinueve, para deducir el que corresponda a las dos terceras partes de los votos, es preciso determinarlas aritméticamente y luego referirlas al caso específico, a saber: Las dos terceras partes de diecinueve corresponden a 12,666. Como la Constitución exige *un número equivalente a las dos terceras partes, para que esté completo, las fracciones deben aproximarse a la unidad.* Por consiguiente, trece votos constituyen las dos terceras partes de diecinueve votantes. Además, para que la decisión sea válida, estos votantes deben corresponder, por lo menos, a la mitad más uno de los miembros de la Corporación.

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

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

MAYORIA ABSOLUTA.— MAYORIA CALIFICADA.

La mayoría absoluta es la mitad más uno del número de integrantes de una Corporación pública.

Aclaración de voto del Consejero *doctor Javier Henao Hidrón.*

Referencia: Consulta. Radicación número 230.

1. A la pregunta concreta sobre el significado de la expresión "dos tercios de los votos de los asistentes", que el inciso 2º del artículo 83 de la Constitución exige para aprobar las leyes que modifiquen el régimen de elecciones (en el supuesto de que el número de asistentes sea de 19), la respuesta de la Sala se explaya en consideraciones acerca de "la mitad más uno", sus antecedentes jurisprudenciales y su aplicación en la práctica.

Ciertamente el Consejo de Estado sostuvo siempre (con excepción de la sentencia de la Sala Contenciosa Electoral de 16 de septiembre de 1987, Ponente doctor Jorge Valencia Arango), que la mitad más uno se computará, *cuando el número fuere impar,* prescindiendo de un voto. O en otros términos, que la mitad más uno está constituida por el número entero superior a la mitad.

Por lo demás, dicha jurisprudencia tenía un claro fundamento en la Ley 85 de 1916, que explicaba el significado de *mayoría absoluta,* expresión que el constituyente de 1968 reemplazó por la de "mitad más uno". Decía así el artículo 49 de la ley mencionada:

> Entiéndese por mayoría absoluta todo número de votos superior a la mitad del total de los votos emitidos; y cuando fuere impar, la mitad se computará prescindiendo de un voto.

Hoy en día, en sentido estricto, la mayoría absoluta es la mitad más uno del número de integrantes de una Corporación Pública. Así por ejemplo, en la Cámara de Representantes, integrada por 199 miembros, la mayoría absoluta está constituida por el número 100. Y siempre que la Constitución o la ley exijan que una decisión debe adoptarse por mayoría absoluta, es entendido que se necesitarán por lo menos 100 votos para aprobarla, cualquiera sea el número de asistentes que formen *quórum.*

Aunque el nuevo Código Electoral (Decreto-ley 2241 de 1986), dejó sin vigencia las leyes electorales anteriores a la Ley 28 de 1979, lo expresado por la Ley 85 de 1916 (art. 49), conserva su vigencia para efectos de entender la hoy denominada "mitad más uno", pues ninguna otra ley ha dispuesto un modo contrario de interpretación.

2. La Sala Contenciosa Electoral sostuvo en la providencia de 16 de septiembre de 1987, con base en el artículo 3º del Acto legislativo número 1 de 1981, que en las Corporaciones Públicas las decisiones deben tomarse *por lo menos* con la asistencia de la "mitad más uno" de los integrantes de ellas. De modo que con respecto a una Corporación integrada por 17 miembros (se trataba de la Asamblea de Norte de Santander), el razonamiento era de la siguiente guisa:

La mitad de 17 es igual a 8½ y más uno de 9½. Con 9½ miembros *por lo menos* puede decidir la Corporación y como ½ ser humano no se concibe, habrá que decidir con 10.

Y se agregaba:

> Con la tesis de que bastan 9 por ser superior a la mitad, habría que concluir que se permite la decisión con la *mitad más medio* cuando el legislador perentoriamente exige la *mitad más uno por lo menos* (Subrayado del texto).

Sin embargo, el Consejo de Estado retornó a su tesis tradicional en la sentencia de 31 de agosto de 1988, proferida por la Sección Quinta o Electoral (Ponente: Doctor Miguel González Rodríguez), aduciendo razones plenamente justificadas, entre otras que el artículo 3º del Acto legislativo número 1 de 1981, base de la jurisprudencia anterior, había sido declarado inexequible por la Corte Suprema de Justicia (sentencia de 13 de mayo de 1983), con lo cual había desaparecido la vigencia de la expresión *por lo menos*.

Por consiguiente, no queda duda alguna en el sentido de que la mitad más uno de 19 es 10 y no 11, de 17 es 9 y no 10, de 7 es 4 y no 5, de 5 es 3 y no 4, de 3 es 2 y no 3, etc.

3. Respecto del significado y alcance de la expresión "dos tercios de los votos", es necesario aplicar un criterio jurídico-matemático, teniendo en cuenta que dada la indivisibilidad de los votos y de los votantes se precisa llegar siempre a resultados con números enteros.

Para obtener el resultado que jurídica y matemáticamente sea el correcto y adecuado, ya hemos visto que en materia de "mitad más uno" y cuando el resultado de la operación aritmética es un número quebrado, debe aproximarse al número entero *inferior*. En cambio, en tratándose de obtener los "dos tercios de los votos" y cuando el resultado contiene fracciones decimales, lo adecuado y correcto es aproximarse al número entero *superior*.

La aparente contradicción en los dos casos citados se explica por una razón de lógica matemática: Los 2/3 expresan siempre una cantidad superior a la mitad (½). Y por otra razón de lógica jurídica: Cuando se trata de "mitad más uno" se alude a una mayoría simple o relativa, o sea que la ventaja de un solo voto es suficiente para obtenerla (en el caso de 13 votos, 7 son mayoría respecto a 6); y cuando se trata de "dos tercios", solamente aproximando las fracciones al número superior es posible obtener el resultado que hemos llamado "correcto y adecuado".

Veamos ejemplos en relación con los "dos tercios" y el por qué aproximar al número entero inferior (o calcular el cuociente sin

fracciones decimales, como alguna vez sostuvo la extinguida Corte Electoral), conduce a resultados acarentes de lógica jurídica y matemática, a la vez. Así, las dos terceras partes de 4 son 3 y no 2 (dos es apenas la mitad, pero curiosamente se obtendría este resultado con la tesis de aproximar al número entero inferior, o sea prescindiendo de la fracción decimal: ($4 \times 2 = 8$ y $8 \div 3 = 2{,}666$); las dos terceras partes de 5 son 4 y no 3 ($5 \times 2 = 10$ y $10 \div 3 = 3{,}333$); las dos terceras partes de 7 son 5 y no 4 ($7 \times 2 = 14$ y $14 \div 3 = 4{,}666$), etc.

Por consiguiente, las dos terceras partes de diecinueve (19) son 13 y no 12 ($19 \times 2 = 38$ y $38 \div 3 = 12{,}666$). La fracción debe pues, en todos los casos, aproximarse al número entero inmediatamente superior.

Tampoco puede admitirse la exótica tesis consistente en obtener la tercera parte, aproximarlas al número entero superior y luego multiplicar por dos. Sus partidarios calculan de este modo los dos tercios de 19: La tercera parte es 6,333 que, al aproximarse al número entero superior se convierte en 7; y al multiplicar este número por 2, el resultado es 14.

Espero que en esta forma el tema tratado refleje suficiente claridad.

Javier Henao Hidrón.

Bogotá, D. E., noviembre 4 de 1988.

CAJA AGRARIA.— CONTRATOS. IMPUESTO DE TIMBRE NACIONAL. Exención.

Existen dos exenciones: La primera en favor de los contratos que celebre y de los instrumentos que otorgue la Caja para operaciones de fomento, hasta por $ 600.000. La segunda, de carácter general, para instrumentos privados de cuantía inferior a $ 1.000.000.

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

Consejero ponente: *Doctor Javier Henao Hidrón.*

Referencia: Consulta sobre los alcances de la exención tributaria en favor de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, otorgada por el artículo 74 de la Ley 2ª de 1976. Radicación número 237.

El doctor Juan Martín Caicedo Ferrer, Ministro de Trabajo y Seguridad Social, Encargado de las funciones del Despacho del Ministro de Agricultura, formula a la Sala la consulta que está concebida en los siguientes términos textuales:

La Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, se ubica como organismo del Sector Agropecuario y como Entidad del Sector Bancario.

En desarrollo de su actividad la Caja Agraria concede crédito bancario, que es común a otras Entidades Bancarias, y de crédito de fomento a través del cual se promueven las líneas de producción encaminadas al fomento de la industria y el campo. Por este crédito de fomento se financian las inversiones agrícolas, ganaderas, industriales y mineras, así como la vivienda rural del pequeño campesino que no puede obtener créditos en las instituciones bancarias tradicionales.

Esta necesidad de fomento a la producción agropecuaria, industrial y minera, fue reconocida por la Ley 2ª de 1976, la cual exencionó de impuesto de timbre nacional en su artículo 74 a los contratos celebrados por la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, en desarrollo de operaciones de fomento a la producción agropecuaria, industrial y minera hasta la cantidad de $ 200.000.00. Dicha exención fue ampliada hasta el valor de $ 600.000.00 por el Decreto 3749 de 1986.

A raíz de la expedición de la Ley 43 de 1987, reformatoria del impuesto de timbre nacional, se estableció que los instrumentos

privados de cuantía determinada relacionados con el artículo 14 de la Ley 2ª de 1976, estarían sometidos a impuesto de timbre únicamente cuando su cuantía superara de $ 1.000.000.00.

El Decreto 2523 de 1987, por el cual se reajustaron los valores absolutos de impuesto de timbre nacional, dispuso lo mismo que la Ley 43 de 1987. Es de aclarar que tanto la Ley 43 como el Decreto 2523, guardaron silencio con respecto al comentado artículo 74 de la Ley 2ª de 1976.

El Decreto 2503 de 1987 derogó expresamente los artículos 15, 18, 21, 22, 23, 24, 42, 43, 44 y 45 de la Ley 2ª de 1976, sin hacer alusión al mencionado artículo 74.

Como la aplicación del artículo 74 es de vital importancia para las operaciones de fomento que realiza la Caja Agraria, me permito formular la siguiente consulta:

Están exentos de impuesto de timbre nacional los primeros $ 600.000.00 de aquellos contratos que celebre la Caja Agraria, en desarrollo de operaciones de fomento a la producción agropecuaria, industrial y minera, cuyo valor sea superior a $ 1.000.00.00, al no estar derogado expresamente el artículo 74 de la Ley 2ª de 1976?

Se considera:

I. *Aspectos legales.*

1. Al organizar el impuesto nacional de timbre y dictar otras disposiciones en materia de impuestos indirectos, la Ley 2ª de 1976 señaló en el artículo 14 los actos gravados con el impuesto de timbre y su tarifa correspondiente, y en el artículo 74 estableció la siguiente exención tributaria:

> Estarán exentos de los impuestos de papel sellado y timbre nacional a que se refiere esta ley, los contratos celebrados por la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, en desarrollo de operaciones de fomento a la producción agropecuaria, industrial o minera hasta por la cantidad de doscientos mil pesos ($ 200.000.00).

El Decreto 1222 de 1976, reglamentario de la Ley 2ª, con la intención de precisar el ámbito de aplicación de la exención en favor de la Caja Agraria, dijo en su artículo 31 que la misma comprende *los instrumentos* (y no ya tan sólo los contratos) que en desarrollo de operaciones de fomento a la producción agropecuaria, industrial o minera se celebren u otorguen, sin exceder de doscientos mil pesos. Y en la expresión *operaciones de fomento,* realizadas por la Caja en relación con la producción agropecuaria, industrial o minera, comprendió las siguientes:

a) Las operaciones de crédito y asistencia técnica;

b) Las operaciones de adquisición y venta de insumos, materias primas, maquinaria, repuestos, herramientas y demás bienes necesarios para las actividades agropecuarias, industriales y mineras;

c) Las operaciones de consignación en la Caja Agraria, de las mercancías mencionadas.

2. Un reajuste de los valores absolutos del impuesto de timbre nacional, lo verificó el Gobierno mediante la expedición del Decreto 3749 de 1986, en el cual la cuantía exenta de los "contratos" celebrados por la Caja Agraria, fue aumentada de doscientos mil pesos ($ 200.000.00) a seiscientos mil pesos ($ 600.000.00). Así se dispuso en el artículo 2º:

> Los valores absolutos expresados en moneda nacional en normas relativas al impuesto de timbre, se reajustan a partir del primero de enero de 1987, de la siguiente forma:
>
> *Ley 2ª de 1976:*
>
> Artículo 74. Estarán exentos del impuesto de timbre nacional los contratos celebrados por la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero en desarrollo de operaciones de fomento a la producción agropecuaria, industrial y minera hasta por la cantidad de seiscientos mil pesos ($ 600.000.00).

3. El Congreso de la República, por medio de la Ley 43 de 1987, reguló aspectos concernientes a la Hacienda Pública, entre ellos los relativos a impuestos directos e indirectos, y en el artículo 42 estableció:

> Los instrumentos privados de cuantía determinada de que trata el numeral primero del artículo 14 de la Ley 2ª de 1976, distintos de los contemplados en los literales b), e), f), h) e i), del mismo numeral, estarán sometidos al impuesto de timbre solamente cuando su cuantía sea superior a un millón de pesos ($ 1.000.000.00).

4. Dos importantes decretos expedidos por el Gobierno en 1987 en materia tributaria, no alteraron lo dispuesto por el artículo 42 de la Ley 43 del mismo año, en cuanto a la base gravable del impuesto de timbre. En efecto, el Decreto 2523, dictado en virtud de las facultades conferidas por el artículo 8º de la Ley 50 de 1984, hizo un nuevo reajuste de los valores absolutos del impuesto de timbre nacional; y el 2503, que tiene su fundamento en el artículo 90 de la Ley 75 de 1986, señaló normas para el efectivo control, recaudo, cobro, determinación y discusión de los impuestos que administra la Dirección General de Impuestos Nacionales.

Ambos decretos, por lo demás, guardaron silencio en relación con el artículo 74 de la Ley 2ª de 1976, origen de la exención tributaria relacionada con las operaciones de fomento que realiza la Caja Agraria.

Más aún: El Decreto 2503 de 1987, aunque expresamente derogó algunos artículos de la Ley 2ª de 1976, ninguna alusión hizo al artículo 74 en referencia.

5. Para la Sala, el artículo 74 de la Ley 2ª de 1976 (con la adición respecto de su cuantía, contenida en el artículo 2º del Decreto 3749 de 1986) no ha sido derogado y, por consiguiente, se encuentra vigente.

De ahí que deba precederse a su aplicación en armonía con lo dispuesto por el artículo 42 de la Ley 43 de 1987, pues ambas normas no son contradictorias sino, antes bien, complementarias.

II. *Aplicación de la exención tributaria contenida en el artículo 74 de la Ley 2ª de 1976 y la del artículo 42 de la Ley 43 de 1987.*

La Ley 2ª de 1976 quiso contribuir al fomento de la producción agropecuaria, industrial y minera mediante la exención, establecida en el artículo 74, del impuesto de timbre nacional a los contratos celebrados por la Caja Agraria, Industrial y Minera en desarrollo de operaciones de la índole mencionada, hasta por la cantidad de doscientos mil pesos ($ 200.000.00), cuantía aumentada a seiscientos mil pesos ($ 600.000.00) por mandato del Decreto 3749 de 1986.

La Ley 43 de 1983, artículo 42, por su parte gravó los instrumentos privados de cuantía determinada de que trata el artículo 14 de la Ley 2ª de 1976 (salvo los contemplados en los literales b, e, f, h, e i del numeral primero), cuando su cuantía sea superior a un millón de pesos ($ 1.000.000.00), con el pago del impuesto de timbre.

Existen, pues dos exenciones: La primera en favor de los contratos que celebre y de los instrumentos que otorgue la Caja Agraria para operaciones de fomento, hasta por la cantidad de $ 600.000.00; y la segunda, de carácter general, para instrumentos privados de cuantía inferior a $ 1.000.000.00. En este último caso, a *contrario sensu,* cuando la cuantía de un instrumento privado de aquellos a que se refiere el artículo 14 de la Ley 2ª de 1976, supere la cantidad de $ 1.000.000.00, pagará el correspondiente impuesto de timbre, sobre la totalidad de su valor.

Ahora bien: Armonizando las normas contenidas en los artículos 74 de la Ley 2ª de 1976 y 42 de la Ley 43 de 1987, las conclusiones pueden ser presentadas del modo siguiente:

a) Procede dar aplicación al *artículo 74* en los casos en que los contratos celebrados y los instrumentos otorgados por la Caja Agraria para operaciones de fomento, *sobrepasan* la cuantía de un millón de pesos ($ 1.000.000.00), por cuanto los primeros $ 600.000.00 están exentos del pago del impuesto de timbre nacional;

b) Se aplica el *artículo 42* en los casos en que los contratos celebrados y los instrumentos otorgados por la Caja Agraria para operaciones de fomento, *no excedan* la cuantía de un millón de pesos ($ 1.000.000.00).

La Sala estima conveniente ilustrar con ejemplos:

a) La Caja Agraria celebra un contrato u otorga un instrumento, en ambos casos en desarrollo de operaciones de fomento, por valor hasta de $ 1'000.000.00. La conclusión es que dichos documentos no son gravables al tenor de lo dispuesto en el *artículo 42* de la Ley 43 de 1987;

b) La Caja Agraria celebra un contrato u otorga un instrumento, en ambos casos en desarrollo de operaciones de fomento, por valor de $ 1'700.000.00.

Tenemos:

Si se diese aplicación al artículo 42, sería necesario gravar la totalidad de dicho valor, ya que el primer millón no está exento por superar ese límite la negociación; de suerte que, arbitrariamente, se estaría desconociendo la exención establecida por el artículo 74, la cual solamente puede ser derogada por expresa disposición de la ley. En este caso, por consiguiente, se debe aplicar el *artículo 74* de la Ley 2ª de 1976 y exonerar los primeros $ 600.000.00, circunscribiendo el impuesto de timbre nacional al saldo de $ 1.100.000.00.

Con todo, la Sala estima que sería altamente conveniente que el legislador estableciera una exención total en favor de las operaciones de fomento de la Caja Agraria, dada la incidencia de las mismas en el sector productivo y en la población campesina.

Transcríbase al señor Ministro de Agricultura por conducto de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República (art. 112 del Código Contencioso Administrativo).

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

COOPERATIVA. UNIVERSIDAD.— Conversación. DANCOOP. Facultades.

Una instancia auxiliar del sistema cooperativo puede obtener la calidad de universidad de conformidad con los artículos 46 y siguientes del Decreto-ley 080 de 1980 y quedar sometida, por lo mismo, al control y vigilancia del Ministerio de Educación y del Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas. Dicha intervención concomitante o concurrente no es excluyente.

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

Consejero ponente: *Doctor Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia: Consulta. Radicación número 240. Universidad Cooperativa de Colombia, naturaleza jurídica y competencias estatales para ejercer su vigilancia.

El Jefe del Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas, doctor Barlahan Henao Hoyos, formula a la Sala la siguiente consulta previas las textuales consideraciones:

— Mediante Resolución número 00559 del 28 de agosto de 1968, la Superintendencia Nacional de Cooperativas, reconoció personería jurídica como entidad auxiliar del Cooperativismo al Instituto de Economía Social y Cooperativismo "INDESCO". Conforme a la Resolución número 2033 del 28 de diciembre de 1970, se aprobó la reforma total de sus estatutos.

— Por Resolución número 0501 de 7 de mayo de 1974, se reconoce personería jurídica a la organización cooperativa denominada "Universidad Cooperativa INDESCO", señalando que correspondía en su operación al Instituto Auxiliar que nos ocupa.

— Posteriormente, dicha entidad surtió trámites ante el Ministerio de Educación Nacional y el Instituto Colombiano para Fomento de la Educación Superior "ICFES", para adelantar programas de educación superior.

— En virtud de la Resolución número 24195 del 20 de diciembre de 1983, el Ministerio de Educación Nacional reconoce a la Universidad Cooperativa de Colombia como organismo de educación superior.

— Así mismo, el Ministerio por medio de Resolución número 18599 del 15 de diciembre de 1986, aprobó la transformación por reforma estatutaria de la "Universidad Cooperativa de Colombia", en Corporación Civil sin ánimo de lucro.

Con base en los actos administrativos que se han mencionado, existen inscripciones practicadas tanto en el Departamento Administrativo como en el Ministerio, según las cuales a la organización en referencia se le puede asignar una u otra calificación jurídica, dependiendo de las providencias que otorgan su reconocimiento.

Vale la pena señalar que en el DANCOOP, existen registros que señalan a esa entidad la categoría de Instituto Auxiliar, con razón social de Universidad Cooperativa "INDESCO", y en consecuencia cabe legalmente la posibilidad de que continúe adelantando su objeto entre tanto no medien providencias ordenando su liquidación o se cancele la respectiva personería jurídica. Puede predicarse una situación similar ante el Ministerio.

Por la naturaleza de los Decretos-ley 80 y 81 de 1980, podría interpretarse que la competencia para ejercer la vigilancia en razón de la actividad que desarrolla la Universidad Cooperativa de Colombia, sería exclusiva del Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior ICFES, de acuerdo con el pronunciamiento de la División de Evaluación Jurídica de la Entidad.

Sin embargo, no resulta claro que la organización presente dos calificaciones jurídicas que suponen el ejercicio de vigilancias concurrentes y el desarrollo de la actividad educativa sometida a dos regímenes distintos.

La Sala considera y responde:

1. El Decreto 1598 de 1963 por el cual se actualiza la legislación coperativa, dispone en su artículo 2º, que será aplicable este decreto "tanto a las personas naturales que participan regularmente en la realización de una actividad cooperativa, como las sociedades cooperativas y las instituciones auxiliares del cooperativismo".

2. El artículo 1º del Decreto 2059 de 1968 define a las instituciones auxiliares del cooperativismo como "aquellos organismos que tienen por finalidad principal incrementar y desarrollar el sistema cooperativo mediante el cumplimiento de actividades ordenadas a la promoción, *educación,* financiamiento y planeación de las sociedades cooperativas, o a proporcionar a las mismas ayudas destinada a facilitarles el mejor logro de sus propósitos económicos y sociales" (subrayado de la Sala). También se entiende por instituciones auxiliares "las asociaciones que se organicen con fines de cooperación y cuyos propósitos sean los de evolucionar hacia sociedades cooperativas formales. Estas asociaciones deberán acomodar su constitución, organización y funcionamiento a la reglamentación que sobre el particular dicte la Superintendencia Nacional de Cooperativas".

El artículo 2º, del citado decreto ordena que las instituciones auxiliares "deberán inscribirse en la Superintendencia Nacional de Coo-

perativas, adjuntando copias de los documentos que ésta considere pertinente, con el fin de acreditar su personería jurídica y la naturaleza de sus fines o propósitos".

3. La Ley 24 de 1981, por el cual se transformó la Superintendencia Nacional de Cooperativas en Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas, prevee que, entre las finalidades de esta entidad, se encuentra la de "ejercer vigilancia y control sobre las sociedades cooperativas, los organismos cooperativos de grado superior, las instituciones auxiliares del cooperativismo..." (art. 1º). Para el cumplimiento de sus objetivos el Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas, entre otras, tendrá la función de reconocer personería a las sociedades a que se refiere el artículo 1º (numeral 12, artículo 2º ley citada).

4. El Decreto 080 de 1980, por el cual se organiza el Sistema de Educación Post-secundaria, dispone que el sistema de educación superior está "constituido por el conjunto de instituciones y programas de este nivel que, mediante una dirección y una acción eficientemente coordinada, procura el logro de los fines de la educación superior" (art. 21), y que la dirección de dicho sistema corresponde al Gobierno Nacional en los términos de la Constitución Política (art. 23). Las instituciones de educación superior pueden ser de tres clases: intermedias profesionales, tecnológicas y universitarias (art. 43).

Las instituciones universitarias, según el artículo 46 del citado decreto, son "las autorizadas legalmente para adelantar programas en la modalidad de formación universitaria", una vez "tenga aprobados al menos tres programas de formación universitaria en diferentes áreas del conocimiento y acredite una significativa actividad de investigación y suficientes y adecuados recursos humanos y físicos. Está reservado a estas instituciones el empleo de la denominación de universidad" (art. 47).

5. Las instituciones de educación superior de carácter privado" "están sometidas a la permanente inspección y vigilancia del Estado y podrán ser sancionadas cuando incumplan las normas legales o sus propios estatutos" (art. 142 Decreto 080 de 1980). El reconocimiento de la personería jurídica de estas instituciones, lo mismo que la aprobación de sus reformas estatutarias, corresponde de manera exclusiva al Ministerio de Educación Nacional (art. 143).

De todo lo expuesto se deduce:

1. Que las instituciones auxiliares del sistema cooperativo tienen por finalidad principal el incremento y desarrollo de dicho sistema, la cual puede llevar a cabo a través de actividades como la educación.

2. Que estas instituciones deben ser reconocidas como auxiliares del sistema cooperativo por el Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas, entidad que controla y dirige.

3. Que las instituciones auxiliares, una vez reconocidas como tales, quedan inscritas en el registro del Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas y sometidas a su control respecto de todo lo que tenga relación con su actividad cooperativa y el desarrollo del cooperativismo.

4. Que estas instituciones auxiliares que adelantan actividades educativas o académicas, podrán solicitar el reconocimiento institucional como entidad de formación académica superior, siempre y cuando cumplan y llenen todos los requisitos previstos en las normas vigentes que regulan la educación superior.

5. Así las cosas, una institución auxiliar del sistema coperativo puede obtener la calidad de universidad, de conformidad con los artículos 46 y siguientes del Decreto-ley 080 de 1980, y quedar sometida, por lo mismo, al control y a la vigilancia del Ministerio de Educación Nacional. Funciones que se ejercerán en relación con la actividad académica, con el objeto de verificar que la institución cumple con los planes y programas educativos del Estado.

6. De tal manera que la institución que inicial y llanamente fue creada para colaborar a nivel educativo con el sistema de cooperativismo, puede transformarse en una de educación superior, mejorando por lo tanto su aporte al mencionado sistema, y quedando bajo el control y vigilancia correspondientes, del Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas y del Ministerio de Educación Nacional.

Considera la Sala que la intervención concomitante o concurrente de las mencionadas entidades en el funcionamiento de las instituciones universitarias, que tengan el carácter de auxiliares del sistema cooperativo, no es excluyente, porque cada una va encaminada a controlar y vigilar aspectos distintos de la actividad de la institución (Decretos 1598 de 1963 y 080 de 1980), que además, son complementarios, por cuanto la formación académica de nivel superior de una universidad permite que el sistema cooperativo tenga un desarrollo más avanzado y más científico.

7. De otra parte, se observa que una institución auxiliar del sistema cooperativo dedicada a la actividad educativa no tiene necesariamente que perder tal carácter por el hecho de ser reconocida como universidad; de todas formas el Ministerio de Educación Nacional, en cuanto se relacione con la educación, siempre tendrá la vigilancia y control de las entidades que la impartan. Solamente, si a la luz de los Decretos 1598 de 1963 y 2059 de 1968, la institución deja de cumplir con los requisitos que la caracterizan como institución auxiliar del sistema cooperativo, el Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas puede cancelar la personería jurídica como tal, pero subsistirá la reconocida por el Ministerio de Educación Nacional como institución universitaria. Además, no sobra mencionar, que el cambio de nombre o razón social como se menciona en la consulta, del "Instituto de Economía Social y Cooperativismo" por el de "Universidad Cooperativa de Colombia" no cambia la situación de la institución ante el sistema cooperativo porque puede continuar siendo una entidad auxiliar, con un nivel académico de mayor calidad, toda vez que, en ese aspecto, va a ser controlado por el Ministerio de Educación Nacional.

Por consiguiente, como el artículo 1º, del Decreto 2059 de 1968 no prohíbe que, las instituciones auxiliares del cooperativismo que cumplan actividades educativas, sean universidades, no se entiende por qué éstas no pueden ser instituciones auxiliares, ya que una institución de esa categoría puede dedicarse al desarrollo e incremento del cooperativismo con mayor eficacia y mayores resultados.

8. Finalmente, vale la pena hacer notar que una institución auxiliar, como el "Instituto de Economía Social y Cooperativismo" que cambió su nombre por el de "Universidad Cooperativa de Colombia" debe dar aviso al Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas de tal cambio para que esta entidad efectúe las modificaciones correspondientes en el registro de que trata el numeral 7º, del artículo 25, de la Ley 24 de 1981, con el objeto de unificar la información relacionada con la institución auxiliar y así evitar que las diferentes entidades gubernamentales que intervengan en el control de su actividad se refieran a ella utilizando diferentes denominaciones.

En los anteriores términos, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado *Absuelve* la consulta formulada por el jefe del Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas, doctor Barlahan Henao Hoyos.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

DANCOOP. Facultades. COOPERATIVA.— Control.

Las funciones previstas en los numerales 3 y 5 del artículo 25 de la Ley 24 de 1981 son atribuciones que la División de Asuntos Legales del Departamento Administrativo de Cooperativas debe ejercer independientemente, aunque ambas concurren a ejercer el control del Estado sobre las cooperativas.

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

Consejero ponente: *Doctor Humberto Mora Osejo.*

Referencia: Consulta del Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas. Radicación número 222.

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

"1º Si las funciones previstas en los numerales 3º y 5º del artículo 25, de la Ley 24 de 1981, pueden ser ejercidas en forma independiente y desligada, o sí, por el contrario, los actos de reconocer y registrar los cuerpos directivos y los representantes legales de las entidades controladas por este Departamento deben realizarse como consecuencia del estudio y aprobación de las actas en donde constan los respectivos nombramientos.

"2º Si la aprobación o la improbación de las actas a que se refiere el numeral 5º del artículo 25 de la ley precitada, debe fundamentarse en el cumplimiento de los requisitos formales establecidos en los artículos 39, y 40 y demás concordantes del Decreto 1598 de 1963 respecto de las sociedades sujetas al mismo decreto.

"3º Si la impugnación de los actos o decisiones de las entidades sometidas a la acción del Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas, de conformidad con lo establecido en el numeral 14 del artículo 414 del Código de Procedimiento Civil puede basarse en las mismas causas de aprobación o improbación de actas por parte de este Departamento, según lo expresado en el punto anterior, o si, por el contrario, la impugnación en la contravención de la ley o de los estatutos sociales en virtud de las decisiones tomadas por las asambleas u organismos directivos de las sociedades, y no en los requisitos formales expresados, referentes a la reunión del organismo respectivo en debida forma.

"4º Efectos de los fallos judiciales por medio de los cuales se declaran impugnadas decisiones de las sociedades en referencia, frente a los actos del Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas que deciden la aprobación del acta donde consta la decisión impugnada. En este punto se consulta en concreto sobre las actuaciones que debe surtir el Departamento en atención a tales fallos: a) Si procede únicamente la anotación en el registro sobre el contenido del fallo cuando éste incida sobre actos registrables, o si procede la revocación del acto de aprobación del acta correspondiente donde consta el nombramiento registrable y la cancelación del registro respectivo derivado de la aprobación de la misma acta; b) Cuando el fallo no incida sobre actos registrables, qué actuación compete efectuar a esta entidad; c) Cuando dentro del proceso se decrete la suspensión del acto impugnado, por ejemplo, como ha sucedido "la suspensión de la asamblea general de socios..."

La Sala considera:

1º La Ley 24 de 1981 transformó la Superintendencia de Cooperativas en el Departamento Administrativo de Cooperativas, encargado, entre otras facultades, de aplicar la legislación cooperativa, de promover la educación y el desarrollo cooperativos y de "ejercer el control y la vigilancia sobre las entidades que cobija su acción, para que su funcionamiento se ajuste a las disposiciones legales sobre el particular y los intereses de los asociados" (arts. 1º y 2º, ordinales 1º, 2º y 5º).

2º El artículo 25 de la Ley 24 de 1981 prescribe las funciones de la División de Asuntos Legales del Departamento Administrativo de Cooperativas, entre las cuales se cuentan la de "reconocer y registrar los cuerpos directivos y los representantes legales de las entidades sometidas a la acción del Departamento y autorizar la expedición de los certificados sobre la existencia jurídica y la representación legal (ordinal 3º) y la de "estudiar y aprobar las actas de asamblea de afiliados, juntas directivas y organismos directivos de las asociaciones" (ordinal 5º).

3º Se pregunta si las dos facultades indicadas de la División de Asuntos Legales deben ser ejercidas independientemente o en forma coordinada.

La Sala considera que se trata de dos diferentes atribuciones que la División de Asuntos Legales del Departamento Administrativo de Cooperativas debe ejercer independientemente, aunque ambas concurren a ejercer el control del Estado sobre las cooperativas; pues, mientras la primera se refiere al reconocimiento y registro de las directivas de las cooperativas, como también a la autorización para expedir certificados sobre su existencia y representación, la segunda exclusivamente consiste en la verificación del cumplimiento de los requisitos formales, prescritos por los artículos 39 a 46 del Decreto-ley 1598 de 1963, en las reuniones de las asambleas de afiliados, de juntas directivas y organismos directivos de las asociaciones, y en la aprobación o improbación consecuencial de las correspondientes actas.

4º Las cooperativas son personas jurídicas de derecho privado que, por su importancia para la comunidad, están sujetas al control del Estado. Esto explica que las actas de las reuniones de las asambleas de afiliados, de las juntas directivas y de los organismos directivos de las asociaciones estén sujetas al indicado control formal o de regularidad que corresponde a la División de Asuntos Legales del Departamento Administrativo de Cooperativas. Pero esta atribución no significa que la misma entidad esté facultada para controlar la legalidad de las decisiones que prefieran las mencionadas asambleas y juntas directivas. Esos actos jurídicos, como todos los de las cooperativas, son de carácter privado y su juzgamiento incumbe a los órganos competentes de la jurisdicción ordinaria.

5º La impugnación que, con fundamento en el artículo 414, numeral 14, del Código de Procedimiento Civil, se puede hacer de los actos expedidos por las entidades sujetas al control del Departamento Administrativo de Cooperativas tiene que fundarse en motivos de ilegalidad tendientes, total o parcialmente, a desconocerlos o a anularlos.

Esos motivos son completamente diferentes de los que pueden servir de fundamento a la desaprobación de las actas: Las actas de las reuniones de las asambleas de afiliados y de juntas directivas de las cooperativas son documentos privados mediante las cuales se hace anotar su acaecimiento y desarrollo, con los hechos ocurridos y los actos que se hubieran expedido. De ahí que si las actas pueden acreditar o comprobar los actos expedidos durante esas reuniones, en una clara relación de continente a contenido, éstos tienen un régimen jurídico específico: Aprobadas o improbadas las actas, según estén o no conformes con los artículos 39 a 46 del Decreto-ley 1598 de 1963, los actos jurídicos expedidos por las asambleas de afiliados o por las juntas directivas de las cooperativas sólo pueden ser infirmados, por motivos de legalidad, ante los órganos competentes de la jurisdicción ordinaria.

6º Se pregunta sobre la actitud que debe adoptar el Departamento Administrativo de Cooperativas ante las decisiones jurisdiccionales relativas a actos de las cooperativas.

El artículo 26 de la Ley 24 de 1981 atribuye a la Sección de Registro y Kárdex, entre otras facultades, la de "llevar técnicamente y en forma actualizada el registro de las entidades sometidas al control legal del Departamento anotando en él las diferentes novedades que en relación a éstas se presenten o cancelando, según el caso, el registro correspondiente".

Por consiguiente, la mencionada Sección de Registro y Kárdex debe llevar el registro de todas las novedades que paulatinamente se presenten en relación con las cooperativas, en ellos incluidas las decisiones jurisdiccionales que directa o indirectamente las afecten, para que el kárdex refleje la trayectoria fidedigna de cada entidad.

Además, si las decisiones judiciales afectan a los cuerpos directivos y a los representantes legales de las entidades sujetas a la vigilancia y control del Departamento Administrativo de Cooperativas, es

claro que de ellas también deben dejarse constancia en los pertinentes registros de la División de Asuntos Legales. En fin, como al Departamento Administrativo de Cooperativas le corresponde la vigilancia y control de las mismas, ante las decisiones judiciales que las afecten, según el caso, debe tomar o hacer que se adopten las medidas pertinentes.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Jefe del Departamento Administrativo de Cooperativas y Secretaria Jurídica de la Presidencia de la República.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

BANCO CENTRAL HIPOTECARIO.— IMPUESTO DE REGISTRO. Exención.

La Ley 49 de 1927 exoneró de todos los impuestos de timbre y de registro las escrituras que se otorguen a favor del Banco. Se aplica en general a las partes ya que la norma no hace salvedades ni dispone que la persona que celebra la operación con el Banco debe pagar el cincuenta por ciento.

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

Consejero ponente: *Doctor Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia: Consulta. Radicación número 252. Banco Central Hipotecario —Aplicación del valor del impuesto de registro y anotación—.

El doctor Luis Fernando Alarcón Mantilla, Ministro de Hacienda y Crédito Público formula a la Sala la siguiente consulta:

1. El Gobierno Nacional por medio del Decreto-ley 711 de 1932, mediante el cual autorizó al Ministerio de Hacienda y a la Superintendencia Bancaria para fundar el Banco Central Hipotecario, previo los derechos, privilegios y exenciones fiscales para el mismo.

En el Decreto-ley 945 oe 1932 por el cual se adicionó o reformó el antecitado decreto, estableció lo siguiente:

"Artículo 9º Las escrituras que se otorguen a favor del Banco Central Hipotecario gozarán de la exención de los impuestos de timbre y registro, en la misma forma establecida por el artículo 23 de la Ley 49 de 1927 a favor del Banco Agrícola Hipotecario".

El Decreto-ley 1021 de 1932, aprobatorio del contrato de fundación y de los estatutos del banco, consagra las siguientes disposiciones:

"Tercero. En cambio, el Gobierno hace al Banco Central Hipotecario las siguientes concesiones...

"k) La de que las escrituras que se otorguen a favor del Banco Central Hipotecario gozarán de la exención de los impuestos de timbre y de registro, en la misma forma establecida por el artículo 23 de la Ley 49 de 1927 a favor del Banco Agrícola Hipotecario;

"l) La de que las concesiones y derechos que se reconocen en favor del banco por el Gobierno en forma contractual, no se le quita-

rán durante el tiempo de duración por ninguna entidad gubernamental, cualquiera que fuere la legislación futura del país en materias bancarias.

"..."

A su vez, el artículo 23 de la Ley 4ª de 1927 dice así:

"Quedan exentas de todos los impuestos de timbre y de registro las escrituras que se otorguen a favor del Banco Agrícola Hipotecario".

2. El Código Civil que comenzó a regir en 1887 en los artículos 2624 y 2671 estableció los derechos de los notarios y los registradores tomando este término en el sentido emolumentos u honorarios.

La Ley 52 de 1920 en su artículo 1º creó "un impuesto denominado impuesto de registro" para los documentos y actos que deben registrarse, el cual se distingue de los derechos o emolumentos de que gozarán los registradores, los cuales fueron contemplados en el artículo 5º, de la misma ley.

3. En concepto de la Dirección Legal de la Superintendencia de Notariado y Registro de fecha 24 de marzo de 1981 "...no hay duda de que el Banco Central Hipotecario está exento del pago del impuesto de registro".

La Oficina Jurídica del Ministerio de Hacienda en comunicación 00122 de 4 de enero de 1984 dirigida al Banco Central Hipotecario afirma: "En consecuencia por expresa disposición legal las escrituras que se otorguen a favor del Banco Central Hipotecario, como ocurre con las hipotecas constituidas a su favor por los prestatarios están exentas del impuesto de registro y anotación".

La Oficina Jurídica del Ministerio de Salud en oficio 22016 de 23 de junio de 1986 manifestó:

"En consecuencia, sin necesidad de recurrir a los otros elementos de interpretación es fácil apreciar que el legislador establecé el otorgamiento de instrumentos a favor del Banco Central Hipotecario, una exención real y no exención personal, toda vez que la norma se refiere claramente a las escrituras y no al Banco Central Hipotecario como persona jurídica de derecho público.

"Por lo anteriormente expuesto, esta oficina conceptúa que toda escritura a favor del Banco Central Hipotecario, está exenta de impuesto de timbre y registro, independiente de las personas que concurren a su otorgamiento".

4. Algunos servicios seccionales de salud y la Beneficencia de Cundinamarca sostienen que los particulares que celebren contratos de compraventa con el Banco Central Hipotecario no están exentos del impuesto de registro y en consecuencia, deben pagar el 50% del valor de dicho impuesto.

La posición del banco ha sido la de que si bien el tenor literal de la disposición que consagró la exención se refiere genéricamente a las escrituras que se otorguen a favor del banco, lo real y cierto es que en todas las ventas que el banco hace de los inmuebles por él construidos o de los que recibe como dación en pago, las correspondientes escrituras se otorgan también a favor del mismo banco,

ya que tiene el interés primordial y legítimo de cumplir sus objetivos legales y estatutarios al hacer las enajenaciones correspondientes, pues de otro modo le resultaría imposible llevar a cabo la finalidad de proporcionar vivienda a la comunidad y de recuperar las inversiones correspondientes para poder continuar con el desarrollo de nuevos programas, teniendo en cuenta además, que al enajenar tales inmuebles está cumpliendo con la obligación impuesta en el artículo 6º de la Ley 57 de 1931, ordinal 5º, que ordena a los bancos hipotecarios enajenar los inmuebles que adquieran, salvo los que empleen para sus oficinas.

Si se tiene en cuenta que el contrato de compraventa "es generalmente conmutativo y hasta puede tenerse como tipo de los de esta clase, porque las prestaciones a que da nacimiento se conocen ciertamente desde su celebración en forma que las partes pueden determinar el beneficio o la pérdida que van a reportar: Comúnmente se estima que la cosa vale lo que por ella se paga" (C. S. J. Sentencia 20 de febrero de 1948, LXIII 705), se concluye que la escritura contentiva del contrato de compraventa es a favor de ambas partes y no sólo del comprador.

De lo expuesto, se tiene que la exención que se comenta se refiere a los actos que celebre el banco, o sea, se trata de una exención real y no personal, pues no fue establecida a favor del banco, como persona jurídica y por tanto, quienes contraten con el banco tampoco están obligados a pagar la mitad del impuesto de registro y anotación.

Se consulta:

a) Es ajustada a derecho la interpretación que el Banco Central Hipotecario ha venido haciendo de las normas que establecen la exención del impuesto de registro para los actos en que interviene?;

b) Están obligados los particulares que adquieren bienes inmuebles del Banco Central Hipotecario o los enajenan a tal entidad al pago de parte del valor del impuesto de registro y anotación?;

c) Puede repetirse lo pagado por concepto de impuestos?

La Sala considera y responde:

1. La creación del Banco Central Hipotecario fue ordenada por el artículo 4º del Decreto 711 de 1932, al cual se le dio cumplimiento con la celebración del correspondiente contrato de constitución que se aprobó mediante el Decreto 1021 de 1932. Posteriormente el Decreto 80 de 1976 dispuso que el banco sería una sociedad de economía mixta sometida al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado.

Siguiendo los lineamientos de lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 57 de 1931, se estableció como objetivo principal del Banco Central Hipotecario el otorgamiento de préstamos a largos plazos garantizados con hipotecas de primer grado, para ser cubiertos por medio de cuotas que permitan la amortización del capital y de los intereses (arts. 16 y ss. del Decreto 1021 de 1932).

2. El artículo 23 de la Ley 49 de 1927 exoneró "de todos los impuestos de timbre y de registro las escrituras que se otorguen a favor del Banco Agrícola Hipotecario", exención aplicada al Banco Central Hipotecario por expresa disposición de los literales i), del artículo 4º, del Decreto 711 de 1932 y k) de la cláusula tercera del contrato de constitución del Banco, aprobado por Decreto 1021 de 1932.

3. La exoneración de los impuestos de timbre y de registro a las escrituras que se otorguen a favor del Banco Central Hipotecario es una de las concesiones que hace la legislación al Banco, a cambio del cumplimiento de las obligaciones previstas para éste en el contrato de su constitución. Es por lo mismo muy claro, que se quizo dar un tratamiento especial al Banco Central Hipotecario, con miras a permitirle cumplir con su objetivo de interés social. De este modo, la frase "las escrituras que se otorguen a favor del Banco Central Hipotecario" debe entenderse en perfecta armonía con la finalidad, con la esencia misma del objeto de dicha entidad, de tal manera que, las operaciones del Banco tendientes a cumplir con su actividad de prestamista hipotecario están exentas de los impuestos de timbre y registro.

4. En este orden de ideas, se responden los interrogantes del señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, de la siguiente manera:

a) Es cierto que las exoneraciones del pago de impuesto de registro de las escrituras otorgadas a favor del Banco Central Hipotecario se aplica en general a las partes, es decir, al Banco y a la persona que celebra el contrato con él, toda vez que la norma no hace salvedades ni dispone que la persona que celebra la operación con el Banco debe pagar el cincuenta por ciento (50%), la razón es muy clara pues la escritura no genera impuestos para ninguna de las partes porque legalmente está exonerada. No debe entenderse la frase "a favor del Banco" en forma exegética o literal, porque como ya se dijo, lo que quizo la norma fue hacer una concesión a esta entidad por su naturaleza y objeto especiales, de suerte que, no son las escrituras de hipoteca las únicas que se otorgan "a favor del Banco", están también las de compra de bienes inmuebles que adquieran el Banco y las de venta bien sea con hipoteca o eventualmente con pago de contado, todas estas transacciones encaminadas a cumplir con su objeto de interés social. En estos términos comparte la Sala el criterio del Banco Central Hipotecario;

b) Como se anotó, los particulares que celebren contratos de compraventa de bienes inmuebles con el Banco Central Hipotecario no están obligados a pagar impuestos de registro y anotación, porque las escrituras que se otorguen por esas operaciones están exentas de dichos impuestos sin ninguna salvedad;

c) Como no hay que pagar los impuestos antes indicados, los particulares pueden promover las acciones pertinentes para reclamar lo que hubieran pagado por concepto de los mismos.

En los anteriores términos, la Sala de Consulta y Servico Civil del Consejo de Estado *absuelve* la consulta formulada por el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público doctor Luis Fernando Alarcón Mantilla.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

CARBOCOL. INTERCOR.— IMPUESTO DE CIRCULACION Y TRANSITO. Pago.

La Asociación está obligada a pagar el impuesto de circulación y tránsito de carácter municipal sobre la maquinaria pesada industrial y sobre los equipos destinados a las labores de minería del Complejo de El Cerrejón, igualmente al pago del impuesto de timbre nacional.

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

Consejero ponente: *Doctor Javier Henao Hidrón.*

Referencia: Consulta sobre la causación de los impuestos de circulación y tránsito y de timbre nacional, en relación con los vehículos automotores pertenecientes a la Asociación CARBOCOL - INTERCOR. Radicación número 249.

El señor Ministro de Obras Públicas y Transporte, doctor Luis Fernando Jaramillo Correa, en ejercicio de la atribución señalada en el ordinal 1º del artículo 141 de la Constitución y el ordinal 2º del artículo 98 del Código Contencioso Administrativo, formula a la Sala la siguiente consulta:

a) Está obligada la Asociación CARBOCOL - INTERCOR a pagar impuesto de circulación y tránsito de carácter municipal sobre la maquinaria pesada industrial y sobre los equipos destinados a las labores de minería en el Complejo de El Cerrejón?;

b) Está igualmente obligada la Asociación CARBOCOL - INTERCOR al pago del impuesto de timbre nacional accesorio al impuesto de circulación y tránsito;

c) Existe la obligación legal para la Asociación CARBOCOL - INTERCOR de inscribir en el Inventario Nacional Automotor la maquinaria industrial y el equipo destinado a la explotación minera?;

d) Existe alguna relación entre la inscripción en el Inventario Nacional Automotor y la generación de los impuestos referidos?

Previamente el señor Ministro hace, en resumen, las siguientes apreciaciones en el memorial remitido a esta Sala: Que CARBOCOL e INTERCOR celebraron un contrato de asociación para la explotación del yacimiento carbonífero del AREA B de El Cerrejón Zona Norte; que la Ley 20 de 1969, artículo 7º, declaró de utilidad pública y de interés social la industria minera en sus ramas de exploración, explotación, beneficio, transporte y procesamiento; que la Ley 61 de 1969,

denominada "Ley del Carbón", en su artículo 2º consagró la exención de los impuestos aduaneros, en beneficio de los equipos y maquinaria, sus accesorios y repuestos, que se importen al país para ser utilizados directa y exclusivamente en la exploración, explotación, beneficio y transformación mineral, o que estén destinados a efectuar sustitución de consumos de hidrocarburos por carbón, previa aprobación del Ministerio de Minas y Energía; que según el Código Civil, artículo 658, se reputan inmuebles, aunque por su naturaleza no lo sean, entre otras cosas, los utensilios de minería; que el Consejo Nacional de Política Económica y Social —CONPES—, en la Resolución número 24 de diciembre 17 de 1976 consideró que el contrato de asociación celebrado entre CARBOCOL e INTERCOR representa "notorio beneficio económico y social para el país y para la entidad estatal CARBONES DE COLOMBIA S. A."; que los terrenos donde se encuentra ubicada la mina y el campamento de El Cerrejón Zona Norte, en jurisdicción de los municipios de Barrancas y Maicao, departamento de la Guajira, son de propiedad privada de la Asociación CARBOCOL - INTERCOR; que el área donde se realiza la explotación del yacimiento y están ubicados el campamento, la maquinaria y el equipo afectos a la explotación del yacimiento carbonífero, es de acceso altamente restringido y que la maquinaria y equipos allí ubicados no circulan por las vías públicas ni por las vías privadas que estén abiertas al público; que de acuerdo con concepto del INTRA, de fecha 29 de enero de 1988, no serían objeto del impuesto de circulación y tránsito, la maquinaria pesada industrial y los equipos de la Asociación CARBOCOL - INTERCOR, por cuanto los mismos no circulan por vías públicas o por vías privadas abiertas al público y, además, porque tienen la naturaleza jurídica de bienes inmuebles por destinación; y que el llamado impuesto de circulación y tránsito, consagrado en la legislación nacional por medio de disposiciones diversas, adolece de falta de claridad en sus presupuestos normativos.

Se considera:

CARBONES DE COLOMBIA —CARBOCOL—, que es una sociedad anónima de economía mixta sometida al régimen legal previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado, celebró un contrato de asociación para la explotación del yacimiento carbonífero de El Cerrejón Zona Norte, situado en el Departamento de la Guajira, con la International Colombia Resources Corporation —INTERCOR—, sociedad organizada de conformidad con las leyes del Estado de Delaware y con sucursal en la ciudad de Bogotá, establecida mediante escritura pública de fecha 25 de enero de 1977.

Con la finalidad de dar cumplimiento a los objetivos previstos en el mencionado contrato, la Asociación CARBOCOL - INTERCOR adquirió el derecho de propiedad sobre los terrenos en donde se encuentra ubicada la mina y el campamento en El Cerrejón norte, área que es "de acceso altamente restringido" y en la cual prestan sus servicios la maquinaria y los equipos indispensables para cumplir la labor de explotación del yacimiento carbonífero.

Ciertamente esa maquinaria y equipos se reputan bienes inmuebles por destinación, al tenor de lo dispuesto en el artículo 658 del Código Civil, por cuanto son "utensilios de minería" que si bien por su naturaleza no son inmuebles, están permanentemente destinados al uso o beneficio de un inmueble, sin embargo de que puedan separarse sin detrimento.

Ya para efectos de su identidad y de circulación por el territorio nacional, los vehículos de transporte terrestre automotor están sometidos a las regulaciones dictadas por el legislador en materia de transporte y tránsito, como consecuencia de las facultades de intervención en la economía conferidas al Estado por los artículos 32 y 39 de la Constitución.

Cuando a principios de la década de los años setenta se expidió el llamado Código de Tránsito Terrestre (Decreto-ley 1344 de 1970), resultó lógico que él mismo señalara su ámbito de aplicación en los términos siguientes:

> Las normas del presente Código rigen en todo el territorio nacional y regulan la circulación de los peatones, animales y vehículos por las vías públicas y por las vías privadas que estén abiertas al público.

Pero el régimen de impuestos relacionado con vehículos automotores, no puede ser correctamente interpretado con fundamento en el derecho civil o en el derecho de transporte, porque el derecho tributario es una rama jurídica autónoma, que dispone de principios propios y de una regulación independiente frente al resto del ordenamiento positivo, desde luego dentro del marco señalado por la Constitución como ley suprema del Estado.

Recogiendo una tradición sobre la materia, la Ley 48 de 1968 dispuso que el Distrito Especial y los Municipios "continuarán autorizados para gravar con el impuesto de circulación y tránsito los vehículos de tracción mecánica" (art. 1º).

De ahí el precepto contenido en el artículo 214 del Código de Régimen Municipal (Decreto-ley 1333 de 1986): "Los vehículos automotores de uso particular serán gravados por los Municipios por concepto del impuesto de circulación y tránsito de que trata la Ley 48 de 1968, con una tarifa anual equivalente al dos por mil (2º/00) de su valor comercial", norma que a su vez es reproducción textual del artículo 49 de la Ley 14 de 1983, que versa sobre el fortalecimiento de los fiscos de las entidades territoriales.

Como puede observarse, la disposición vigente establece que el sujeto gravable del impuesto denominado de circulación y tránsito, son "los vehículos automotores de uso particular". Todos los vehículos automotores, a menos que la ley expresamente señale exenciones.

Del mismo modo que procedió la Ley 61 de 1969 con los impuestos de aduana, respecto de los equipos y maquinarias, sus accesorios y repuestos, que se importen al país para ser utilizados directa y exclusivamente en la exploración, explotación, beneficio y transformación mineral..., es también la ley la que puede establecer exenciones en favor de cierta clase de vehículos, para efectos del pago del impuesto

de circulación y tránsito, así como de su accesorio, el de timbre nacional sobre los mismos vehículos, cedido a los Departamentos, Intendencias, Comisarías y al Distrito Especial de Bogotá, en virtud del artículo 52 de la Ley 14 de 1983.

Siguiendo esa línea legislativa y dentro del criterio de hacer menos rígido el impuesto, la Ley 14 de 1983, en su artículo 51, declaró exentos del impuesto de circulación y tránsito a los siguientes vehículos, enumerados en forma taxativa:

a) Los clasificados dentro del servicio público de transporte;

b) Los de propiedad de entidades de derecho público;

c) Los buses destinados exclusivamente al transporte de estudiantes;

d) Las bicicletas, motonetas y las motocicletas con motor hasta de 185 c.c. de cilindrada;

e) Los tractores, trilladoras y demás maquinaria agrícola, y,

f) Los tractores sobre oruga, cargadores, mototraíllas, compactadoras, motoniveladoras y maquinaria similar de construcción de vías públicas.

El impuesto de circulación y tránsito, por lo tanto, recae sobre los vehículos automotores de uso particular, con las exenciones a que se ha hecho referencia. De modo que ha sido establecido sobre los vehículos automotores, atendiendo a las características de éstos y no solamente por razón del uso de las vías públicas, sino también por el uso mismo del vehículo.

La "maquinaria pesada industrial y equipos" pertenecientes a la Asociación CARBOCOL - INTERCOR, aunque no circule ordinariamente por vías públicas, o lo haga sólo por vías privadas "de acceso altamente restringido" para el público, y además tenga la naturaleza jurídica de bienes inmuebles por destinación, conforme al Código Civil, para efectos del impuesto de circulación y tránsito, así como de su accesorio de timbre nacional, resulta objeto de dichos gravámenes debido a que el hecho imponible es el uso potencial de vías públicas en el impuesto de circulación y tránsito, y el uso del vehículo en el de timbre. Y por cuanto no existe la exención que permita excluirlos de la regla general que hace recaer el impuesto sobre los vehículos automotores de uso particular.

Por lo demás, queda explícita la relación entre el registro o inscripción del vehículo y la generación del impuesto, independientemente de la destinación de aquél, su nuda propiedad o tenencia, o del uso de las vías que tal destinación pueda generar.

Se responde:

1. La Asociación CARBOCOL - INTERCOR está obligada a pagar el impuesto de circulación y tránsito de carácter municipal sobre la

maquinaria pesada industrial y sobre los equipos destinados a las labores de minería del Complejo de El Cerrejón, de conformidad con la tarifa anual señalada por la ley.

2. Igualmente la Asociación CARBOCOL - INTERCOR está obligada al pago del impuesto de timbre nacional accesorio al impuesto de circulación y tránsito, y cuyo recaudo corresponde a los Departamentos, Intendencias, Comisarías y al Distrito Especial de Bogotá, según lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley 14 de 1983.

3. Existe la obligación legal para la Asociación CARBOCOL - INTERCOR de inscribir su maquinaria industrial y el equipo destinado a la explotación minera, en el Inventario Nacional Automotor, organizado por el Decreto 2157 de 1970, dictado en ejercicio de las facultades conferidas al Gobierno por la Ley 8ª de 1969, y cuya función esencial es la de mantener en forma actualizada todo lo referente a la integridad y situación jurídica de los vehículos automotores terrestres y, de este modo, determinar su identificación y dar seguridad a las negociaciones que sobre ellos se realicen.

4. Si el impuesto de circulación y tránsito, y el de timbre nacional, recaen (salvo las exenciones de ley) sobre todo vehículo de uso particular, identificado y autorizado para circular, queda explícita la relación existente entre la inscripción del mismo en el Inventario Nacional Automotor y la generación de dichos impuestos.

Transcríbase al señor Ministro de Obras Públicas y Transporte por conducto de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República (Código Contencioso Administrativo, art. 112).

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

SEGUNDA PARTE

FUNCION JURISDICCIONAL

TITULO I

ORDEN NACIONAL

CAPITULO I

DECRETOS DEL GOBIERNO

ACTO SUSPENDIDO PROVISIONALMENTE.— Reproducción.

No es jurídicamente posible que proceda la administración a reproducir el acto suspendido, mientras se resuelve un recurso pendiente pues ello implicaría el desconocimiento y la burla de la decisión judicial de suspensión provisional.

SUSPENDESE PROVISIONALMENTE el artículo 1º del Decreto 3312 de 1985 en el aparte que dice:

"Derechos de Aduanas.

"Son todos los derechos, emolumentos, impuestos, contribuciones, tasas, gravámenes, de cualquier clase que sean y todo pago que se fije o se exija directa o indirectamente, sobre la importación o la exportación de mercancías a territorio aduanero nacional o fuera de él, o en relación con dicha importación o exportación, lo mismo que toda clase de derecho de timbre, emolumentos o gravámenes que se exijan o se tasen respecto a todos los documentos requeridos para tal importación o exportación, o que en cualquier otra forma tuvieren relación con tales operaciones. 'En consecuencia, la expresión «Derechos de Aduana» así determinada corresponde para todos los efectos a la expresión «Derechos de importación o de Exportación» según el caso' ".

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., primero de julio de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejera ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación 0107. Recurso de súplica contra el auto de Sala Unitaria proferido por el Consejero Sustanciador del presente negocio. Actor: Guillermo Chaín Lizcano y otro.

Procede la Sala a resolver el recurso de súplica interpuesto por uno de los actores contra el auto de Sala Unitaria proferido por el consejero sustanciador del presente negocio, doctor Carmelo Martínez Conn, mediante el cual se negó la suspensión provisional del artículo 1º del Decreto 3312 de 1985, en el siguiente aparte:

"Derechos de Aduana:

"...Son todos los derechos, emolumentos, impuestos, contribuciones, tasas, gravámenes de cualquier clase que sean y todo pago que

se fije o exija directa o indirectamente sobre la importación o exportación de mercancías a territorio aduanero nacional o fuera de él, o en relación con dicha importación o exportación, lo mismo que toda clase de derechos de timbre, emolumentos o gravámenes que se exijan o se tasen respecto a todos los documentos requeridos para la importación o exportación, o que en cualquier otra forma tuvieren relación con tales operaciones.

"En consecuencia, la expresión 'Derechos de Aduana así determinada corresponde para todos los efectos a la expresión Derechos de Importación o de exportación, según el caso...'"

Antecedentes:

Los actores, en ejercicio de la acción de nulidad, solicitaron la anulación del Decreto 628 de 1985, proferido por el Presidente de la República. La anterior demanda fue presentada el 24 de abril de 1985 y en ella se solicitó la suspensión provisional.

Mediante auto de 25 de septiembre de 1985 se admitió la demanda y se decretó la suspensión provisional de la norma demanda.

En memorial presentado el 18 de octubre de 1985, el Delegado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público interpuso recurso de súplica contra el auto que decretó la suspensión provisional.

El expediente se destruyó el 6 de noviembre de 1985 y por ello los actores solicitaron su reconstrucción y habiéndose cumplido los trámites legales exigidos para tal efecto, ésta fue ordenada mediante auto de 15 de agosto de 1986, providencia en la cual se ordenó también dar el trámite pertinente al recurso de súplica interpuesto antes de la desaparación del expediente.

Surtido el trámite de rigor la Sala mediante auto de 29 de octubre de 1986 resolvió el recurso de súplica confirmando el auto recurrido y dejando en firme la suspensión provisional.

El 14 de noviembre de 1985, el Gobierno nacional había expedido el Decreto 3312 de 1985, ahora cuestionado.

El 6 de noviembre de 1986, los actores solicitaron se suspendiera provisionalmente el aparte transcrito del artículo 1º del Decreto 3312 de 1985, proferido el 14 de noviembre de 1985.

Los memorialistas fundamentaron su petición en el artículo 158 del Decreto 01 de 1984 y en la afirmación de que la última norma reproducía la que había sido suspendida por el Consejo de Estado mediante el auto de 25 de septiembre de 1985, confirmado por el de 29 de octubre de 1986.

El señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, se opuso a la anterior petición por considerar:

1. Que el Decreto 3312 de 1985 en la parte cuestionada no reproducía el Decreto 628 de 1985 que había sido suspendido, ya que las dos normas se refieren a definiciones diferentes.

2. Que cuando se expidió el Decreto 3312 de 1985 "no estaba produciendo efectos la suspensión provisional del Decreto 628 de 1985 por cuanto se había interpuesto un recurso de súplica, el cual no había sido resuelto en noviembre de 1985 y sólo hasta el 29 de octubre de 1986 quedó en firme la suspensión provisional", y

3. Que el 14 de noviembre de 1985 ni siquiera existía materialmente proceso.

El auto recurrido:

El Consejero sustanciador, mediante la providencia aquí recurrida resolvió negar la suspensión provisional solicitada del aparte cuestionado del artículo 1º del Decreto 3312 de 1985, con base en las siguientes consideraciones:

"Efectivamente, respecto del auto de suspensión provisional del artículo 1º del Decreto 628 de 1985, dictado por el Consejero que suscribe esta providencia, interpuso el apoderado de la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público, doctor Pablo Acuña Fergusson, recurso de súplica ante los restantes Magistrados de la Sala de Decisión, el cual no había sido resuelto cuando se produjo la ocupación violenta del Palacio de Justicia, su incendio y destrucción, el 6 de noviembre de 1985, siendo consumido por las llamas el expediente radicado bajo el número 0812 que contenía la demanda. Por tanto, cuando el Gobierno nacional animado o no por la misma razón por la cual había dictado la norma suspendida provisionalmente, dictó el Decreto 3312 el catorce (14) de noviembre del mismo año, no estaba en firme la orden de suspensión, y, así las cosas, no había desde este punto de vista puramente formal, violación de la norma que prohíbe reproducir actos administrativos suspendidos por la Jurisdicción Contenciosa; y, si este Decreto reproduce o no la esencia de la norma suspendida la que fue posteriormente a su expedición confirmada por la Sala de Decisión, es cuestión que habrá de decidirse en la sentencia que ponga fin a este proceso".

El recurso interpuesto:

Uno de los actores interpuso el recurso de súplica que ahora debe resolver la Sala e insiste en que se ordene la suspensión provisional del aparte citado del artículo 1º del Decreto 3312 de 1985, con base en las siguientes afirmaciones:

El auto suplicado se fundamenta en una razón de carácter formal: Que el auto que decretó la suspensión provisional no estaba ejecutoriado cuando ocurrió la reproducción por cuanto contra él se había interpuesto un recurso de súplica y en el hecho de "...la desaparición material del proceso (sic)..."

Lo anterior lleva a que bastaría hacer desaparecer materialmente "los expedientes (no los procesos) para lograr que las decisiones de la justicia administrativa se conviertan en ineficaces" y bastaría también a la Administración interponer el recurso de súplica contra los

autos que decreten la suspensión provisional de sus decisiones para "...derogar totalmente el Título XVII del Código Contencioso Administrativo".

No puede aceptarse que por haber desaparecido materialmente el expediente, desaparezca también el proceso y la prohibición de reproducir el acto suspendido y mucho menos es posible considerar que por haberse interpuesto el recurso de súplica contra el auto que ordena una suspensión provisional, pueda la Administración reproducirlo sin desconocer la prohibición prevista en el artículo 158 del Código Contencioso Administrativo. Esto llevaría al desconocimiento de los artículos 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158 y 159 del Código Contencioso Administrativo por una argucia procedimental, además de que ello implicaría que nunca se llegaría a un fallo de mérito, toda vez que la norma demandada desaparece, pero no por la suspensión sino al ser reemplazada por la que se expide para reproducirla.

Lo anterior con el agravante de que la norma expedida para reproducir la suspendida, tampoco podrá ser objeto de una fallo declarando su nulidad por cuanto no ha sido objeto, como en el caso de autos de una demanda de nulidad.

Agrega el recurrente que de acuerdo con las nuevas normas contenidas en el Decreto 01 de 1984, la Administración pierde competencia para volver sobre sus propias decisiones. Cita como apoyo de su aserto, el artículo 71 del Código Contencioso Administrativo que dice: "La revocación podrá cumplirse en cualquier tiempo, e inclusive en relación con actos en firme o aun cuando se haya acudido a los Tribunales contencioso administrativos, siempre que en este último caso no se haya dictado auto admisorio de la demanda".

Precisa que en el caso de autos, ya se había dictado auto admisorio de la demanda y no puede afirmarse que por haber desaparecido materialmente el expediente o por haberse interpuesto un recurso de súplica, la Administración recobre competencia para actuar sobre un acto suyo.

Se remite el recurrente al memorial en el que solicitó la suspensión provisional que le fue negada y precisa que los funcionarios del Gobierno expresamente reconocieron que el Decreto 3312 de 1985, reproducía la norma que había sido suspendida prueba esta afirmación con citas de publicaciones de prensa y los respectivos recortes.

Al descorrerse el traslado legal el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, guardó silencio.

El otro actor, en memorial presentado extemporáneamente insiste en la suspensión provisional del Decreto 3312 de 1985 en su aparte ya precisado.

Para resolver se considera:

El artículo 158 del Decreto 01 de 1984 consagró la figura de la suspensión provisional ya prevista en el artículo 100 de la Ley 167

de 1941, la cual opera respecto de actos administrativos que reproducen los ya suspendidos provisionalmente por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

A la luz de dicha norma debe resolverse el presente recurso.

La suspensión provisional de los actos administrativos encuentra su fundamento directamente en la Constitución Nacional en su artículo 193 el cual dispone textualmente: "La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente los actos de la administración por los motivos y con los requisitos que establezca la ley".

Esta norma que fue introducida en sus términos vigentes por el artículo 42 del Acto legislativo 1º de 1945, tuvo sus antecedentes en la misma Constitución de 1886 y consagra la suspensión provisional como una medida de excepción enfrente a la validez y eficacia de los actos administrativos.

La ley ha reglamentado los motivos y requisitos para que proceda la suspensión provisional y dicha reglamentación se encuentra contenida en la actualidad en los artículos 152 y siguientes del Decreto 01 de 1984 y el ya citado artículo 158 establece expresamente la prohibición de reproducir un acto suspendido o anulado a menos que con posterioridad a la sentencia hayan desaparecido los fundamentos legales de la anulación o suspensión.

Y para hacer efectiva la citada prohibición el mismo artículo establece que los efectos de los actos proferidos violando la prohibición en cuestión, también deben suspenderse provisionalmente y esa orden de suspensión se debe comunicar y ejecutar inmediatamente.

Y agrega la norma que si está pendiente un proceso en el cual se hubiera decretado la suspensión provisional de un acto y éste fuere reproducido, bastará solicitar la suspensión acompañando copia del nuevo acto. Esa petición, debe resolverse en cualquier estado en que se encuentre el proceso y luego en la sentencia se resolverá ya definitivamente sobre la legalidad del acto.

De conformidad con las anteriores previsiones de nuestro ordenamiento jurídico, además de la suspensión provisional que se solicita cuando se demanda un acto que se considera abiertamente ilegal, existe la figura de la suspensión provisional que se solicita sin que exista demanda, respecto del acto que reproduce uno ya suspendido por la jurisdicción contencioso administrativa.

Para que opere esta suspensión provisional, que busca hacer efectiva la prohibición de reproducir actos suspendidos, se deben reunir los siguientes requisitos de conformidad con el citado artículo 158 del Decreto 01 de 1984.

1. Que se esté tramitando un proceso contra un acto administrativo.

2. Que en dicho proceso se haya ordenado la suspensión provisional del acto impugnado.

3. Que la autoridad administrativa haya reproducido, en esencia, el acto suspendido.

4. Que se solicite la suspensión del nuevo acto.

5. Que se adjunte copia del nuevo acto que se pretende también sea suspendido.

En el presente proceso se han reunido, sin lugar a dudas, los requisitos planteados en los anteriores numerales 1, 4 y 5 y el punto controvertido en el recurso de súplica que se resuelve, se refiere al requisito previsto en el numeral 2º: Que se haya ordenado la suspensión provisional del acto impugnado, ya que el auto del Consejero sustanciador consideró que como dicho auto no estaba en firme, por cuanto no se había resuelto un recurso de súplica interpuesto contra él, no podía suspenderse el que lo reprodujo.

Al respecto la Sala observa que evidentemente cuando se dictó el Decreto que ahora se pretende sea suspendido, no se había resuelto un recurso de súplica interpuesto contra el auto que ordenó la suspensión provisional del acto demandado, pero considera que ello no implica que no opere la prohibición de reproducirlo y la posibilidad de suspender el nuevo acto, si se llega a establecer que reproduce el suspendido inicialmente. Lo anterior, por las siguientes razones:

1. La prohibición de reproducir actos suspendidos o anulados tiene como única excepción según el primer inciso del artículo 158 citado, *que con posterioridad a la sentencia* hayan desaparecido los fundamentos legales de la anulación o de la *suspensión.*

La norma permite la reproducción de un acto suspendido sólo después de que se hubiere proferido sentencia definitiva, por ello, no es posible aceptar que se pueda reproducir, *mientras queda ejecutoriado el auto que ordena la suspensión provisional.*

2. Considera la Sala que la prohibición contenida en el primer inciso del artículo 158 del Decreto 01 de 1984, que reproduce lo que consagraba en este aspecto el artículo 99 de la Ley 167 de 1941, tiene por finalidad evitar que se desconozcan las decisiones de las autoridades contencioso administrativas encargadas de ejercer el control judicial de la Administración y opera desde el momento mismo en que éstas se profieran.

Por ello, una vez decretada la suspensión provisional de un acto administrativo y conocida dicha decisión por la Administración, ésta tiene la posibilidad de interponer los recursos procedentes y una vez interpuestos *debe* esperar sus resultados, pero no es jurídicamente posible que proceda a reproducir el acto suspendido, mientras se resuelve un recurso pendiente, pues ello implicaría el desconocimiento y la burla de la decisión judicial de suspensión provisional y con ello se ignoraría la finalidad de la prohibición en cuestión.

Pero es más, si la prohibición de reproducir el acto suspendido no operara desde el momento mismo en que se decreta la suspensión provisional aunque no se haya ejecutoriado la respectiva providencia, se llegaría a aceptar la posibilidad de coexistencia en el tiempo de dos actos de igual contenido: El acto suspendido, el cual sigue produciendo sus efectos hasta cuando quede ejecutoriada la providencia que

ordenó su suspensión provisional y el nuevo acto que lo reproduce o mejor lo *duplica,* dictado por la Administración por si no le prosperan los recursos.

Y esto sucedió en el caso de autos, en efecto, el auto que decretó la suspensión provisional del Decreto 628 de 1985 fue proferido el 25 de septiembre de 1985, el recurso de súplica contra dicho auto fue interpuesto por la Administración el 18 de octubre de 1985 dicho recurso fue resuelto, luego de la reconstrucción del expediente el 29 de octubre de 1986 y la Administración expidió el Decreto 3312 el 14 de noviembre de 1985, o sea que desde esta fecha y hasta el 29 de octubre de 1986, se encontraban produciendo efectos los dos actos administrativos.

Llama la atención de la Sala la oportunidad de la expedición del decreto que ahora se cuestiona, apenas 7 días después de la destrucción del Palacio de Justicia y del expediente, pero esa desaparición material, no implicaba el que hubiera desaparecido el proceso y como consecuencia de ello la prohibición expresa de reproducir un acto ya suspendido. Por ello, tampoco es aceptable para la Sala el argumento que en este sentido esgrimió el señor Representante del Ministerio de Hacienda.

Por lo expuesto, no comparte la Sala el planteamiento del Consejero conductor del proceso expuesto en el auto recurrido al considerar que no procede la suspensión provisional del aparte impugnado del Decreto 3312 de 1985, porque éste fue expedido cuando todavía no se había resuelto el recurso de súplica interpuesto por la Administración contra el auto que ordenó la suspensión provisional del Decreto 628 de 1985 y por ello habrá de revocarse dicha providencia y corresponde a la Sala resolver si procede o no la suspensión provisional solicitada para lo cual ha de establecer si evidentemente se reprodujo el acto suspendido o no, y si por lo tanto se reúne el requisito enumerado en el punto 3 del listado anteriormente precisado.

La norma suspendida, artículo 1º, Decreto 628 de 1985, decía:

"Artículo 1º Adiciónase el artículo 331 del Decreto 2666 de 1984 con el siguiente parágrafo:

"Parágrafo. Para determinar la base de liquidación del impuesto sobre las ventas, la expresión derechos de aduana es equivalente a la expresión derechos de importación definida en el artículo 1º de este Decreto".

"Artículo 2º Este Decreto rige a partir de 1º de marzo de 1985".

El aparte del artículo 1º del Decreto 3312 de 1985 que se pide ahora sea suspendido porque reprodujo el anterior dice:

"Derecho de Aduana.

"Son todos los derechos, emolumentos, impuestos, contribuciones, tasas, gravámenes, de cualquier clase que sean y todo pago que se fije o se exija, directa o indirectamente, sobre la importación o la exportación de mercancías a territorio aduanero nacional o fuera de él, o en relación con dicha importación o

exportación, lo mismo que toda clase de derecho de timbre, emolumentos o gravámenes que se exijan o se tasen respecto a todos los documentos requeridos para tal importación o exportación, o que en cualquiera otra forma tuvieren relación con tales operaciones.

"En consecuencia, la expresión 'Derechos de Aduana' así determinada corresponde para todos los efectos a la expresión 'Derechos de Importación o de Exportación' según el caso".

De la comparación de las normas transcritas puede afirmarse que evidentemente como lo anota el recurrente, el Decreto 3312 de 1985 reproduce *en esencia* la norma contenida en el Decreto 628 de 1985 la cual fue suspendida.

En efecto esta última disposición aunque específicamente para determinar la base de liquidación del impuesto sobre las ventas, estableció una equivalencia entre "derechos de aduana" y "derechos de importación". Lo anterior modificando el artículo 1º del Decreto 2666 de 1984.

Por su parte el Decreto 3312 de 1985, en su artículo 1º sustituye el artículo 1º del Decreto 2666 de 1984 y luego de definir los derechos de aduana, en inciso especial precisa que la expresión "derechos de aduana" corresponde para todos los efectos a la expresión "derechos de importación o de exportación".

Como esta última previsión es de carácter general y precisa que es "para todos los efectos", allí quedó incluido lo relacionado con el impuesto a las ventas a que se refería expresamente el Decreto 628 de 1985 suspendido y es por ello que la Sala considera que en la norma cuestionada se reprodujo *en su esencia,* el Decreto 628 de 1985 y por ello es del caso proceder a decretar la suspensión provisional solicitada, con fundamento en el inciso tercero del artículo 158 del Decreto 01 de 1984.

En mérito de lo expuesto la Sala,

Resuelve:

1º Revócase el auto suplicado.

2º Suspéndese provisionalmente el artículo 1º del Decreto 3312 de 1985 en el aparte que dice:

Derechos de Aduana.

"Son todos los derechos, emolumentos, impuestos, contribuciones, tasas, gravámenes, de cualquier clase que sean y todo pago que se fije o se exija, directa o indirectamente, sobre la importación o la exportación de mercancías a territorio aduanero nacional o fuera de él, o en relación con dicha importación o exportación, lo mismo que toda clase de derecho de timbre, emolumentos o gravámenes que se exijan o se tasen respecto a todos los documentos requeridos para tal importación o exportación, o que en cualquier otra forma tuvieren relación con tales operaciones.

"En consecuencia, la expresión 'Derechos de Aduana' así determinada corresponde para todos los efectos a la expresión 'Derechos de Importación o de Exportación' según el caso".

En firme esta providencia vuelva el expediente al conductor del proceso para que continúe su trámite.

Cópiese, publíquese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Jaime Abella Zárate, José Ignacio Narváez García.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

ACTO SUSPENDIDO PROVISIONALMENTE.—

ACLARA el auto de 1º de julio mediante el cual se suspenden provisionalmente los efectos del artículo 1º del Decreto 3312 de 1985 en el sentido de precisar que la citada suspensión se refiere a los efectos de dicha norma con relación a la determinación de la base de liquidación del impuesto a las ventas en la importación de bienes.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., veintinueve de julio de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejera ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación 0107. Aclaración del auto proferido por la Sala el 1º de julio del presente año mediante el cual se resolvió un recurso de súplica y suspendió provisionalmente los efectos del artículo 1º del Decreto 3312 de 1985. Actores: Guillermo Chahín Lizcano y Félix Hoyos Lemus.

El señor representante del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en memorial presentado oportunamente según el informe secretarial, solicita a la Sala, se aclare el auto proferido el 1º de julio del presente año, mediante el cual se resolvió el recurso de súplica y se suspendieron provisionalmente, los efectos del artículo 1º del Decreto 3312 de 1985.

El memorialista precisa su petición en los siguientes términos:

"Por lo tanto, se solicita a la honorable Sala aclarar si el efecto de la suspensión contenida en el auto de julio 1º de 1988 es de carácter general y recae sobre todas las materias, o si por el contrario, sólo recae sobre la liquidación del impuesto sobre las ventas, por cuanto esa es precisamente la materia del Decreto 628 de 1985, cuyo artículo fue suspendido provisionalmente y presuntamente reproducido 'en su esencia' por el artículo 1º del Decreto 3312 de 1985 como podría colegirse de lo previsto en los considerandos de la providencia que dispuso la suspensión de esta última norma".

Para resolver se considera:

El Decreto 01 de 1984 no trae ninguna disposición sobre aclaración de autos y por ello, de conformidad con su artículo 267 es del caso remitirnos a lo previsto por el Código de Procedimiento Civil sobre dicho tema.

El artículo 309 del Código de Procedimiento Civil establece que los autos son susceptibles de aclaración de oficio o mediante el recurso de reposición.

De acuerdo con esta última norma, es del caso proceder a aclarar la duda planteada por el memorialista que solicita la aclaración, pues aunque, como él mismo lo afirma, de acuerdo con la integridad de la providencia y en especial, con su parte considerativa puede establecerse el alcance de la misma, no habiendo norma que lo prohíba, la Sala la aclarará previas las siguientes consideraciones:

El auto proferido por la Sala, cuya aclaración se solicita, fue pronunciado con fundamento en el artículo 158 del Decreto 01 de 1984, según el cual procede la suspensión provisional de un acto administrativo cuando reproduce *en esencia* otro acto ya suspendido o anulado.

En el caso de autos, encontró la Sala que se reunían los requisitos exigidos por el citado artículo para que procediera la suspensión provisional solicitada, toda vez que el artículo primero del Decreto 628 de 1985 había previsto:

"Artículo 1: Adiciónase el artículo 331 del Decreto 2666 de 1984 con el siguiente parágrafo:

"Parágrafo. Para determinar la base de liquidación del impuesto sobre las ventas, la expresión derechos de aduana es equivalente a la expresión derechos de importación definida en el artículo 1º de este Decreto".

Fue suspendido provisionalmente por el Consejo de Estado, mediante auto de 25 de septiembre de 1985 y por auto de 29 de octubre de 1986, fue confirmada la suspensión provisional, al resolver la Sala un recurso de súplica.

El 14 de noviembre de 1985, se expidió el Decreto 3312 y éste, en su artículo primero definió el concepto de derecho de aduana y precisó de manera general que "...la expresión 'Derechos de Aduana' así determinada corresponde para todos los efectos a la expresión 'Derechos de Importación o de Exportación' según el caso".

Esta última norma, si bien da una definición general, reproduce en su esencia la norma ya suspendida, y la reproduce realmente, no presuntamente como lo afirma el memorialista, ya que a partir de su vigencia para determinar la base de liquidación del impuesto sobre las ventas la expresión de "derechos de aduana" correspondía a la de "derechos de importación", tal como lo establecía el artículo 1º del Decreto 628 de 1985, el cual había sido suspendido.

Tal como lo dice la providencia que se aclara, la norma que había sido suspendida se refería a la base de liquidación del impuesto a las ventas, y por ello la suspensión provisional de los efectos del Decreto 3312 de 1985 en los apartes cuestionados debe entenderse con relación a la determinación de la base de liquidación del impuesto sobre las ventas, que era el contenido de la norma que había sido suspendida y no para los demás efectos.

Así las cosas, siendo procedente la aclaración, la Sala *resuelve:*

Aclarar el auto proferido el 1º de julio, mediante el cual se suspendieron provisionalmente los efectos del artículo 1º del Decreto 3312 de 1985 en el sentido de precisar la citada suspensión provisional se refiere a los efectos de dicha norma con relación a la determinación de la base de liquidación del impuesto a las ventas en la importación de bienes.

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, José Ignacio Narváez García.

Jorge A Torrado Torrado, Secretario.

SUSTRACCION DE MATERIA.— SUSPENSION PROVISIONAL.

Teniendo en cuenta la naturaleza de la suspensión provisional y sus efectos, hacia el futuro, cuando de actos derogados se trata, no es del caso suspenderlos pues ya no están produciendo efectos jurídicos. Ello no implica la terminación del proceso.

SE REVOCA LA SUSPENSION PROVISIONAL ordenada en el auto de Sala Unitaria de febrero 23 de 1987, respecto de las siguientes disposiciones del Decreto reglamentario número 353 de 1984, así:

1º Del artículo segundo (2º) se suspende el ordinal 2º que dice:

"El sesenta por ciento (60%) del valor patrimonial NETO representado en ganado de cría, hembras de levante y leche".

2º Del mismo artículo segundo (2º) se suspende el ordinal 3º que dice:

"El veinticinco por ciento (25%) del valor patrimonio neto de los predios rurales, cuando el valor patrimonial del bien se fije con base en el avalúo catastral".

3º Del artículo segundo (2º) se suspende el ordinal 4º que dice:

"El valor patrimonial neto de los aportes poseídos por sociedades de cualquier naturaleza en sociedades de responsabilidad limitada y asimiladas".

4º Del artículo 3º se suspende el numeral 1º que establece:

"El valor de los dividendos y de las participaciones fiscales que corresponden a sociedades de cualquier naturaleza, en sociedades colombianas".

5º Del artículo 4º, el ordinal 1º, en cuanto se remite al artículo segundo (2º) en la forma de determinar la renta presuntiva de que tratan los artículos 15, 16 y 17 de la Ley 9ª de 1983 y que dice:

"Sobre el valor del patrimonio líquido determinado en la forma indicada en el artículo segundo (2º) del presente Decreto se calcula el seis por ciento (6%) por el año gravable de 1983, el siete por ciento (7%) por el año gravable de 1984 y el ocho por ciento (8%) para los años gravables 1985 y siguientes".

6º El ordinal segundo (2º) del artículo 4º "en cuanto hace referencia a que los ingresos netos base de las rentas presuntivas enumeradas sean los determinados en la forma indicada en el artículo 3º del presente Decreto", por cuanto de dicho artículo 3º se suspendió el ordinal primero (1º).

7º Del artículo 4º, el ordinal 3º en cuanto dispone que a la renta presuntiva por el "mayor valor resultante de los dos numerales anteriores que sumen". "El valor de los dividendos y participaciones fiscales que correspondan a sociedades de cualquier naturaleza en sociedades colombianas" (art. 3º, numeral 1:).

8º El artículo 6º junto con el artículo 4º, ordinal 3º en cuanto dispone que la adición de los dividendos y las participaciones se cumpla en la etapa anterior a la de comparar los factores ante los cuales se toma la determinación para gravar sobre la renta real u ordinaria o sobre la renta presuntiva.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., primero de julio de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejera ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Magistrado auxiliar: *Doctor Humberto Beltrán Achury.*

Referencia: Radicación 1301. Recurso de súplica contra el auto de Sala Unitaria proferido el 23 de febrero de 1987. Actores: Carlos Alfredo Ramírez Guerrero y Alvaro Hernando Gama Beltrán.

El señor abogado Pablo Acuña Fergusson, delegado del Director General de Impuestos Nacionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, suplica, el auto de esta Corporación, en Sala Unitaria, de 23 de febrero de 1987, admisorio de la demanda, mediante el cual se accedió, así mismo, a suspender provisionalmente los actos acusados, medida ésta que es materia del recurso sobre el que decide ahora la Sala.

En acción pública, se demandó la nulidad y la suspensión provisional de los artículos 2º, ordinales 2º, 3º y 4º, numeral 1º; 4º, ordinales 1º, 2º, 3º, y 6º del Decreto reglamentario 353 de 1984, por la violación de diversas disposiciones de las Leyes 9ª y 14 de 1983, y de la Constitución Política, éstas, por exceso en el ejercicio de la función reglamentaria e intrusión en la órbita legislativa común.

Sobre el texto comparado de las normas comprometidas en la *litis* de acuerdo con los cargos y siguiendo, en parte, el esquema de la doble columna sugerido por el recurrente, la siguiente es la síntesis de los extremos de la acusación, la decisión y la oposición a ésta:

DISPOSICIONES ACUSADAS	PRECEPTOS QUEBRANTADOS
Decreto 353 de 1984.	*Ley 9ª de 1983.*
1) "ARTICULO 2º El patrimonio líquido base para el cálculo de la renta presuntiva, será el que se obtenga de excluir del total del patrimonio líquido del año inmediatamente anterior al gravable, el valor patrimonial neto de los activos representados en los siguientes bienes:	"ARTICULO 15.
"...	"...
	"PARAGRAFO 2. El ganado de cría, hembras de levante y leche sólo se computará para efectos de la determinación de la renta presuntiva, en el cuarenta por ciento (40%) de *su valor*".
"2. El sesenta por ciento (60%) del valor patrimonial *neto* representado en ganado de cría, hembras de levante y leche".	*Ley 14 de 1983.*
2) "3. El veinticinco por ciento del valor patrimonial *neto* de los predios rurales, cuando el valor patrimonial del bien se fije con base en el avalúo catastral".	"ARTICULO 23.
	"...
	"PARAGRAFO 1. Para los predios rurales el avalúo catastral señalado en los literales B, C y D sólo se tomará en el 75% de *su valor*".
3) "4. El valor patrimonial neto de los aportes *poseídos por sociedades de cualquier naturaleza* en sociedades de responsabilidad limitada y asimiladas".	*Ley 9ª de 1983.*
4) "ARTICULO 3º La base del cálculo de los ingresos netos para efectos de la renta presuntiva, se establecerá restando de los ingresos netos susceptibles de constituir renta realizados en el año gravable, los que correspondan a los siguientes conceptos:	"ARTICULO 16. Los aportes y participaciones que a las sociedades de responsabilidad limitada y asimilada corresponden en sociedades colombianas de la misma naturaleza de las nombradas, no se tendrán en cuenta para determinar el patrimonio líquido, la renta líquida ni los ingresos netos, a que se refiere el inciso 1º del artículo 15 de la presente Ley. Para determinar el valor del aporte que se debe excluir, se descontará de éste la parte del pasivo que proporcionalmente le corresponda.
"1. El valor de los *dividendos* y de las *participaciones* fiscales	"La norma establecida en este artículo también se aplicará pa-

que correspondan a *sociedades de cualquier naturaleza,* en sociedades colombianas".

5) "ARTICULO 4º De conformidad con los artículos 15, 16 y 17 de la Ley 9ª de 1983, el valor de renta allí establecida se obtendrá en la siguiente forma:

"1. Sobre el valor del patrimonio líquido determinado en la forma indicada en el artículo 2º del presente Decreto...

ra las acciones y dividendos que correspondan a las sociedades de responsabilidad limitada en sociedades anónimas y asimiladas colombianas.

"Cuando la renta líquida de una sociedad limitada o asimilada se determine por el sistema de renta presuntiva, a la renta así determinada se agregará el valor de las participaciones o dividendos que fiscalmente le correspondan por el respectivo ejercicio gravable.

"ARTICULO 17. Las acciones y dividendos que correspondan a sociedades anónimas y asimiladas en sociedades colombianas de la misma naturaleza de las nombradas, no se tendrán en cuenta para determinar el patrimonio y la renta líquidos, ni los ingresos netos, a que se refiere el inciso 1º del artículo 15 de la presente Ley. Para determinar el valor de las acciones que deben excluirse, se descontará de dicho valor la parte del pasivo que proporcionalmente le corresponda.

"Cuando la renta líquida de una sociedad anónima o asimilada se determine por el sistema de renta presuntiva, a la renta así determinada se agregará el valor de los dividendos que le sean pagados o abonados en cuenta por el correspondiente ejercicio gravable".

"2. Sobre el valor de los ingresos netos determinados en la forma indicada en el artículo 3º del presente Decreto...

"3. Al mayor de los valores resultantes de los numerales anteriores se suma el valor de los siguientes ingresos:

"A) ...y el de los dividendos mencionados en el numeral 1º del mismo artículo, previamente afectados todos ellos con los costos y deducciones imputables a dichos ingresos...;

"B) El de las participaciones de que trata el numeral 1º del artículo anterior".

6) "ARTICULO 6º Para efectos de obtener la renta gravable, se tomará como renta líquida la que resulte superior de comparar la renta líquida establecida por el sistema ordinario y la renta líquida establecida de conformidad con el artículo 4º de este Decreto. A dicha renta líquida se le restará la renta exenta".

En relación con los dos primeros cargos, explicaron los actores que, en tanto que en los preceptos superiores, los artículos 15, parágrafo 2º, de la Ley 9ª de 1983, y 23, parágrafo 1º, de la Ley 14 del mismo año, se dispone excluir del régimen de presunción, cierta fracción porcentual de los bienes allí relacionados, determinada sobre el "valor" de éstos, las correspondientes normas reglamentarias ordenan efectuar el cálculo sobre el "valor neto" de los mismos, con lo cual, enfatizaron, se introdujo un "mandato nuevo", distinto del contemplado en la ley, ya que la exclusión se tendría que hacer por cifra diferente.

En el auto suplicado, se tienen por fundadas las razones de los actores, en punto de haberse configurado, efectivamente, la flagrancia esgrimida por éstos, "pues uno es el patimonio total o su valor íntegro y otro bien distinto es el patrimonio neto, pues éste surge al restarse el pasivo..."

Niega, a su turno, el recurrente, que la determinación del patrimonio líquido base de la presunción, se haga en el reglamento por un método diferente al de la ley reglamentada.

En ésta, la ley, dice, se parte de valores patrimoniales brutos, que incluyen el 40% del ganado de cría, hembras de levante y leche, y el 75% de los predios rurales, de los cuales se resta el pasivo para obtener el patrimonio líquido.

En aquél, el reglamento en cambio, "con el fin de dar una mayor claridad a la ley", el procedimiento es el mismo, pero por otra vía, consistente ésta en sumar los activos por el ciento por ciento de su valor, incluidos el ganado y los predios, y restar de aquí las deudas, para llegar al patrimonio líquido, y luego sustraer de éste el 60% y el 25% de los valores patrimoniales netos del ganado y los predios, respectivamente, entendiendo por valores patrimoniales netos los que resulten de la afectación de dichos bienes con la parte proporcional que les corresponda a éstos en la deuda total.

Concluye que, "como he podido demostrar la ostensible (sic) y flagrante violación que exige (sic) el Código Contencioso Administrativo en el caso presente no se da, toda vez que para llegar a la conclusión de que el reglamento es violatorio o no de su norma superior, es necesario hacer un estudio muy profundo de las normas respectivas y de los procedimientos y cálculos que en ella se establece (sic)..."

En lo que dice relación con los dos cargos subsiguientes, sostuvieron los actores que el "régimen general" de la presunción, estatuido en el artículo 15 de la Ley 9ª de 1983, difiere del "especial" consignado por ésta en sus artículos 16 y 17, para las sociedades de responsabilidad limitada y sus asimiladas y anónimas y asimiladas, en su orden, distinción que habría sido pretermitida por el reglamento.

Al efecto expusieron que la exclusión de aportes del patrimonio líquido base para determinar la renta presuntiva, contemplada en el artículo 16 de la ley, está referida exclusivamente a limitadas y asimiladas, sin embargo de lo cual, el artículo 2º, ordinal 4º, del Decreto reglamentario, pretende extender la misma previsión a toda clase de sociedades.

Y que, mientras en el artículo 17 de aquélla, que regula privativamente el sistema de presunción de las anónimas y asimiladas, inversionistas de otras de su misma especie, se ordena exceptuar, de los ingresos netos susceptibles de constituir renta, únicamente el valor de los dividendos, el artículo 3º, numeral 1º, reglamentario, autoriza la sustracción, tanto de los dividendos como de las participaciones que les correspondan a las susodichas anónimas y asimiladas.

Sobre el particular, el auto suplicado halla demostrada la manifiesta violación de los preceptos invocados, en el caso de la exclusión de aportes del patrimonio líquido, por haberla prolongado el reglamento a sociedades, las anónimas y asimiladas, no mencionadas en la ley reglamentada; y, en el de las exclusiones de dividendos de los ingresos netos, por predicarse también dicha exclusión de las participaciones.

Por su parte, el recurrente, refiriéndose sólo a la suspensión del numeral 1º del artículo 3º del decreto acusado, afirma que esta disposición es, simplemente, un "resumen" de los artículos 16 y 17 de la Ley 9ª de 1983.

Y que ello es así, porque según el artículo 17, para determinar los ingresos netos no se deben computar los dividendos correspondientes a sociedades anónimas y asimiladas, en sociedades colombianas de la misma naturaleza de éstas.

Y conforme al artículo 16, inciso 2º, tampoco los dividendos que correspondan a sociedades limitadas y asimiladas, en sociedades anónimas y asimiladas, se deben tener en cuenta para determinar esos ingresos netos.

Termina que cuando la norma acusada "hace referencia a 'sociedades de cualquier naturaleza', se está refiriendo concretamente, tanto a sociedades de responsabilidad limitada y asimilada, como a sociedades anónimas y asimiladas..."

Finalmente, se demandaron y se pidió la suspensión provisional del artículo 4º, ordinales 1º, 2º y 3º, y del artículo 6º, del reglamento en cuestión.

Los ordinales de aquel, en virtud de que remiten, respectivamente, a los artículos 2º, 3º y 5º, numeral 1º, del decreto, igualmente acusados.

Y el artículo 6º, en cuanto remite al artículo 4º antes citado.

Se formuló, además, al ordinal 3º de este último artículo, conjuntamente con el artículo 6º, el cargo de haber alterado la secuencia del tratamiento de factores, para la determinación de la base imponible de la presunción.

La demanda afirma a este respecto, que la suma de los dividendos y participaciones que, en los incisos finales de los artículos 16 y 17 de la Ley 9ª de 1983, se ordena hacer a la renta presuntiva, una vez calculada y fijada esta definitivamente como base gravable, en las acusadas disposiciones reglamentarias tal suma aparece prevista para una etapa anterior, cuando aún no se ha definido si se va a tomar la renta líquida ordinaria o la renta presuntiva, como gravable.

Sobre los mismos razonamientos de los actores, de la relación de normas acusadas, cuya eficacia está ligada al contenido que se asignan unas y otras, decide, el auto recurrido, suspender provisionalmente esta última serie de normas acusadas, encontrando, además, probado el cargo final, formulado conjuntamente contra el ordinal 3º del artículo 4º y el artículo 6º del reglamento, "por cuanto la adición a la renta presunta se aplica o toma al final el (sic) proceso de determinación de la renta y es en este momento en que se decide el sistema por aplicar..."

El recurrente, sin mencionar para nada la suspensión de que fue objeto el artículo 6º del decreto reglamentario, dice sustentar su solicitud con relación al último grupo de disposiciones, en las mismas razones que le sirvieron para defender esa solicitud respecto de las restantes normas suspendidas.

Se considera:

Al entrar en vigencia la Ley 75 de 1986, específicamente, sus artículos 47, 48 y 49, donde aparecen nítidamente definidas, de una parte,

las cuestiones atinentes a la exclusión, para la determinación del patrimonio líquido base de la presunción, de los aportes y acciones, y para la fijación del ingreso neto objeto de dicha presunción, de las participaciones y dividendos, y, de otra, las relativas al "valor" a que se debe atender en el momento de la remoción de bienes del régimen de presunción, quedó sin sustento la suspensión provisional decretada, por sustracción de materia jurídica.

En efecto, según el artículo 47 de la Ley 75 de 1986, se deben restar, del patrimonio líquido, los aportes y acciones, quien quiera que sea el titular de éstos, con tal que los mismos se posean en sociedades colombianas; y del ingreso neto, conforme al artículo 48 *ibídem*, los dividendos y participaciones, con la única condición de que, como en el caso anterior, tales ingresos sé hubieran recibido de sociedades nacionales.

A su vez, el artículo 49 *ibídem*, refiere el "valor patrimonial neto" como variable de cómputo u operación, para cualquier evento en que se autorice la exclusión de bienes, en orden a la determinación de la renta presuntiva.

Por lo que hace a la oportunidad para sumar el valor de los dividendos y participaciones, también es claro el inciso 2º del citado artículo 48, en el sentido de que tal operación es pertinente una vez establecida la renta presuntiva.

De conformidad con lo hasta aquí expuesto, es claro para la Sala que las normas demandadas y cuya suspensión provisional se discute perdieron su vigencia con la expedición de la Ley 75 de 1986, lo cual no implica la terminación del presente proceso, de conformidad con reiterada jurisprudencia de la Sección Cuarta de esta Corporación, según la cual éste debe continuar hasta culminar con un pronunciamiento de fondo, que va a producir consecuencias en aquellas situaciones que se encuentren *sub judice*.

Teniendo en cuenta la naturaleza misma de la suspensión provisional y sus efectos, hacia el futuro, cuando de actos derogados se trata, no es del caso suspenderlos pues ya no están produciendo efectos jurídicos.

En el caso de autos, habiéndose establecido la no vigencia de los actos demandados, procede levantar la suspensión provisional ordenada, revocando el auto suplicado.

Por lo expuesto el Consejo de Estado por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso

Resuelve:

Revócase el auto suplicado.

Vuelva el expediente al despacho del consejero sustanciador para que continúe el trámite.

Cópiese, publíquese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Jaime Abella Zárate, José Ignacio Narváez García.

Jorge A Torrado Torrado, Secretario.

INGRESO NETO. RENTA BRUTA.— Concepto.

Son conceptos diferentes que no se pueden confundir.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., ocho de julio de mil novecientos ochenta

Consejera ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación 1361. Acción de nulidad y suspensión provisional del parágrafo 1º artículo 3º del Decreto reglamentario número 353 de febrero 14 de 1984 proferido por el Gogierno Nacional. Actor: Hernando Rodríguez Rozo.

Cumplido el trámite de rigor, procede la Sala a resolver la petición de anulación del parágrafo 1º artículo 3º del Decreto reglamentario número 353 de 1984, del Gobierno Nacional.

Argumentos de la demanda:

El accionante fundamenta su petición en que el parágrafo 1º del artículo 3º del Decreto reglamentario 353 de 1984, viola los artículos 15 y 17 del Decreto 2053 de 1974, en cuanto al referirse al concepto de *Ingresos netos,* establece que tal concepto surge al considerar el monto de los ingresos brutos, menos devoluciones, rebajas y descuentos, sin descontar *los costos* imputables a los mismos, como sí se prevé en los artículos citados como violados.

Lo anterior, porque a su juicio el Decreto 2053 de 1974, en los artículos citados establece una "identidad o asimilación entre los ingresos netos y la renta bruta" y a ésta hay que restarle los costos imputables a los ingresos, para que tales ingresos sean susceptibles de producir un incremento neto del patrimonio.

Anota el libelista que el mismo Decreto 353 de 1984, en su artículo 4º, numeral 3º, literal a) establece que cuando la renta presuntiva se determina sobre los ingresos netos, a esa renta presuntiva debe sumarse el valor de los ingresos exceptuados de la renta presuntiva y agrega "pero deben sumarse tales ingresos, previamente afectados con los costos imputables a dichos ingresos exceptuados de la renta presuntiva..." y ello significa que todos los ingresos deben afectarse con los costos imputables a los mismos para que sean ingresos netos. Afirma que la norma demandada es restrictiva.

En el libelo se anotan citas de conceptos contables para afirmar que el parágrafo demandado no sólo "es abiertamente ilegal sino que también va contra las nociones de contabilidad y las sanas prácticas contables".

Anota que de acuerdo con lo previsto en el acto demandado, la renta presuntiva, se aplica no sobre los ingresos netos, sino sobre los ingresos brutos y con ello se está aumentando la renta presuntiva de los contribuyentes.

Trae finalmente, argumentos de inconveniencia e inoportunidad de la norma demandada y controvierte los argumentos que tuvo el Consejo de Estado para respaldar la revocatoria de la suspensión provisional de la norma, ahora cuestionada, en otro proceso cuyo expediente se destruyó en noviembre de 1985.

Solicitó la suspensión provisional, la cual le fue negada, por cuanto no se daban las condiciones exigidas por la ley para tal efecto, ya que la ilegalidad propuesta no podía establecerse de una simple comparación del acto acusado con las normas citadas como violadas.

Argumentos de la parte impugnadora:

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público a través de su delegado, se hizo parte para oponerse a las pretensiones de la demanda, con base en la afirmación fundamental, de que los elementos que conforman el concepto de ingreso neto, son los mismos en el artículo 15 del Decreto 2053 de 1974 y en el artículo 3º, parágrafo 1º del Decreto 353 de 1984, inclusive el referente a que el ingreso debe producir un incremento patrimonial neto.

La anterior conclusión la establece el memorialista luego de un análisis comparativo de las previsiones contenidas en las citadas normas con relación al concepto de ingreso neto.

Anota por otra parte, que el artículo 17 del Decreto 2053 de 1974, también citado por el actor, no es aplicable al caso de autos, toda vez que se refiere es al concepto de renta bruta, tema no discutido.

Concepto Fiscal:

La distinguida Fiscal Quinta de la Corporación en su vista de fondo conceptúa que deben negarse las pretensiones de la demanda porque considera que el planteamiento es equivocado, ya que "...por una parte, no puede confundirse la noción económica y legal de ingreso neto con la noción económica y legal de renta bruta y, por otra, la condición de que el ingreso sea susceptible de producir incremento neto de patrimonio hace relación al hecho imponible, no a la base imponible, que como se sabe, sólo es la unidad de medida del hecho imponible".

Luego de desarrollar el anterior planteamiento, concluye que la norma demandada no viola los artículos 15 y 17 del Decreto 2053 de 1974.

Para resolver se considera:

La norma demandada forma parte del Decreto 353 de 1984, por medio del cual el Gobierno nacional reglamentó parcialmente la Ley 09 de 1983 y fijó las bases del cálculo de los ingresos netos para establecer la renta presuntiva.

El concepto de ingresos netos estaba definido ya en el artículo 15 del Decreto 2053 de 1974 según el cual pueden considerarse como tales, los que resultan de restar a los ingresos ordinarios y extraordinarios, percibidos en el año o período gravable, las devoluciones, rebajas y descuentos, siempre y cuando originen un incremento neto del patrimonio al momento de su percepción y no hubieren sido exceptcionados por la misma norma.

El mismo artículo 15 continúa diciendo que: "...*De los ingresos netos* se restan cuando sea del caso los costos realizados imputables a tales ingresos con lo cual se obtiene *la renta bruta*..." (Se subraya).

Lo anterior permite afirmar que uno es el concepto de ingresos netos y otro el de renta bruta.

Según el criterio contenido en la demanda, los artículos 15 y 17 del Decreto 2053 de 1974, asimilan los conceptos de ingresos netos y de renta bruta y por ello cuando la norma demandada no incluye los costos para restarlos de los ingresos ordinarios, viola los citados artículos.

A juicio de la Sala dicho argumento es totalmente equivocado, porque como ya se anotó son conceptos diferentes y porque aunque en la práctica, si no existen costos, el valor del ingreso neto puede ser el mismo de la renta bruta, esto no puede llevar a la conclusión de que los dos conceptos se confunden.

Así las cosas, cuando el parágrafo 1º del artículo 3º del Decreto 353 de 1984 define el concepto de ingresos netos para efectos de la renta presuntiva, como el valor de los ingresos brutos realizados en el año, menos los descuentos, rebajas y devoluciones, lo hace en la misma forma que lo hizo el artículo 15 del Decreto 2053 de 1974, sin referirse a los costos, pues éstos han de tenerse en cuenta cuando se trata de establecer otro concepto: El de la renta bruta.

Por otra parte, es cierto como lo anota el señor representante del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que el citado artículo 3º del Decreto 353 de 1984, al referirse a los ingresos netos en su primer inciso, precisa que son aquellos "...susceptibles de constituir renta..." previsión que debe considerarse integralmente con la contenida en el parágrafo del citado artículo 3º, aquí demandado. O sea que en este aspecto planteado por el demandante tampoco encuentra la Sala que la norma impugnada viole los artículos 15 y 17 del Decreto 2053 de 1974, por no precisar que se trata de ingresos constitutivos de renta.

Y con relación a este último aspecto, además, la Sala comparte el argumento expuesto por la distinguida colaboradora fiscal en los siguientes términos:

"*Costo como elemento de depuración de la medida del hecho imponible.* El artículo 15 del Decreto 2053 de 1974 al describir el

proceso de determinación de la base gravable, parte de la suma de todos los ingresos ordinarios y extraordinarios realizados en el año o período gravable 'que sean susceptibles de producir un incremento neto del patrimonio en el momento de su percepción' acogiendo como hecho imponible la definición económica de renta (consumo más incremento neto de capital) para diferenciarla de ingresos que no constituyen hecho imponible y por tanto no causan la obligación tributaria, como el reembolso de capital o la indemnización por daño emergente. Ya en el proceso de depuración de la base, pasa el artículo 15 al ingreso neto mediante la resta de devoluciones, rebajas y descuentos, y posteriormente a la renta bruta mediante la resta de los costos realizados imputables a tales ingresos; de manera que nada tiene que ver la noción de costo respecto al hecho imponible. La depuración de los costos es una condición para llegar a la base gravable y la susceptibilidad de producir incremento neto de patrimonio es una condición de la ocurrencia del hecho imponible: La renta como consumo más incremento neto de patrimonio".

Por todo lo hasta aquí expuesto, observa la Sala que la norma demandada no viola las normas superiores invocadas en el libelo, y por ello, las peticiones de la demanda no pueden prosperar.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Niéganse las súplicas de la demanda.

Se le concede al doctor Pablo Acuña Fergusson la personería para actuar en este proceso como representante del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Cópiese, publíquese, notifíquese, archívese el expediente y 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.

POTESTAD REGLAMENTARIA.— Contenido.

El Decreto reglamentario no puede adicionar la ley que reglamenta, ni variar su sentido, ni exceder sus términos. El reglamento debe coincidir en su sentido general con la ley.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., veintiséis de julio de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Samuel Buitrago Hurtado.*

Referencia: Expediente número 650. Decretos del Gobierno. Actor: Gustavo Adolfo Anzola Franco.

El ciudadano Gustavo Adolfo Anzola Franco, obrando en ejercicio de la acción contemplada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, solicita "la *nulidad* del ordinal 1º-3º del Decreto 3227 de noviembre 12 de 1982, dictado por el señor Presidente de la República y el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público".

El acto acusado:

Mediante el Decreto 3227 de 1982, dictado como ya se anotó por el Presidente de la República con la firma de su Ministro de Hacienda y Crédito Público, "se reglamenta parcialmente el Decreto 2920 de 1982", disponiendo en sus artículos 2º y 3º:

"Artículo 3º En desarrollo y para los efectos previstos en el artículo 28 del Decreto 2920 de 1982, ninguna persona natural o jurídica podrá poseer, de manera directa o indirecta, por sí o por interpuesta persona, cumplidos cinco (5) años contados a partir del 1º de enero de 1983, más del veinte por ciento (20%) del total de las acciones en circulación de las instituciones financieras sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria o de una sociedad administradora de inversión. Para tal efecto, las instituciones financieras aquí señaladas cumplirán el programa de democratización gradual de que trata el artículo 4º de este Decreto.

"Artículo 3º Para la determinación de la proporción a que se refiere el artículo anterior, se aplicarán las siguientes reglas:

"1º En el caso de las personas naturales, se incluirán todas las acciones de las que sean poseedores tanto la persona misma como su cónyuge y los parientes de aquella dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y único civil, así como las que posean las sociedades, corporaciones, fundaciones y demás formas de gestión

asociativa de hecho o de derecho en las cuales aquella persona tenga más de un 25% del capital, o en el caso de las fundaciones, haya contribuido con más de dicho porcentaje a la formación del patrimonio.

"2º En el caso de las personas jurídicas, serán incluidas todas las acciones de las que fueren poseedoras tanto la entidad misma como sus subordinados. Se entiende que hay subordinación en los casos previstos en el artículo 261 del Código de Comercio".

La demanda:

Se refiere el primer término el actor al encabezamiento y contenido de los artículos 2º y 3º del Decreto reglamentario 3227 de 1982, citando como violadas en dos cargos distintos las siguientes normas: 1º Artículo 120 ordinal 3º de la Constitución Nacional y artículo 28 del Decreto legislativo número 2920 de 1982; 2º Numerales 1 y 2 del artículo 76 de la Carta y artículos 73, 74 y 633 del Código Civil.

El concepto de la violación, respecto del primer cargo, lo hace consistir en la reglamentación por parte del acto acusado, del artículo 28 del Decreto legislativo 2920 de 1982, cuyo texto transcribe: "Artículo 28: El Gobierno señalará un programa en virtud del cual deberá procederse a democratizar la propiedad accionaria de las instituciones financieras. Para tal efecto, determinará los porcentajes máximos de su capital, que puede poseer *una misma persona natural* o jurídica y las subordinadas de ésta y los plazos dentro de los cuales se llevará a cabo el programa" (subrayas del demandante). Anota que la norma reglamentada, al referirse textualmente a "...una misma persona natural o jurídica y las subordinadas de ésta..." no incluyó dentro del concepto persona natural a ninguna otra persona diferente de la que debe ser individual y unitariamente considerada, ni permitió que el mismo concepto fuera aplicable por extensión a otros sujetos de derecho, al contrario de lo preceptuado con las personas jurídicas dentro de las cuales sí incluye expresamente a sus subordinadas. Agrega el actor: "Si se observa el ordinal 1º del artículo 3º del Decreto 3227 de 1982, cuya nulidad se impetra, se encuentra que pretextando reglamentar el preindicado artículo 28 y para determinar la participación máxima que puede tener en el capítulo de una institución financiera '...una misma persona natural...', incluyó dentro de este concepto, no solamente a otras personas naturales distintas de las que deben ser consideradas, sino hasta personas jurídicas, que la norma reglamentada no había incluido, ni permitido incluir, pues habló de '...una misma persona natural...' no de otras, tales como el cónyuge, parientes de diverso grado, fundaciones, sociedades, corporaciones, etc. Por lo tanto, con el pretexto de reglamentar una norma de superior jerarquía, la ha modificado, variando su significación conceptual y excediendo sus términos". Por lo anterior, concluye el actor, el Presidente de la República, al expedir el artículo acusado, incurrió en exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria regulada en el ordinal 3º del artículo 120 de la Carta, violando de contera la norma reglamentada de superior jerarquía, artículo 28 del Decreto legislativo 2920 de 1982.

Se desarrolla el segundo cargo en los términos que se transcriben: "El Código Civil, en su artículo 73, comienza por afirmar que '...las personas son naturales o jurídicas...', para precisar seguidamente en el artículo 74 que son '...personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición...' y, posteriormente, en el artículo 633, que 'se llama persona jurídica, una persona ficticia, capaz de ejercer derechos o contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente...' Sostiene que los citados preceptos fueron violados por el ordinal 1º del artículo 3º del Decreto 3227 de 1982, por cuanto ha modificado el sentido y alcance de la definición legal de persona natural, al incluir dentro de ella no sólo a otras personas diferentes al individuo que debe ser específicamente considerado, sino a personas jurídicas, que son sujetos de derecho de naturaleza radicalmente disímil". Que por "razones similares a las expuestas, esto es por modificar disposiciones que tienen fuerza de ley, el ordinal 3º del Decreto 3227 de 1982, ha violado también el artículo 76 de la Constitución Nacional, en sus numerales 1º y 2º, conforme a los cuales, '...corresponde al Congreso hacer las leyes...' y por medio de ellas ejerce las atribuciones de '...interpretar, reformar y derogar las leyes preexistentes...' y '...expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones...'

Impugnación de la demanda:

Se constituyó en parte impugnadora el Ministro de Hacienda, consignando su posición en escrito visible a folios 64 y siguientes, en el cual hace una cita de apartes jurisprudenciales de esta corporación en torno a la potestad reglamentaria de que está investido el Presidente de la República, concluyendo que la norma acusada se ajusta a ella "toda vez que los límites del poder reglamentario de la ley los señala la necesidad de cumplir debidamente el estatuto desarrollado, en este caso el artículo 28 del Decreto 2920 de 1982, el cual facultó expresamente al Gobierno para 'señalar un *programa* en virtud del cual deberá procederse a democratizar la propiedad accionaria de las instituciones financieras', propósito para el cual el Presidente puede determinar *'los porcentajes máximos* (...) que puede poseer una misma persona natural o jurídica' (subrayados fuera del texto original). En este sentido debe advertirse cómo el Presidente de la República no tiene restricción legal alguna para encuadrar dentro del programa que ha de diseñar los criterios que resulten necesarios, idóneos y suficientes para obtener el cometido de la democratización, que no puede entenderse simplemente como un asunto formal, con prescindencia de factores como el parentesco, o la participación en el capital de determinadas personas jurídicas, ya que si así debiera interpretarse la ley, el propósito del legislador resultaría inocuo, estéril, fácilmente vulnerable, y la facultad reglamentaria en tal contexto vendría a constituir una limitante, antes que un mecanismo para poner en marcha, en ejecución, la ley. No escapa al juzgador que una institución financiera con una composición accionaria acorde con la disposición legislativa no sería aquella en la que un accionista, su cónyuge y sus descendientes, cada uno en forma individual, pudiere poseer el porcentaje máximo que para el efecto se ha establecido".

Respecto del segundo cargo, dice el impugnador: "Sobre esta argumentación resulta necesario recordar que al expedir la norma acusada el Presidente de la República no pretendió darle alcance, ni desnaturalizar las disposiciones civiles que se indican como violadas; simplemente se limitó a reglar la disposición del artículo 28 del Decreto 2920 de 1982, expidiendo un mandato acorde con los objetivos que se propone la norma reglamentada, dentro de las facultades de elaborar un programa con factores de cálculo —porcentajes— que permitieran lograr el cometido anunciado por la ley".

Concepto Fiscal:

Sostiene el señor Fiscal Primero de la Corporación que una correcta interpretación de los alcances del Decreto 2920 de 1982 debe hacerse teniendo en cuenta el contexto jurídico y económico dentro del cual fue dictado, toda vez que ello "constituyó la respuesta obligada e indispensable que el Estado colombiano dio con el propósito de conjurar toda una avalancha de irregularidades y de situaciones anómalas que por la época se detectaron dentro del sistema financiero nacional, que indudablemente estaban socavando la estabilidad económica del sistema y, lo que es peor, la confianza que el público en general tenía depositado en él lo cual constituye su pilar fundamental". Por tal motivo, continúa diciendo el colaborador fiscal, "se adoptaron medidas tan drásticas como las de restringir el porcentaje de acciones que una persona podía poseer dentro del capital de las instituciones financieras, restricción que obviamente, y con el propósito de no hacer nugatoria la medida, comprendía también la posibilidad de poseerlas directa o indirectamente, esto es, por sí o por interpuesta persona; así las cosas, como quiera que las personas que pueden detentar la propiedad accionaria indistintamente pueden ser personas naturales o personas jurídicas, a ambos tipos necesariamente se debían extender las medidas en cuanto a posesión indirecta de las acciones de suerte que cuando el artículo 28 del Decreto 2920 se refirió a '...que puede poseer una misma persona natural o jurídica y las subordinadas de ésta...', debe entenderse la 'subordinada' de la persona natural también, asumiendo como subordinación, para tales efectos, la persona que detenta en lugar o por encargo de la otra las acciones que poseía, posea o vaya a poseer en las instituciones financieras". Por lo anterior, concluye el señor Fiscal, comparte el punto de vista sostenido en este proceso por el Ministerio de Hacienda, en el sentido de que no ha sido desvirtuada la presunción de legalidad del acto demandado, solicitando se despachen desfavorablemente las pretensiones de la demanda.

Consideraciones de la Sala:

Ya se vio como mediante el Decreto acusado el Presidente de la República reglamentó parcialmente el Decreto legislativo 2920 de 1982. Fue en consecuencia dictado el Decreto reglamentario 3227 de 1982 en ejercicio de la facultad prevista en el ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional, de acuerdo con el cual corresponde al Jefe

del Estado, como suprema autoridad administrativa. "Ejercer la potestad reglamentaria expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarios para la cumplida ejecución de las leyes".

Contempla en consecuencia la norma en estudio dos aspectos distintos. En primer término, la necesidad y obligación por parte del jefe del ejecutivo de proveer a la creación de los actos administrativos que permitan la cabal ejecución de las disposiciones contenidas en las leyes. Y en segundo lugar, las limitaciones que en el ejercicio de la citada potestad reglamentaria se le imponen al Presidente de la República, de acuerdo con las cuales el acto reglamentario no puede estatuir situaciones no contenidas explícita o implícitamente en la disposición reglamentada, yendo más allá de lo permitido expresa o tácitamente por la norma de estirpe superior a la que debe sujeción. Sobre este tópico se han pronunciado la doctrina y la jurisprudencia en múltiples oportunidades. Así, dice el tratadista Luis Carlos Sáchica en su obra "Constitucionalismo Colombiano":

"El Decreto reglamentario no puede adicionar la ley que reglamenta, ni variar su sentido, ni exceder sus términos. El reglamento debe coincidir en su sentido general con la ley. Su objeto no es crear normas; esa función normativa corresponde al legislador. El reglamento tiene por finalidad desarrollar los preceptos de la ley, desenvolverlos, precisarlos, concretarlos, crear los medios para su ejecución, dictar las medidas para su cumplimiento, sin que al hacer esto pueda modificar en ningún aspecto esta ley. Se trata de hacerla viable, activa, que produzca los resultados y los efectos que determinó el legislador".

Sobre esta materia dijo esta Corporación en sentencia de 18 de octubre de 1946: "La potestad reglamentaria del Jefe del Estado en esta hipótesis es limitada... No puede dictar ninguna disposición que viole una ley cualquiera, no sólo la ley que completa, sino cualquier otra ley... El reglamento, además, completa la ley, fijando y desarrollando los detalles de aplicación de los principios que la ley contiene, pero no puede dictar ninguna disposición nueva. El reglamento tiene por objeto y por razón de ser asegurar la aplicación de la ley que él completa. Se halla, en rigor, contenido en la ley a que se refiere. Desarrolla los principios formulados por la ley, pero no puede en manera alguna ampliar o restringir el alcance la ley..."

Posteriormente, en sentencia de 17 de febrero de 1962, dijo esta misma Corporación: "Los límites del poder reglamentario de la ley los señala la necesidad de cumplir debidamente el estatuto desarrollado; si los ordenamientos expedidos por el Congreso suministran todos los elementos necesarios para su ejecución, el órgano administrativo nada tendrá que agregar, y de consiguiente, no habrá oportunidad al ejercicio de la función reglamentaria. Pero si en ella faltan los pormenores necesarios para su correcta aplicación opera inmediatamente la potestad para efectos de proveer a la regulación de esos detalles..."

Aplicando los anteriores principios al caso de autos, se tiene que el artículo 28 del Decreto legislativo 2920 de 1982 tiene como finalidad expresa y manifiesta el logro de la democratización de la propiedad accionaria de las instituciones financieras, entendiendo por

tal la no concentración de porcentajes excesivos de capital accionario en una sola persona natural o jurídica. Y para llevar a cabo la realización de dicho programa, la norma en estudio dio explícitas facultades al Gobierno para determinar los porcentajes límites. Ahora bien, es de toda evidencia que la norma de carácter legislativo quedaría únicamente en el papel, es decir, no tendría operancia o cumplimiento, si la persona natural o jurídica poseedora de acciones pudiera tener más del porcentaje señalado, mediante el cómodo y fácil expediente de colocarlas a nombre de terceras personas confiables, merced a vínculos de parentesco. De ahí que el artículo 2º del Decreto 3227 de 1982 acusado estatuyera que ninguna persona natural o jurídica puede poseer "de manera directa o indirecta, por sí o por interpuesta persona", más del 20% del total de las acciones en circulación de las instituciones financieras. Un bien cualquiera se posee directamente cuando la posesión se detenta abiertamente, a nombre propio. La posesión indirecta sería obviamente la que se hace aparecer, simuladamente en cabeza de una tercera persona, encubriendo la realidad de la posesión personal, propia. Tal posesión indirecta lógicamente debe hacerse figurar a nombre de personas íntimamente allegadas que son, como antes se anotó, las únicas que pueden ofrecer al titular de la posesión suficientes garantías. Al establecer por lo tanto el ordinal 1º del artículo 3º del Decreto 3227 de 1982 la presunción de que las acciones que aparezcan a nombre de cónyuges y parientes son en realidad acciones poseídas por una sola persona, para efectos del porcentaje límite, no hizo otra cosa que dar operancia práctica a la democratización instituida por la norma reglamentada, haciendo viable su aplicación. Admitir tal posesión indirecta implicaría, como lo anota el colaborador fiscal, "hacer nugatoria la medida". Para impedir una manifiesta burla a los fines del Decreto 2920 de 1982, fueron dictados los artículos 2º y 3º del Decreto 3227 de 1982, normas íntimamente ligadas entre sí, que por lo mismo vienen a constituir una suerte de proposición jurídica completa, cuya demanda aislada carece en consecuencia de sentido.

Ha de concluirse de todo lo anterior, que mediante el acto acusado la suprema autoridad administrativa actuó dentro de los parámetros que le fija la potestad reglamentaria, ya que lo dispuesto en él, por lo antes analizado, se halla implícitamente contenido en la norma reglamentada. Huelga decir que las precedentes consideraciones son igualmente valederas en lo que respecta a la segunda parte del numeral 1º del artículo 3º del Decreto reglamentario en cuestión: El límite del 20% estatuido por el artículo 2º antecedente sería fácilmente obviado mediante la toma de acciones por parte de personas jurídicas en las que el accionista tenga una considerable porción de capital. Para evitar tal maniobra financiera, que igualmente haría "nugatorios" los fines de la democratización perseguidos, la parte final de la disposición acusada considera como acciones de la persona natural "las que posean las sociedades... y además formas de gestión asociativa... en las cuales aquella persona tenga más de un 25% del capital..." En consecuencia, también en este segundo aspecto el reglamento no hace cosa distinta a lograr la cumplida ejecución de la ley reglamentada, todo dentro de las pautas que impone el artículo 3º del tantas veces citado artículo 120 de la Carta Fundamental.

Establecida la no prosperidad del primero de los cargos en estudio, toda vez que el acto acusado se adecúa tanto al espíritu como al contenido de la norma que reglamenta, no se observa por parte alguna como dicho acto pueda infringir los artículos 73, 74 y 633 del Código Civil relativos al concepto de personas. La norma demandada, ni por asomo, pretende dar una nueva "definición legal de persona natural", ni incluir dentro de ella a "otras personas diferentes al individuo", como lo pretende el demandante. Su alcance es harto diferente, pues se limita a presumir, como ha quedado puntualizado, que para efectos de la democratización y limitación porcentual del capital accionario de ciertas instituciones financieras, las acciones de personas y de sociedad vinculadas, son igualmente acciones poseídas por la persona natural. Por lo mismo, no ha invadido en este campo el ejecutivo un campo de acción reservado al órgano legislativo. Es pues en absoluto infundado este segundo cargo.

Por lo anteriormente expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del Ministerio Público y de acuerdo con él,

Falla:

Niéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

El fallo anterior lo discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día 22 de julio de 1988.

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

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

ACTO ADMINISTRATIVO.— Motivación.

Los actos administrativos que afecten a particulares deben ser motivados, así sea sumariamente.

SE DECLARA LA NULIDAD del inciso 3º del artículo 150 del Decreto 2477 de 1986.

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

Consejero ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente número 5079. INCORA. Actor: Fanny Suescún de Bocarejo.

En demanda presentada el 27 de marzo de 1987 la señora Fanny Suescún de Bocarejo solicita la nulidad del inciso 3º del artículo 150 del Decreto reglamentario 2477 de 1986, que es del siguiente tenor:

"Cuando el Ministerio niegue la autorización previa para arrendar o subarrendar, no estará obligado a dar a conocer las razones de su determinación".

El aludido Decreto dice reglamentar las Leyes 60 de 1967, 20 de 1969 y 61 de 1979, referentes al estatuto minero.

En el capítulo normas violadas señala la demandante como infringidos los siguientes artículos: 35 y 84 del Decreto 001 de 1984; 26 y 153 de la Constitución Nacional.

Cumplido el trámite de rigor, es oportuno entrar a decidir. Para ello, se considera:

Con la demanda se pidió la suspensión provisional de la norma impugnada. El suscrito ponente en auto de junio 6 de 1987 decretó la medida y para el efecto sostuvo:

"Según lo establece el inciso 2º del artículo 152 cuando la acción es de nulidad 'basta que haya una manifiesta violación de una norma superior que se puede percibir a través de una sencilla comparación para que el Juez administrativo proceda a suspender provisionalmente los efectos de la disposición impugnada'.

"La demanda señala el inciso 3º del artículo 150 del Decreto 2477 de 1986, como violatorio del artículo 35 del Decreto 01 de 1984, norma ésta que considera de mayor jerarquía que la acusada.

"El inciso 1º del artículo 35 del Decreto 01 de 1984, en desarrollo del artículo 5º de la Ley 58 de 1982, instituyó el principio de que todas las decisiones administrativas que afecten a particulares deberán ser motivadas así sea en forma sumaria. Significa lo anterior que la motivación de los actos administrativos que creen situaciones subjetivas es la regla y por lo tanto, sólo excepcionalmente y por mandato de la ley, se podrán tomar decisiones carentes de motivación y aún reservadas; porque, en principio, hasta las discrecionales deben motivarse si afectan tales derechos (art. 36 del C. C. A.).

"Para el despacho no cabe la menor duda que a partir de la vigencia de las normas citadas, todas las actuaciones administrativas son en principio públicas y que no pueden existir motivos o causas de ellas que sean reservadas, salvo que la Constitución o la ley determinen que ello puede ser así.

"La anterior fue la intención del legislador y para comprobarlo bastará citar las palabras del doctor Jaime Vidal Perdomo en su ponencia para primer debate, del proyecto de ley por medio del cual se concedieron facultades extraordinarias al Ejecutivo para reformar el Código Contencioso Administrativo.

"No puede esta ponencia llegar más lejos en cuanto a la advertencia sobre fallas o errores de nuestra normatividad; los debates parlamentarios permitirán profundizar en ese particular. Pero si consideramos del caso citar las bases de todo procedimiento administrativo sentadas en el Congreso a que se ha hecho referencia (Congreso Internacional de Ciencias Administrativas de Varsovia, año 1936): 'Primero, el principio de audiencia de las partes; enumeración de los medios de prueba que deben ser utilizados por la administración o por las partes en el procedimiento; tercero, determinación del plazo en el cual debe obrar la administración; cuarto precisión de los actos para los que la autoridad debe tomar la opinión de otras autoridades o consejos; quinto, necesidad de motivación por lo menos sumaria de todos los actos administrativos que afecten un particular; sexto, condiciones en las cuales la decisión debe ser notificada a los particulares, y como reglas generales complementarias, la declaratoria de que todo quebrantamiento de las normas que fijen garantías de procedimiento para el particular deben provocar la nulidad de la decisión administrativa y la responsabilidad de quien la infrinja' (Entre paréntesis no es del texto).

" 'El Decreto 2733 de 1959 debe ser actualizado con principios como los anteriores, en cuanto no estén ya recibidos en nuestro derecho...'

"Finalmente es importante resaltar que el artículo 5º de la Ley 58 de 1983, también estableció los principios que deben guiar las actuaciones administrativas y sólo excluyó de su cobertura los procedimientos especiales que se encontraban vigentes al momento de entrar a regir, o sea el 28 de diciembre de 1982. A partir de esa fecha las reglamentaciones de actuaciones administrativas a nivel nacional, departamental o municipal, deberán ajustarse a los preceptos orientadores de la mencionada disposición.

"Analizando el *sub exámine* a la luz de las anteriores consideraciones, salta a la vista la manifiesta violación del inciso 1º del artículo 35 del Código Contencioso Administrativo por parte de la norma acusada. Es indudable que el Ministerio de Minas y Energía puede reglamentar el trámite interno de las peticiones que le corresponda resolver. Lo que no puede es rebasar los límites impuestos por la norma superior, para el caso el Decreto 01 de 1984, en especial el principio que toda decisión que afecte a particulares 'será motivada al menos en forma sumaria'.

"No entiende el despacho por qué en asuntos mineros, en donde está en juego el patrimonio de toda la nación, las autoridades administrativas tengan que tomar decisiones con motivos escondidos. Estas actuaciones esotéricas son las que han conducido a la pérdida de nuestros recursos naturales, entregándoselas a transnacionales o nacionales, que lo explotan con criterio egoísta, olvidándose de las inmensas necesidades del pueblo colombiano".

En su oportunidad la fiscalía emitió su concepto. Así en su vista de junio 22 de 1988 estimó que debía anularse el inciso en cuestión. Al respecto dijo:

"Señala la demandante que el inciso 3º del artículo 150 del Decreto 2477 de 1986 que dispone lo siguiente: 'cuando el Ministerio niegue la autorización previa para arrendar o subarrendar, no estará obligado a dar a conocer las razones de su determinación', viola ostensiblemente el artículo 35 Código Contencioso Administrativo que dice: 'Adopción de decisiones, habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión que será motivada al menos en forma sumaria si afecta a particulares'.

"Afirma la actora que se desprende a primera vista la ilegalidad del inciso por desconocer lo preceptuado en el artículo 35 del Código Contencioso Administrativo que ordena la motivación de los actos administrativos.

"En efecto, tiene razón la demandante por cuanto lo establecido en el artículo 35 Código Contencioso Administrativo en lo relacionado a la obligación de motivar las decisiones de la administración, es desarrollo de uno de los principios rectores del derecho, como es el de defensa a través del control de legalidad de las decisiones de la administración, control este que solamente

se puede verificar cuando la administración expresa los motivos que tuvo en cuenta para la expedición del acto, esta exigencia se hace aún más necesaria en casos como el que se estudia, en donde la decisión acarrea un perjuicio al particular.

"Además de las normas del Código Contencioso Administrativo que obligan a motivar los actos administrativos, la doctrina ha sentado ciertas bases y ha sostenido que deben motivarse entre otros los actos que creen situaciones perjudiciales para el administrado.

"Por lo anterior esta Fiscalía acoge los argumentos tenidos en cuenta para la declaración de la suspensión provisional en especial la que dice que a partir de la vigencia de los artículos 35 y 36 del Código Contencioso Administrativo todas las actuaciones administrativas son en principio públicas y no pueden existir motivos o causas que sean reservadas, salvo que la Constitución o la Ley lo determinen.

"Se concluye de lo expuesto que evidentemente el inciso 3º del artículo 150 del Decreto 2477 de 1986 viola ostensiblemente una norma de mayor jerarquía cual es el Decreto 01 de 1984, por lo tanto es procedente la solicitud de nulidad a la cual se debe acceder y así se solicita a la honorable Sala".

Para la Sala nada cabe agregar, dada la claridad de la demanda propuesta, la que pone de presente la irregular forma de legislar que parece abrirse paso en el país, en contravía de lo que se da a entender en la legislación general. Mientras las reservas documentales desaparecen casi en su totalidad en la esfera administrativa, tal como se desprende de la Ley 57 de 1985, el Gobierno parece insistir en mantener reservas en materias que de suyo no las justifican y que, de paso, impiden el ejercicio de los derechos de los asociados.

Como es clara la nulidad que aquí se declarará sigue incólume la garantía que para los administrados representa el mandato contenido en el artículo 35 del Código Contencioso Administrativo, el que impone la motivación, como regla general, en los actos administrativos de contenido particular. Regla que cuando afecta a los particulares está íntimamente vinculada con la garantía del debido proceso que compendia el artículo 26 de la Carta.

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

Falla:

Declárase la nulidad del inciso 3º del artículo 150 del Decreto 2477 de 1986, cuyo tenor es: "Cuando el Ministerio niegue la autorización previa para arrendar o subarrendar, no estará obligado a dar a conocer las razones de su determinación".

Cópiese y notifíquese.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 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.

RETENCION EN LA FUENTE.— Sujetos pasivos.

Con relación a los asalariados no obligados a presentar declaración de renta, la norma que fija las tarifas de la retención en la fuente, no ha debido referirse a los abonos en cuenta, de manera general, ya que éstos no tienen aplicación para los asalariados no obligados a presentar declaración rentística.

SE ANULA la expresión "abonos en cuenta", contenido en el artículo 1º del Decreto reglamentario 3838 de 1985.

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

Consejera ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación 1394. Acción de nulidad y suspensión provisional de la expresión "...O Abonos en cuenta" consagrada en el artículo 1º del Decreto reglamentario número 3838 de diciembre 27 de 1985 proferido por el Gobierno nacional. Actor: Fernando Núñez Africano.

El doctor Fernando Núñez Africano en ejercicio de la acción de nulidad solicitó la anulación de la expresión "...o abonos en cuenta..." contenida en el artículo 1º del Decreto reglamentario 3838 de 1985.

En su oportunidad solicitó también su suspensión provisional, la cual le fue negada por el Consejero conductor del proceso y por la Sala al resolver la súplica interpuesta por el actor.

Argumentos de la demanda:

A juicio del actor, la expresión "...o abonos en cuenta..." consagrada en el artículo 1º del Decreto 3838 de 1985 viola el artículo 39 de la Ley 55 de 1985, por cuanto con este artículo y otros (36-37-38) de la misma ley, se cambió la naturaleza de la retención en la fuente como forma de recaudo anticipado del impuesto y por ello después de dichas normas, la retención solamente se causa al momento del pago, o sea cuando el asalariado recibe la suma correspondiente. Por ello, considera el libelista que el concepto de "abono en cuenta" que era utilizado y aceptado como causa de la retención en la fuente sobre ingresos originados en una relación laboral o legal y reglamentaria fue derogado a nivel legal, y por ello, la norma acusada debe anularse, toda vez que al fijar las tarifas de la retención en la fuente lo volvió a incluir.

Respalda sus planteamientos anteriores con la afirmación de que la citada Ley 55 de 1985, derogó tácitamente el artículo 1º de la Ley 38 de 1969, el cual ordenaba la retención en la fuente sobre pagos o abonos en cuenta por concepto de salarios.

Afirma categóricamente que "...se eliminó con la nueva legislación (Ley 55 de 1985) el concepto de abono en cuenta como causación de la retención sobre ingresos originados en una relación laboral legal y reglamentaria".

Agrega que los pagos provenientes de una relación laboral o legal y reglamentaria tienen que ser recibidos efectivamente por el asalariado y el sentido de la Ley 55 de 1985 no puede ser otro que el de gravar los ingresos efectivamente recibidos ya que el contribuyente no tiene obligación de declarar y contabilizar los ingresos no recibidos.

Precisa que la norma demandada, la cual forma parte de un Decreto reglamentario, excedió la ley reglamentada, la Ley 55 de 1985.

Finalmente, al sustentar su petición de suspensión provisional precisó:

"1º Que el artículo 1º del Decreto reglamentario 3838 de 1985 extendió en forma excesiva la retención en la fuente por concepto de salarios y demás pagos laborales al abono en cuenta.

"2º Que el artículo 39 de la Ley 55 de 1985 no consagró para efectos de retención en la fuente por concepto de salarios y demás pagos laborales la expresión 'o abono en cuenta...'.

"3º Que la retención según la Ley 55 de 1985 (art. 39) se debe practicar únicamente cuando se realice el pago efectivo al trabajador sin importar que éste sea anterior o posterior en el tiempo al abono en cuenta.

"4º Dejar vigente la expresión '...o abono en cuenta...' causa como mínimo, la sanción de intereses moratorios en contra del agente retenedor.

"5º Para los asalariados no declarantes la suma de sus retenciones constituyen el impuesto de renta y complementarios por el año gravable respectivo, por lo cual se eliminó con la Ley 55 de 1985 el concepto de abono en cuenta".

Argumentos de la impugnación:

El delegado de la Dirección General de Impuestos Nacionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público se opuso a las peticiones y en su memorial, luego de transcribir las normas que rigen en materia de retención en la fuente y entre ellas los artículos 1º y 2º de la Ley 38 de 1969, los artículos 36, 37, 38, 39 y 52 de la Ley 55 de 1985, el artículo 1º del Decreto 3141 de 1984 y la norma acusada, argumenta:

1º Que el Decreto 3838 de 1985, no es reglamentario de la Ley 55 de 1985, sino que "deviene o procede *directamente* del artículo 2º de la Ley 38 de 1969 (Estatuto de la Retención en la Fuente) y no de la

Ley 55 de 1985" y dicha norma establece que el Gobierno nacional deberá determinar a partir de 1970 y en los años posteriores, los porcentajes de retención en la fuente, "tomando en cuenta la cuantía de los pagos o abonos".

Anota, que la misma Ley 55 de 1985 en su artículo 52 se remite al artículo 1º del Decreto 3141 de 1984, el cual por su parte incluye el concepto de abonos en cuenta.

Textualmente dice: "Otras disposiciones podrán determinar el modo y la forma como deben realizarse los cálculos para reajustar las tablas de retención, pero siempre dentro de los parámetros del artículo 2º de la Ley 38, para lograr el objetivo que allí se fijó el legislador: 'Conseguir que el impuesto se recaude en lo posible dentro del mismo ejercicio gravable en que se cause' ".

2º El otro argumento del señor Delegado de la Dirección General de Impuestos Nacionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público se fundamenta en la afirmación de que el concepto de ingresos siempre está referido a su realización y para desarrollar su argumentación, cita los artículos 15 y 16 del Decreto 2053 de 1974, el primero de los cuales define el concepto de ingreso y el segundo precisa cuando se deben entender realizados los ingresos y prevé que ello sucede cuando: "1. Los ingresos se reciben efectivamente en dinero o en especie, en forma que *equivalga legalmente a un PAGO.* 2. Inciso 4º se entiende causado un ingreso cuando nace el derecho a exigir su pago, aunque no se haya hecho efectivo el cobro..." (abono en cuenta) (Subrayas y mayúsculas de la transcripción).

De acuerdo con lo anterior concluye que "con la simple mención del concepto *ingreso,* debe inmediatamente hacerse la reflexión sobre su realización, si es a través de un PAGO (Sistema de Caja) o *abono en cuenta* (Sistema de causación).

Precisado lo anterior, termina su argumentación afirmando que cuando la Ley 55 de 1985, al regular la retención en la fuente se refiere al concepto de *ingresos,* se está refiriendo también a sus formas de realización.

De acuerdo con los anteriores argumentos, concluye que la norma demandada se ajusta a las normas superiores y por ello no debe ser anulada.

Concepto Fiscal:

La señora Fiscal Sexta de la Corporación en juicioso estudio conceptúa que "...debe accederse a la súplica de la demanda, anulando la expresión 'o abonos en cuenta', pero sólo en cuanto ella se aplique a contribuyentes asalariados que no tengan obligación de presentar declaración de renta y complementarios, por ser violatoria del artículo 37 de la Ley 55 de 1985, como quiera que el artículo acusado se refiere en general a la retención en la fuente de los asalariados, sin distinguir si tienen obligación o no de declarar, cuando la situación de unos y otros es diferente".

Para llegar a la anterior conclusión, nuestra distinguida coloboradora Fiscal considera que los artículos 36 y 37 de la Ley 55 de 1985, modificaron el sistema de retención en la fuente previsto en la Ley 38 de 1969, para los asalariados no obligados a presentar declaración de renta, en cuanto dejó de ser un pago provisional, para convertirse en definitivo y por ello, "al asalariado no obligado a declarar no se le puede retener a título de impuesto, suma superior a aquella con la cual ha querido la ley que coadyuve a las cargas públicas de la Nación (art. 31, Ley 52 de 1977). Y como el artículo 37 ya transcrito señaló como monto del impuesto para estos tributantes, la suma de las 'retenciones en la fuente por todo concepto que deben aplicarse a los ingresos realizados por el contribuyente durante el respectivo año gravable', cualquier otra retención que se haga, será contraria a derecho".

Agrega que para los asalariados no obligados a declarar, la retención sobre abonos en cuenta es contraria a derecho, porque con el abono, el ingreso no se entiende realizado para el contribuyente, de conformidad con el artículo 16 del Decreto 2053 de 1974.

Habiéndose cumplido el trámite pertinente, sin que se observe ninguna causal de nulidad procede la Sala a dictar sentencia, previas las siguientes

Consideraciones:

En primer término es del caso anotar que la Sala reitera en esta oportunidad, su criterio de proferir fallo de fondo con relación a normas de carácter general que, como la aquí cuestionada, han perdido su vigencia, ya que este pronunciamiento puede tener efectos respecto de situaciones o casos de carácter particular que se encuentren pendientes de una definición por parte de la misma Administración o de la jurisdicción contencioso administrativa.

La retención en la fuente se ha considerado como un mecanismo de recaudo anticipado del impuesto de renta y de sus complementarios, ya que dicho recaudo se hace efectivo con anticipación inclusive al denuncio rentístico, y el contribuyente al presentarlo, disminuye el valor de las retenciones hechas sobre pagos o abonos en cuenta. Lo anterior de acuerdo con la Ley 38 de 1969.

En la Ley 55 de 1985 se introdujo una modificación al régimen anterior, en cuanto dicha ley en su artículo 39 dispuso que, las tablas de retención en la fuente se aplican a la totalidad de los *pagos gravables* que se hagan al trabajador durante el respectivo mes. Por ello, la suma retenida dejó de ser un anticipo del impuesto para convertirse en el impuesto mismo, cuando de asalariados no obligados a presentar declaración de renta se trata y se causa solamente en el momento del *pago*, o sea cuando *efectivamente* el asalariado recibe la suma de dinero respectiva.

En estos aspectos, se modificó entonces la Ley 38 de 1969, específicamente para los asalariados no obligados a declarar y por ello: 1. No tienen la obligación de presentar denuncio rentístico. 2. Su retención debe hacerse sobre ingresos *efectivamente realizados*. 3. El

monto de su impuesto es la suma de las retenciones en la fuente por todo concepto que deban aplicarse a los *ingresos realizados* durante el respectivo año gravable.

En frente a las anteriores disposiciones es necesario concluir que evidentemente, la Ley 55 de 1985 sí modificó la Ley 38 de 1969, con relación a los asalariados no obligados a presentar declaración de renta y por ello, la norma que fija las tarifas de la retención en la fuente, no ha debido referirse a los abonos en cuenta de manera general, ya que éstos no tienen aplicación para los asalariados no obligados a presentar declaración rentística.

Pero, además, es la misma Ley 38 de 1969, la que al dar las autorizaciones con base en las cuales se expidió el Decreto 3838 de 1985, aquí cuestionado, precisó que esas facultades dadas al Gobierno, para determinar los porcentajes de retención para cada uno de los respectivos años gravables se ejercerían teniendo en cuenta, además, de la cuantía de los pagos o abonos y las tarifas del impuesto vigente, "*...los cambios legislativos que tengan incidencia en dichas tarifas...*", es claro que el Decreto aquí demandado ha debido considerar las modificaciones anotadas que introdujo la Ley 55 de 1985 en materia de retención en la fuente para un determinado grupo de contribuyentes, pero no lo hizo, y se refirió en términos generales a pagos o abonos en cuenta, con lo cual, además de desconocer la previsiones expresas de la Ley 55 de 1985, desconoció la exigencia prevista en la ley que otorgó las facultades ejercidas: El tenor en cuenta al fijar las tarifas los cambios legislativos que se hubieren introducido.

Por todo lo anterior y por cuanto los términos "abonos en cuenta" de la norma aquí demandada desconocen las previsiones legales en materia de retención en la fuente para los asalariados no obligados a presentar declaración de renta, deberá anularse, pero sólo en este aspecto, pues es claro para la Sala, que dicho concepto de "abonos en cuenta", sí opera con relación a los demás contribuyentes.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Anúlase la expresión "abonos en cuenta" contenida en el artículo 1º del Decreto 3838 de 1985 en cuanto se refiere a los asalariados no obligados a presentar declaración de renta de que trata el artículo 36 de la Ley 55 de 1985.

Cópiese, publíquese, notifíquese, archívese el expediente. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Jaime Abella Zárate, Carmelo Martínez Conn, José Ignacio Narváez García, Ausente.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

ENTIDADES DESCENTRALIZADAS MUNICIPALES.— Juntas o Consejos Directivos.

La integración de las Juntas o Consejos Directivos de las entidades descentralizadas del orden municipal de que tratan los artículos 7º a 10, 12 y 13 del Decreto 0700 de 1987, desnaturalizan la libre elección y el sistema del cuociente electoral que prevén los mandamientos 27 y 79 de la Ley 11 de 1986 y 381 del Código de Régimen Municipal y el artículo 172 de la Constitución Nacional.

SE SUSPENDEN PROVISIONALMENTE los efectos de los artículos siete, ocho, nueve, diez, doce y trece (7, 8, 9, 10, 12 y 13) del Decreto reglamentario número 0700 de 20 de abril de 1987.

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

Consejero ponente: *Doctor Guillermo Benavides Melo.*

Referencia: Expediente número 971. Actor: Clara Inés Hurtado D.

Alegando hacerlo en su propio nombre, la ciudadana Clara Inés Hurtado Durán, en ejercicio de la acción pública de nulidad presenta demanda contra los artículos 7º, 8º, 9º, 10, 12 y 13 del Decreto número 0700 de 20 de abril de 1987, "por el cual se reglamenta el Título IX del Código de Régimen Municipal, en lo relacionado con la conformación de las Juntas o Consejos Directivos de las entidades descentralizadas del orden municipal responsables de la prestación de los servicios públicos locales". Por reunir el libelo los requisitos de forma que establece la ley, será admitido.

Suspensión provisional:

Dentro del mismo cuerpo de la demanda la actora solicita decretar la medida extraordinaria provisional de suspensión de los efectos de las disposiciones administrativas acusadas por reputar que están violando de manera manifiesta preceptos superiores, lo cual surge de su sencilla comparación con los artículos 172, 215 y 15 de la Constitución Política y 27 de la Ley 11 de 1986.

La actora radica la manifiesta violación en lo siguiente: Los Alcaldes Municipales carecen de competencia para elegir los representantes de los usuarios en las Juntas Directivas de los institutos de servicios municipales, desconociendo en tal forma lo dispuesto en

el artículo 27 de la Ley 11 de 1986, según el cual cada uno de los tres estamentos (administración municipal, concejos y entidades cívicas o de usuarios) eligen libremente sus representantes. "El hecho de que uno de los estamentos se tome la facultad de escoger los representantes de uno de los otros dos estamentos, significa que se está menoscabando el libre ejercicio del sufragio y de elección que por ley se le entregó al usuario". Las normas atacadas determinan "la creación de un voto privilegiado y discriminativo" porque "cuantifican al usuario en su participación" eleccionaria, "siendo menos o más su valor, de acuerdo al consumo, lo que genera una nueva desigualdad entre los ciudadanos". Los preceptos 15 y 172 de la Carta señalan como único requisito para elegir y ser elegido, ser ciudadano y que toda elección en todo se provean dos o más cargos debe hacerse por el sistema del cuociente electoral, que garantiza el derecho de las minorías. En tal forma, además, los acusados son actos que violan al artículo 215 de la Constitución. En síntesis, las disposiciones atacadas quebrantan al artículo 27 de la Ley 11 de 1986, "que pretende regresar al ciudadano común y corriente el derecho a manejar las cosas que más lo afectan y que más cerca están de él".

Se considera:

El artículo 27 de la Ley 11 de 1986 preceptúa lo siguiente:

> "Las Juntas o Consejos Directivos de los establecimientos públicos y de las empresas industriales o comerciales encargados de la prestación directa de los servicios municipales estarán integrados así: Una tercera parte de sus miembros serán funcionarios de la correspondiente administración municipal; otra tercera parte, representantes de los respectivos Concejos; y la tercera parte restante, delegados de entidades cívicas o de usuarios del servicio o servicios cuya prestación corresponda a los citados establecimientos o empresas".

De conformidad con el artículo 1º de la citada Ley 11, fundamentales objetivos de ésta son los de "promover (...) el mejoramiento socio-cultural de sus habitantes (del ente municipal), asegurar la participación efectiva de la comunidad en el manejo de los asuntos públicos de carácter local y promover la integración regional".

Igualmente, el artículo 79 de dicha Ley 11 determina:

> "En las elecciones a que se refiere la presente ley, se aplicará el sistema del cuociente electoral, conforme al artículo 172 de la Constitución Política".

El artículo 382 del Código de Régimen Municipal (Decreto-ley 1333 de 1986) igualmente reafirma el sistema del cuociente electoral que determina el canon 172 de la Carta Constitucional.

El artículo 157 del mencionado Código de Régimen Municipal forma parte del Título IX de este Códice, Título que dice reglamentar el Decreto 0700 de 1987 acusado en parte. El mentado artículo 157 es de tenor literal exacto al del precepto 27 de la Ley 11 de 1986, "por la cual se dicta el estatuto básico de la administración munici-

pal y se ordena la participación de la comunidad en el manejo de los asuntos locales". El texto de tales artículos 27 y 157 quedó transcrito anteriormente.

Las bases o fundamentos del Decreto 0700 de 1987 se indican claramente en su parte considerativa, en donde se expresa:

"Que el Decreto 3446 de 1986, reglamentó el Título IX del Código de Régimen Municipal en lo relacionado con la participación de los usuarios y entidades cívicas en las Juntas o Consejos Directivos de las entidades descentralizadas del orden municipal.

"Que el citado Decreto estableció las reglas procedimentales con arreglo a las cuales se garantiza la efectividad del derecho de los usuarios de los servicios públicos locales a participar en la dirección y administración de las entidades descentralizadas responsables de su prestación.

"Que el artículo 8º del citado Decreto 3446 de 1986, preceptúa que una liga de usuarios podrá postular un candidato cuando esté conformada por usuarios que, en su conjunto, representen no menos del cinco por ciento (5%) del promedio mensual de la facturación total del servicio o servicios prestados por la respectiva entidad descentralizada dentro del año inmediatamente anterior a la fecha de la convocatoria.

"Que el porcentaje establecido en la norma mencionada en el considerando anterior, concilia la necesidad de que los candidatos postulados sean representativos de la comunidad servida, con el propósito de establecer mecanismos ágiles y racionales que faciliten el trámite de postulación y de selección de tales candidatos.

"Que, sin embargo, una mayor efectividad del derecho de los usuarios a participar en la dirección y administración de las empresas de servicios públicos puede ser garantizada con mayor plenitud mediante el establecimiento de porcentajes progresivos que propicien la asimilación de la reforma por parte de la comunidad.

"Que, así mismo, el eficiente funcionamiento de las entidades descentralizadas del orden municipal, responsables de la prestación de los servicios públicos locales exige la reglamentación de la administración y de los Concejos en sus Juntas o Consejos Directivos, de conformidad con las disposiciones consagradas en el Código de Régimen Municipal.

"Que para propiciar la comprensión y aplicación de las disposiciones reglamentarias de la conformación de las Juntas o Consejos Directivos de las entidades descentralizadas del orden municipal responsables de la prestación de los servicios públicos locales, es conveniente reunirlas en un solo cuerpo normativo".

Como se vé sin mayor esfuerzo, dicha parte considerativa del Decreto 0700 aquí acusado parcialmente está montada sobre el De-

creto reglamentario número 3446 de 1986, decreto éste que fue expresamente subrogado por el artículo final (el 37) de aquel Decreto 0700.

Las disposiciones acusadas en la demanda y sobre las cuales pesa el pedimento especial de suspensión provisional que hace la actora por juzgar que violan de manera ostensible y *prima facie* disposiciones de índole superior, expresan lo siguiente:

"Artículo 7º Dentro del término de tres (3) meses contados a partir de 17 de enero de 1987, las Juntas o Consejos Directivos convocarán a las entidades cívicas y a las ligas de usuarios, para que postulen sus respectivos candidatos, con sus correspondientes suplentes personales, ante el Alcalde Municipal.

"Artículo 8º Para que una liga de usuarios o una entidad cívica pueda postular un candidato con su respectivo suplente personal, para integrar la Junta o Consejo Directivo de la entidad descentralizada, deberá estar conformada por usuarios que en su conjunto, representen no menos del cinco por ciento (5%) del promedio mensual de la facturación total del servicio o servicios prestados por la respectiva entidad descentralizada dentro del año inmediatamente anterior a la fecha de convocatoria.

"Parágrafo transitorio. Para las postulaciones y las designaciones que se realicen durante los años de 1987 y 1988, el porcentaje establecido en este artículo será del uno por ciento (1%), y para que se realicen durante los años de 1989 y 1990, dicho porcentaje será del dos y medio por ciento (2.5%).

"A partir de 1991, se aplicará el porcentaje del cinco por ciento (5%) establecido en este artículo.

"Artículo 9º La Junta Directiva de la entidad descentralizada del orden municipal señalará expresamente, en el acto de convocatoria las siguientes informaciones:

"1. Valor promedio de la facturación mensual de la entidad descentralizada dentro del año inmediatamente anterior, excluyendo la factura oficial.

"2. Valor del porcentaje de la facturación prevista en el número anterior, según lo establecido en el artículo 8º del presente Decreto, que constituirá la cuantía mínima para que las ligas de usuarios y las entidades cívicas puedan postular candidatos a integrar la Junta o Consejo Directivo.

"Parágrafo. Para los efectos del presente artículo, entiéndese por facturación oficial la correspondiente a consumos efectuados por los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Unidades Administrativas Especiales, Gobernaciones y sus dependencias, Despachos Judiciales y del Ministerio Público, Intendencias y Comisarías, y entidades descentralizadas de los órdenes nacional, departamental, intendencial, comisarial y municipal, exceptuadas las sociedades de economía mixta no sometidas al régimen de las empresas industriales o comerciales del Estado.

"Artículo 10. En el acto de la convocatoria señalará el término dentro del cual las entidades cívicas y las ligas de usuarios podrán postular sus respectivos candidatos ante el Alcalde del Municipio donde se encuentre domiciliada la entidad descentralizada.

"Este término no podrá ser inferior a un (1) mes, ni superior a tres (3) meses, contados a partir de la fecha del acto mediante el cual la Junta o Consejo Directivo realice la convocatoria.

"Artículo 12. El Alcalde Municipal solicitará a la correspondiente entidad descentralizada que certifique la aptitud de las ligas de usuarios y de las entidades cívicas que hayan postulado candidatos dentro del término establecido en la convocatoria.

"La entidad descentralizada del orden municipal certificará la aptitud de cada liga de usuarios y de cada entidad cívica para postular candidato, con fundamento en la verificación del cumplimiento de los requisitos previstos en los artículos 8º y 9º del presente Decreto.

"Artículo 13. Con base en los candidatos postulados por las entidades cívicas y por las ligas de usuarios respecto de las cuales se haya certificado su aptitud en los términos del artículo anterior, el Alcalde Municipal designará los candidatos que sean más representativos de la comunidad servida. Para este fin tendrá en cuenta los siguientes criterios:

"1. Valores y magnitudes de los consumos representados.

"2. Derecho de los diferentes estrados sociales usuarios del servicio de una participación adecuada en la administración de la entidad.

"Parágrafo. La designación se hará mediante decreto que será comunicado a la entidad descentralizada respectiva y publicado conforme a los términos de la Ley 57 de 1985".

A simple vista y sin requerimiento analítico mayor, estas disposiciones acusadas tienden a facilitar, a hacer más expedita la integración o conformación de las Juntas o Consejos Directivos de las entidades descentralizadas del orden municipal en lo atañedero al estamento integrado por los delegados o representantes de las ligas o entidades cívicas o de usuarios de los servicios públicos ante dichas Juntas o Consejos Directivos. Empero, tal finalidad expeditiva ciertamente desnaturaliza la libre elección y el sistema del cuociente electoral que prevén los mandamientos números 27 y 79 de la Ley 11 de 1986 y 381 del Código de Régimen Municipal y, por contera, el canon 172 de la Constitución Política, toda vez que según las disposiciones acusadas los delegados o representantes que elijan las ligas o entidades cívicas o de usuarios para que lleven su personería ante las Juntas o Consejos Directivos tienen que pasar por la selección que realice el respectivo Alcalde Municipal. Y esto no lo dicen ni el Código de Régimen Municipal ni la Ley 11 de 1986 que facultó al Gobierno nacional para expedir aquel Código, según su artículo 76-b.

En efecto, dichos delegados electos por los usuarios de los servicios públicos municipales, de *elegidos* libremente por los ciudadanos usuarios se convierten, por gracia de las normas acusadas, en representantes meramente *postulados* ante el Alcalde, para que éste los designe o seleccione en la forma establecida en las disposiciones demandadas, con el agravante que señalan tales disposiciones en cuanto a los porcentajes y capacidad económica de aquellos. Y aquí no se trata, frente a las normas superiores, ante las normas subordinadas, del derecho de postulación, sino del derecho de elección.

En tales circunstancias, pues, evidentemente las disposiciones reglamentarias o administrativas acusadas coartan la libertad eleccionaria y parejamente cercenan el principio o espíritu de "asegurar *la participación efectiva* de la comunidad en el manejo de los asuntos públicos de carácter local" que inspira la filosofía democrática de la Ley 11 de 1986, incorporado en su artículo inicial, como atrás quedó visto.

En consecuencia, prospera el pedimento de la medida precautelativa de suspensión provisional formulado por la demandante, toda vez que tal medida provisoria extraordinaria ha sido solicitada y sustentada de modo expreso como lo manda el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo en su penúltimo inciso, la ostensible violación de disposiciones superiores se percibe claramente a través de una sencilla comparación o cotejo, la acción instaurada es la popular de anulación y, finalmente, no se encuentra prohibida por el ordenamiento legal.

Por las consideraciones precedentes, el Despacho *dispone:*

A) *Admitir la demanda* propuesta;

B) *Suspender provisionalmente* los efectos de los artículos siete, ocho, nueve, diez, doce y trece (7, 8, 9, 10, 12 y 13) del Decreto reglamentario número 0700 de 20 de abril de 1987;

C) Tener a la ciudadana Clara Inés Hurtado Durán como parte actora;

D) Tener a la Nación colombiana, representada en este caso por el Ministro de Gobierno, como parte demandada;

E) Notificar personalmente esta providencia al Fiscal Primero del Consejo de Estado;

F) Igualmente notificar de manera personal este auto al señor Ministro de Gobierno;

G) Fijar en lista este negocio por el término legal de diez (10) días, para los efectos previstos en el artículo 207-3 del Código Contencioso Administrativo;

H) Prevenir al Gobierno Nacional, a través del Ministro de Gobierno, de la prohibición expresa que establece el artículo 158 del Código Contencioso Administrativo sobre reproducción en forma al-

DEPOSITO FRANCOS EN AEROPUERTOS.— Venta de mercancía.

Dentro de este sistema de depósitos es de suponer que las ventas de las mercancías se efectúan regularmente en divisas y las utilidades así obtenidas deberán obligatoriamente reintegrarse al Banco de la República (Decreto 796 de 1970, art. 5º). Ello no es óbice para que también se realicen ventas en moneda nacional, si fuere el caso, porque esta disposición no lo prohíbe.

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

Consejero ponente: *Doctor Samuel Buitrago Hurtado.*

Referencia: Expediente número 554. Actor: Miguel González Rodríguez.

El doctor Miguel González Rodríguez, obrando en su carácter de ciudadano colombiano y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, solicita se declare la nulidad de la frase final del inciso primero del artículo 1º, del artículo 2º y del artículo 11 del Decreto reglamentario número 1901 de 12 de julio de 1985 dictado por el Presidente de la República.

El acto acusado:

Dictó el Presidente de la República, con la firma del Ministro de Hacienda y Crédito Público, el Decreto número 1901 de julio 12 de 1985, "por el cual se reglamenta el artículo 47 del Decreto extraordinario 444 de 1967", cuya parte dispositiva reza en lo pertinente:

"Artículo 1º Para los efectos contemplados en el artículo 47 del Decreto extraordinario 444 de 1967, a partir de 1º de enero de 1986, el valor CIF, en dólares, de las mercancías extranjeras en tránsito que pueden mantener en existencia cada uno de los depósitos francos autorizados, no podrá ser superior al valor de los reintegros efectuados por el mismo, al Banco de la República, en el año inmediatamente anterior. *En ningún caso, el valor correspondiente a los reintegros podrá ser inferior al 25% de las ventas brutas* (La parte subrayada corresponde a la acusada).

"Artículo 2º Cada depósito franco autorizado mantendrá en existencia mercancías de origen nacional por un valor no inferior al 10%

del valor de las existencias de mercancías extranjeras previsto en el artículo primero de este Decreto, para lo cual se tendrá en cuenta el tipo de cambio promedio del año anterior. El valor de las ventas de estas mercancías de origen nacional será reintegrado en su totalidad al Banco de la República.

"Artículo 11. Las mercancías nacionales que desde un depósito franco tengan que ingresar al mercado del país, previa autorización de la Dirección General de Aduanas, deben pagar el impuesto sobre las ventas y los demás gravámenes a que hubiere lugar".

La demanda:

Anota el actor que mediante el artículo 47 del Decreto 444 de 1967 (Estatuto Cambiario) se dispuso: "Dentro de los límites que establezca el Gobierno, estarán libres de gravámenes de importación y consumo los artículos que adquieran los viajeros al exterior para que les sean entregados dentro de la respectiva nave al momento de su salida al exterior". Agrega que en ejercicio de la anterior atribución se han expedido por el Gobierno una serie de reglamentaciones, una de ellas la contenida en el Decreto reglamentario número 796 de 1970 cuyo artículo 4º disponía: "Igualmente, la referida oficina señalará las divisas admisibles por los almacenes en la venta de sus artículos, *la que únicamente podrá efectuarse en moneda extranjera* y cuyo producto deberá consignarse en la cuenta corriente autorizada, a más tardar el día siguiente hábil" (subraya el actor). Que por quebrantar la parte subrayada los límites de la facultàd reglamentaria y las Leyes 167 de 1938 y 90 de 1948 que consideran como moneda nacional de curso forzoso en la República el peso oro, fue declarado nulo dicho texto por el Consejo de Estado en sentencia de 20 de febrero de 1984. Mas ahora, mediante el Decreto 1901 de 1985 reglamenta de nuevo el Gobierno el referido artículo 47 del Decreto 444 de 1967.

Como normas violadas cita: "Artículos 2º, 76-15 y 120-3 de la Constitución Nacional; los artículos 1º de las Leyes 167 de 1938 y 90 de 1948; los artículos 84 inciso segundo y 158 del Decreto-ley 01 de 1984 (C. C. A.); el principio de la irretroactividad de la ley (art. 8º, Ley 153 de 1887)".

El concepto de la violación de la frase final del inciso primero del artículo 1º del Decreto acusado lo sintetiza así el demandante:

"...hay quebrantamiento de las Leyes 167 de 1936 y 90 de 1948, en cuanto hace relación a esta frase demandada, porque con la disposición se obliga a los comerciantes autorizados para vender mercancías extranjeras en los depósitos francos, a vender, por lo menos, el 25% de su mercancía en moneda extranjera, es decir, en moneda diferente a la de circulación y poder liberatorio en la Nación, ya que para poder hacer el reintegro al Banco de la República del 25% de las ventas brutas, es menester para ello la venta de por lo menos, ese tanto por ciento de su mercancía en moneda extranjera. Pero también se da el quebrantamiento del artículo 158 del Código Contencioso

Administrativo, porque se está dictando una norma que conserva la esencia de otra disposición anteriormente anulada por el honorable Consejo de Estado, sin que hubieren desaparecido los motivos de la anulación: La del artículo 4º del Decreto 796 de 1970, que obligaba a vender las mercancías de los depósitos francos en moneda extranjera, únicamente; y, finalmente, las normas constitucionales contenidas en los artículos 76-15 y 120-3 de la Carta, porque se entra en una zona de competencia reservada al Congreso de la República, como es lo relativo a la moneda, y porque, de otro lado, en el Decreto reglamentado, o sea, el 444 de 1967, el artículo 47, no se dice nada en relación con el pago de la venta de ella, mientras que en el artículo 4º del Decreto 796 de 1970 anulado se hablaba de que el pago total de la mercancía debía hacerse en moneda extranjera y en el nuevo decreto, o sea, el acusado, se dispone el pago de esa mercancía o mejor su venta en moneda extranjera, para con ello poderse proceder al reintegro de la divisa de un 25% de las ventas brutas, todo lo cual constituye un exceso en el ejercicio de la facultad reglamentaria".

Respecto del artículo 2º del Decreto parcialmente acusado, dice que es igualmente inconstitucional e ilegal, ya que al ordenar la parte final el reintegro del valor total de mercancías de origen nacional al Banco de la República, con ello se obliga a vender, ya no sólo la mercancía extranjera, sino la nacional en moneda extranjera, "cuando es claro que ésta y aquélla se pueden vender en moneda nacional, según el fallo del honorable Consejo de Estado, que no es susceptible de reintegro al Banco de la República". Que además, "hay un evidente exceso en la facultad reglamentaria. En efecto, si el artículo 47 del Decreto 444 de 1967 que se reglamenta por la disposición acusada, dice que estarán 'libres de *gravámenes de importación y consumo* los artículos que adquieran los viajeros al exterior...', es claro que la reglamentación del artículo 2º del Decreto 1901 de 1985 que ordena mantener en existencia mercancías de origen nacional por un valor no inferior al 10% de las existencias de mercancías extranjeras, no puede referirse a otras mercancías nacionales que aquella gravadas con *impuestos de consumo,* mas no a aquellas mercancías nacionales que no tienen ese gravamen, y desde luego tampoco a las extranjeras que pueden tener —de hecho los tiene— los dos gravámenes, el de importación y el de consumo". Que en consecuencia la norma acusada debió haber expresado: "Cada depósito franco autorizado mantendrá en existencia mercancías de origen nacional, *sometidas al impuesto de consumo,* por un valor no inferior..., etc.". Mas al no haber aclarado la norma acusada que las mercancías de origen nacional que deben mantenerse en existencia son las sometidas al impuesto de consumo, debe entenderse que "incluyó a todas las mercancías de origen nacional, tanto las sometidas a impuesto de consumo como las que no lo están, siendo que el artículo 47 del Decreto 444 de 1967 reglamentado, se refiere exclusivamente a los artículos que están sometidos a gravámenes de importación y consumo", por lo cual ha de concluirse que hubo exceso en la facultad reglamentaria y el Juez administrativo, al proceder a la anulación debe aclarar que las mercancías materia de existencia "son las sometidas al impuesto de consumo por disposición legal". Que, de otro lado, "parece inconstitucional que el Gobierno en ejercicio de un poder reglamentario, obligue a los comer-

ciantes del país a vender mercancía nacional sin impuesto de consumo, privando a las entidades territoriales del país (Departamentos, Intendencias, Comisarías y Distrito Especial de Bogotá), de un ingreso al cual tiene derecho por haberse establecido el impuesto en favor de ellas", según las disposiciones de la Ley 14 de 1983. De lo anterior deduce el actor que podría haber "quebrantamiento del artículo 183 de la Constitución Nacional que prohíbe al Gobierno conceder exenciones sobre los bienes y rentas de propiedad de los Departamentos y Municipios", por cuanto "muchos artículos de producción nacional están sometidos a un gravamen denominado 'impuesto de consumo' establecido por la ley en favor de los fiscos locales, y en este caso el Gobierno, contra expresa prohibición constitucional, está ordenando vender un mínimo del 10% de esas mercancías o artículos en los depósitos francos de los aeropuertos del país sin el pago del correspondiente impuesto de consumo establecido por la ley en favor de Departamentos y demás entes territoriales. Concluye esta segunda parte de la demanda con la consideración de que cabría "pensar que lo que el artículo 47 del Decreto 444 de 1967 quiso que se pudiera vender en los depósitos francos autorizados en el país, con las limitaciones que pudiera considerar pertinente y establecer el Gobierno, fue mercancías de producción extranjera, sometidas todas ellas al impuesto de importación y algunas también al de consumo como es el caso de los licores, cigarrillos, vinos, naipes, etc., materia que indubitablemente es propia de un estatuto cambiario, pero en manera alguna que el legislador extraordinario quiso referirse a mercancías de producción nacional cuya comercialización, por lo general, está libre de toda clase de trabas dentro del territorio nacional, en cumplimiento del derecho de libertad de empresa y libertad de comercio".

Respecto de la última de las disposiciones acusadas, la contenida en el artículo 11 del Decreto 1901 de 1985, dice el demandante que lo que busca a través de la acción incoada es que la Corporación aclare que las mercancías nacionales que desde un depósito franco tengan que ingresar al mercado del país previa autorización de la Dirección General de Aduanas, son aquellas que debiendo pagar el impuesto sobre las ventas y los demás gravámenes a que hubiere lugar conforme a la ley, no hubieren sido con anterioridad objeto de dicho impuesto y demás gravámenes. Añade que, con dicha aclaración o adición, "la norma acusada no tendría objeción alguna". No aclara empero el actor que norma de índole superior quebranta el artículo que acusa, ni menos expone el concepto de la violación.

Impugnación de la demanda:

Se constituyó en parte impugnadora el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, consignando su oposición en escrito visible a folios 29 y siguientes. Dice en primer término el impugnador que "no es cierto que se esté creando una exención tributaria, puesto que esta fue creada por el Decreto-ley 444 de 1967", en su artículo 47. Añade que por otra parte el Decreto 1901 de 1985 también se basó en el Decreto 2666 de 1984 cuyos artículos 79 y 84 facultan al Gobierno "para señalar límites, condiciones, características, cantidades, etc., de

mercancías que se expendan en los almacenes llamados In-Bond o depósitos de provisiones de abordo para consumo y para llevar y del funcionamiento de los mismos". Dice por último: "Respecto del segundo argumento, la presunta reproducción del artículo 4º del Decreto 796 de 1970, supuestamente anulado por el Consejo de Estado no es cierto. Confrontadas las dos normas no se encuentra que la segunda contenga ni siquiera en principio las disposiciones que se dicen anuladas, puesto que el Decreto acusado no exige las ventas de mercancías en moneda extranjera y el mínimo de reintegro (25% ventas) permite suponer que las ventas se efectúan tanto en moneda nacional como extranjera, en caso contrario aceptando el argumento del actor, el reintegro debería ser de un 100%".

Concepto Fiscal:

Estima el señor Fiscal Primero de la Corporación que la primera de las disposiciones acusadas debe ser declarada nula, por cuanto "de acuerdo con la norma reglamentada (art. 47, Decreto 444 de 1967), al Gobierno nacional le compete establecer los límites dentro de los cuales estarán libres de gravámenes de importación y consumo los artículos que adquieren los viajeros en los IN-BOND; sin embargo, cuando con la norma reglamentaria se consagra como materia básica y fundamental una distinta a la que contempla la norma reglamentada no queda sino concluir que la segunda sobrepasó los límites de la primera y, en consecuencia, ha de proceder la nulidad, y es que cuando so pretexto de reglamentar el artículo 47 del Decreto 444 de 1967, se impone la obligación de hacer reintegros superiores al 25% de las ventas brutas, en el fondo se está consagrando *la obligación de vender en moneda extranjera* dentro de los depósitos francos lo cual hace revivir una norma que fue anulada por el Consejo de Estado mediante sentencia de 20 de febrero de 1984, expediente 4078, incurriéndose entonces en el quebrantamiento a lo previsto por el artículo 158 del Decreto 01 de 1984".

Estima el colaborador Fiscal que la segunda disposición objeto de la acción debe igualmente anularse porque "la norma transcrita fácilmente es objeto del mismo reproche jurídico que se le hizo a la comentada en el numeral inmediatamente anterior; esto es, el hecho de que se obligue a reintegrar al Banco de la República la totalidad del valor de las ventas de las mercancías de origen nacional lleva implícito, pues esta es la razón de ser de la figura del reintegro (venta de monedas extranjeras o divisas), que tales ventas deben hacerse necesariamente en monedas extranjeras los cual reviviría artificial y por ende ilegalmente, la prohibición anulada mediante sentencia del Consejo de Estado a lo cual ya se hizo referencia.

Respecto del último de los aspectos materia de la demanda, dice el señor Fiscal que allí incurrió el actor en ineptitud sustantiva, que conduce a una decisión inhibitoria sobre este punto, por cuanto se acumulan "dos pretensiones contradictorias entre sí, pues de una parte, solicita la nulidad de la norma, pero de otra, pide la aclaración de la misma, petición esta última que, a nuestro leal saber y entender, escapa a la competencia del juzgador pues de aceptarse esta hipótesis,

el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo se estaría convirtiendo en legislador temporal o supletorio, carácter que en ningún momento se le ha otorgado ni constitucional ni legalmente".

Consideraciones de la Sala:

Como quedó visto, hace consistir el demandante la primera parte de su ataque al Decreto acusado en el hecho de que en él se obliga a los dueños de mercancías que se expenden en los depósitos francos a venderlas en moneda extranjera, lo cual infringiría las normas sobre curso forzoso del peso oro y excedería la potestad reglamentaria, reproduciendo además otra norma de idéntico contenido ya anulada por esta jurisdicción. Cabe anotar al respecto, que el artículo 1º del Decreto 1901 de 1985 determina el límite, en dólares, del valor de las mercancías extranjeras en tránsito que pueden mantenerse en existencia en los depósitos francos y fija igualmente la cuantía de los reintegros al Banco de la República. Que se haya establecido en la norma comentada un porcentaje de reintegro mínimo equivalente al 25% de las ventas brutas, es apenas obvio dentro del sistema de depósitos francos autorizados objeto de examen, en que se habrá de suponer que las ventas de las mercancías se efectúan regularmente en divisas y que las utilidades así obtenidas deberán obligatoriamente reintegrarse al Banco de la República, al tenor del artículo 5º del Decreto 796 de 1970. Ello no es óbice para que también se realicen ventas en moneda nacional, si fuere el caso, porque la disposición no lo prohíbe.

Tan evidente es la circulación de las divisas que existe todo el mecanismo de una cuenta corriente que al efecto deben abrir los almacenes in-bond con la autorización de la Oficina de Cambios del Banco de la República y el control de la Superintendencia de Control de Cambios (arts. 2º, 7º, 8º del Decreto 796 de 1970).

La restricción del 25% antes señalada puede obedecer a la finalidad de ponerle de presente a los comerciantes que su negocio se justifica económicamente si aquél se obtiene, pues de todas maneras deberán responder por éste ante el Banco de la República.

Siendo ello así de plena evidencia, debe concluirse que no se infringieron las Leyes 167 de 1938 y 90 de 1948 sobre curso forzoso del peso-oro, las normas constitucionales que atribuyen al Congreso la facultad de dictar normas en todo lo relativo a la moneda, ni el artículo 158 del Código Contencioso Administrativo, que prohíbe la reproducción de un acto anulado o suspendido. Tampoco se infringió, obviamente, el ordinal 3º del artículo 120 de la Carta, por exceso en la potestad reglamentaria, toda vez que la disposición reglamentaria (en la materia específica de que se trata), no sobrepasó los límites del contenido del artículo 47 del Decreto extraordinario 444 de 1967.

Las razones anteriores, que comprueban la estricta sujeción del artículo 1º del Decreto 1901 de 1985 al principio de legalidad, también son valederas en lo que atañe al artículo 2º del mismo Decreto.

Y en igual orden de ideas del análisis del artículo 1º, observa la Sala que tampoco el artículo 2º está vedando el uso del peso colom-

biano cuando se trate de *ventas* de mercancía nacional, cual lo afirma el demandante, sino que obviamente y dentro de la obligación de reintegro de divisas al Banco de la República prevista en el artículo 5º del Decreto 796 de 1970, atrás comentada, si aquéllas se efectúan en divisas deberán entregrarse al Banco y todo esto, sin perjuicio de que las ventas también se hagan en numerario nacional, si a ello hubiere lugar. La segunda parte de la censura contra este artículo es bastante contradictoria. Véase como inicialmente dice el demandante que dicha disposición, al estatuir sobre las existencias de mercancías de origen nacional en los depósitos francos, no puede referirse más que a mercancías gravadas con impuestos de consumo, dando a entender que tal es el sentido correcto del artículo, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 47 del Decreto 444 de 1967 reglamentado. Si en tales circunstancias se está sólo frente a un problema de interpretación correcta de la norma, la conducta lógica a seguir no es la de demandar su nulidad para que por vía jurisprudencial se aclare su sentido, sino pedir en cada caso particular a la autoridad administrativa encargada de su aplicación que se respete debidamente el espíritu de la disposición. Más adelante, contra toda lógica y contradiciendo palmariamente el planteamiento inicial, sostiene el actor que puesto que la norma no aclaró a qué clase de mercancías nacionales se refiere, debe entenderse que habla tanto de las "sometidas al impuesto de consumo como las que no lo están", yendo más allá del artículo 47 del Decreto 444 de 1967 que se refiere únicamente a los artículos sometidos a gravámenes de importación y consumo y rebasando el ámbito de la potestad reglamentaria. También aquí atribuye el actor a la norma una cosa que ella no dice. Si la disposición acusada, al tratar de las mercancías de origen nacional no hace ninguna distinción respecto de si están o no gravadas con el impuesto de consumo, sencillamente ha de dársele la interpretación que en sana lógica emerja de la norma que reglamenta. Mas tal interpretación no compete darla a la jurisdicción contencioso administrativa mediante el expediente de la anulación de la norma presuntamente oscura, sino, se repite, a la autoridad administrativa a quien esté encomendada la aplicación de la disposición en cada caso particular. Tampoco consagra el artículo en estudio en parte alguna una exención sobre el impuesto de consumo creado en beneficio de los departamentos y demás entes territoriales, como se sostiene líneas más adelante de la demanda. La exención la establecería exclusivamente el artículo 47 reglamentado al prescribir que "estarán libres de gravámenes de importación y consumo los artículos que adquieren los viajeros al exterior". La disposición reglamentaria se limita a estatuir sobre el porcentaje de las mercancías de origen nacional que deben mantenerse en los depósitos francos. Si tales mercancías resultan exentas del impuesto de consumo, en detrimento de los intereses fiscales de los entes territoriales, ello sería consecuencia exclusiva del artículo 47 del Decreto 444 de 1967, no de la disposición que lo reglamenta. No ha de prosperar por lo tanto ninguno de los cargos contra el segundo de los artículos acusados.

Por último, la aclaración que demanda el actor sobre el alcance del artículo 11 del Decreto 1901 de 1985, no es de recibo, dado que no se indica norma alguna de índole superior que pudiera ser infringida por el artículo cuya nulidad se pretende. Como tantas veces se ha

dicho, es la jurisdicción contencioso administrativa de carácter rogado y no oficioso, por lo cual no le es permitido a la Sala emprender el estudio de posibles quebrantes legales o constitucionales no invocados expresamente en la demanda. Si por consiguiente la nulidad pretendida no aparece acreditada en autos porque, como acontece aquí, no le han sido indicadas al fallador las normas presuntamente quebrantadas, la pretensión habrá de negarse en la providencia que decida sobre el fondo del asunto. No existe pues razón valedera que justifique el fallo inhibitorio que impetra el colaborador fiscal, pues no se observa la ausencia de un presupuesto procesal que impida un pronunciamiento de mérito.

De otro lado observa la Sala que el artículo 11 es de gran simplicidad. En efecto: Si las mercancías de los depósitos francos se sustraen de este sistema, obviamente dejarán de gozar de los privilegios fiscales inherentes al mismo y deberán someterse a la tributación del país.

En virtud de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del Agente del Ministerio Público y en desacuerdo con él,

Falla:

Niéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión del día 26 de agosto de 1988.

Samuel Buitrago Hurtado, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

PRESIDENTE.— Atribución constitucional.

El Presidente de la República se inmiscuye en campo que no lo autoriza el artículo 132 constitucional, al clasificar como administrativo el contrato de importación.

SUSPENDESE PROVISIONALMENTE EL DECRETO 886 de 10 de abril de 1984, proferido por el señor Presidente de la República.

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

Consejero ponente: *Doctor Simón Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Proceso número 970. Demandante: Rafael Bernal Salamanca.

El ciudadano y abogado Rafael Bernal Salamanca en ejercicio de la acción pública contemplada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo impetra la nulidad absoluta "del acto administrativo de orden nacional expedido con las firmas del señor Presidente de la República y el señor Ministro de Desarrollo Económico y conocido como Decreto número 886 de 10 de abril de 1984".

Y solicita a la vez su suspensión provisional.

El acto acusado:

Lo es el Decreto 886 de 1984 suscrito por los funcionarios antes mencionados, cuyo tenor es el siguiente:

"*Decreto número 886 de 1984*

"*(abril 10)*

"Por el cual se determina la competencia para el ejercicio de una actividad administrativa en materia de Comercio Exterior.

"El Presidente de la República de Colombia, en uso de la facultad que le otorga el artículo 132 de la Constitución Nacional, y

"CONSIDERANDO:

"Que dada la naturaleza jurídica de establecimiento público, la afinidad con los objetivos que la ley le ha trazado y la organización administrativa, el organismo competente más idóneo

para ejercer la actividad de suscribir, vigilar y controlar los contratos de compromiso de exportación es el Instituto Colombiano de Comercio Exterior INCOMEX,

"DECRETA:

"Artículo 1º Autorizar al Instituto Colombiano de Comercio Exterior INCOMEX en su condición de organismo ejecutor de la política de comercio exterior para que suscriba, vigile y controle los contratos de exportación que se disponga deban afirmar las personas de derecho público o privado.

"Artículo 2º Los contratos que suscriba el Instituto Colombiano de Comercio Exterior INCOMEX en desarrollo de esta facultad contendrán entre otras las cláusulas de la caducidad y los principios sobre interpretación, modificación y terminación unilaterales a que se refiere la Ley 19 de 1982 en concordancia con el Decreto 222 de 1983.

"Artículo 3º El presente Decreto rige a partir de la fecha de su expedición.

"Comuníquese y cúmplase.

"Dado en Bogotá, D. E., a 10 de abril de 1984".

Consideraciones de la Sala Unitaria:

1. La demanda reúne los requisitos exigidos por la ley para su admisibilidad y por ello se aceptará.

2. La medida de suspensión provisional es sustentada por la parte actora así:

"El acto acusado se expidió 'en uso de la facultad que le otorga (al presidente) el artículo 132 de la Constitución Nacional'. Pero el artículo 132 de la Constitución Nacional solamente dice: 'La distribución de los negocios, según sus afinidades, entre ministerios, departamentos administrativos y establecimientos públicos, corresponde al Presidente de la República'. No dice que el Presidente de la República le corresponde determinar cuáles son las cláusulas y los principios que deben contener los contratos asignados a un establecimiento público y mucho menos dice que al Presidente de la República le corresponde reclasificar los contratos de la Nación ordenando que se les incluyan cláusulas y principios cuya inclusión implica que un contrato de naturaleza civil o comercial se convierta en contrato administrativo y, por consiguiente, deje de ser regido por el derecho privado y pase a ser regido por el derecho público.

"El Decreto 222 de 1983, después de enumerar en forma taxativa cuales son los contratos administrativos, entre los cuales no incluye los contratos de compromiso de exportación, dice: 'Son contratos de derecho privado, de la administración los demás' y establece que sólo los contratos administrativos se rigen por los principios de terminación, modificación e interpretación uni-

laterales por parte de las entidades públicas que los suscriban. El acto acusado dice que los contratos de compromiso de exportación que suscriba el INCOMEX contendrán entre otras la cláusula de caducidad y los principios sobre interpretación, modificación y terminación unilaterales. Lo cual implica que el acto acusado se arroga la facultad de convertir en contratos administrativos los compromisos de exportación que son contratos de derecho privado de la administración, regidos por el derecho civil y comercial, violando así en forma flagrante el Decreto extraordinario número 22 de 1983".

3. Estima el Despacho que la suspensión deprecada está llamada a prosperar por las siguientes razones:

a) En primer término se advierte que la única facultad invocada por el Presidente de la República para dictar el Decreto acusado es el artículo 132 de la Carta Política, de conformidad con el cual "la distribución de los negocios, según sus afinidades, entre ministerios, departamentos administrativos y establecimientos públicos corresponde al Presidente de la República".

Ello ha de entenderse en el sentido de que el Jefe de Estado como suprema autoridad administrativa que es, tiene la facultad de hacer la repartición del trabajo entre los distintos ministerios, departamentos administrativos y establecimientos públicos, teniendo en cuenta que correspondan a las funciones que cada uno de ellos cumple.

Entonces el artículo 1º del Decreto 886 queda cobijado por dicha previsión porque los contratos de exportación de que habla la norma están en la órbita de actividades que ordinariamente cumple el Instituto Colombiano de Comercio Exterior;

b) Mas no sucede lo mismo en tratándose del mandato del artículo 2º *ibídem* en cuanto se inmiscuye en campo que no lo autoriza el referido artículo 132 constitucional, porque no se trata de distribuir labores por el señor Presidente de la República.

En efecto, lo que en su oportunidad no hizo el Decreto 222 de 1983 dictado por el Presidente de la República en uso de las facultades extraordinarias de la Ley 19 de 1982 "por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas..." y en los cuales no aparece clasificado como administrativo el contrato de importación, lo pretende hacer ahora extrañamente el Decreto 886 en el texto examinado al introducirle a aquél la cláusula de caducidad y demás manifestaciones de actuación unilateral de la administración.

Surge así a primera vista, ostensiblemente, según las prescripciones del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo en punto a suspensión provisional, el quebranto del artículo 132 de la Carta y del Decreto 222 de 1983 en armonía con la Ley 19 de 1982, que se vería indebidamente adicionado en la forma vista y por ello habrá de decretarse la medida precautoria respecto del artículo 2º del Decreto 886 de 1984.

En mérito de lo expuesto, esta Sala Unitaria decide lo siguiente:

1º Admítese la anterior demanda contra el Decreto número 886 de 10 de abril de 1984, proferido por el señor Presidente de la República que promueve el actor en nombre propio. Para su trámite, se dispone:

a) Notifíquese personalmente el auto admisorio de la demanda al señor Fiscal Primero de la Corporación;

b) Notifíquese personalmente al señor Ministro de Desarrollo Económico, con entrega de copia de la demanda y sus anexos;

c) Fíjese este asunto en lista por el término de diez (10) días para que la parte demandada y los intervinientes puedan contestar la demanda, proponer excepciones y solicitar la práctica de pruebas;

d) Solicítese al Ministerio de Desarrollo Económico los antecedentes administrativos del acto acusado, si los hubiere;

e) Suspéndese provisionalmente el Decreto número 886 de 10 de abril de 1984, proferido por el señor Presidente de la República;

f) Reconócese como demandante en el presente proceso al doctor Rafael Bernal Salamanca.

Notifíquese.

Simón Rodríguez Rodríguez, Consejero de Estado.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

DESVIACION DE PODER.—

La desviación de poder es, por definición, un correctivo excepcional del principio de legalidad cuando el Juez contencioso-administrativo tiene frente a sí un acto fruto del poder nacido de la prudente decisión del gobernante.

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 Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente número 2521. Recurso extraordinario de anulación. Recurrente: La Nación - Policía Nacional. Actor: Diana Lucía Cortés Rengifo.

El presente recurso extraordinario de anulación ha sido interpuesto por la Nación (Policía Nacional), a través de apoderada judicial debidamente constituida, contra la sentencia ejecutoriada de única instancia de fecha 27 de octubre de 1986, por la que el Tribunal Administrativo del Tolima despachó favorablemente las peticiones de la parte actora, en la demanda de restablecimiento del derecho que incoara, en su propio nombre, la doctora Diana Lucía Cortés Rengifo.

De esta suerte, la Sala entra a decidir el medio de impugnación propuesto, previo el análisis de sus antecedentes y de la enumeración de los cargos esgrimidos contra el fallo cuya anulación se pretende, así como del examen del concepto del Ministerio Público.

I. Antecedentes:

1.1. A 20 de octubre de 1984 recurrió la doctora Diana Lucía Cortés Rengifo para ante el Tribunal arriba mencionado, con el fin de solicitar la nulidad del Decreto 1694 de julio de 1984, por medio del cual el Presidente de la República y su Ministro de Defensa Nacional declararon insubsistente su nombramiento como Juez 75 de Instrucción Penal Militar adscrito al Departamento de Policía 'Tolima'; así mismo y como consecuencia de lo anterior, también impetró el reintegro al cargo en cuestión o a otro de igual o superior categoría, el pago de los sueldos, primas, bonificaciones y demás adehalas dejadas de devengar con sus respectivos aumentos, desde el momento de su desvinculación hasta el efectivo reintegro, previo el descuento de lo que se demuestre que ha recibido del erario que sea incompatible

según la Constitución y la ley. Por último, pidió que se considere que no ha tenido solución de continuidad en el empleo durante el tiempo que ha permanecido fuera del servicio como consecuencia del acto acusado.

1.2. Como se ha visto, el Tribunal de conocimiento accedió íntegramente a las súplicas de la demanda; para ello, luego de ponderar el material probatorio allegado, expuso las siguientes consideraciones:

"El alegato central de la demanda se dirige a sostener que al emitir el acto acusado, la demandante estaba siendo investigada por la Procuraduría, en razón de la investigación adelantada por el Juzgado 75 de Instrucción Penal Militar, adscrito al Departamento de Policía Tolima, sobre la sindicación de narcotráfico y la determinación de dejar en libertad a los detenidos Carlos Eduardo Artunduaga Reyes y Camilo Cruz Fajardo, la que no fue del agrado del señor Comandante de dicha Institución.

"De todo lo anterior se tiene, que efectivamente como se desprende de la providencia de fecha 28 de noviembre de 1984, emanada de la Procuraduría Delegada para la Policía Nacional, la demandante estaba siendo investigada a raíz del informe del Coronel Rodrigo Millán y el Mayor Rodríguez Auditor de la Sexta Brigada, por la posible irregularidad de la investigación adelantada por ésta por los sindicados de narcotráfico Carlos Eduardo Artunduaga Reyes y Camilo Cruz Fajardo.

"Pues bien, según los términos del Decreto acusado, la remoción de la actora aparentemente se funda en la exclusiva facultad discrecional de nombrar y remover libremente a sus empleados, ya que los empleados que no están amparados en su estabilidad relativa por pertenecer a la carrera administrativa, escalafón o período determinado, pueden ser declarados insubsistentes por sus correspondientes Jefes Administrativos, a quiénes compete según su criterio y que debe estar inspirado en el buen servicio.

"Sin embargo, lo anterior no quiere decir que actos de tal naturaleza no puedan ser acusados cuando su real y oculta motivación se desvía de los fines del buen servicio, en cuyo caso el cargo puede consistir en abuso o desviación de las atribuciones propias del funcionario que lo profiere, correspondiendo en tal evento la carga de la prueba al actor, quién está obligado a demostrar en forma fehaciente, que para la expedición del acto acusado no primó el criterio del buen servicio, o que requerían el agotamiento previo de un procedimiento expresamente consagrado en las leyes.

"Los actos proferidos con desviación de poder, ha sostenido la constante jurisprudencia del honorable Consejo de Estado, son anulables porque contrarían el principio básico del estado de derecho según el cual el Poder Público no se justifica sino en

función de servicio a la colectividad de manera que en el campo administrativo, cualquier decisión ha de ser tomada únicamente en orden al normal y correcto funcionamiento del servicio público, es decir, debe ser siempre motivado por razones del buen servicio.

"Ahora bien, entre el acto de insubsistencia de la actora y las quejas formuladas por la Juez 75 de Instrucción Penal Militar y la investigación adelantada por las irregularidades denunciadas por el Coronel Millán y al Auditor de la Sexta Brigada, Mayor Rodríguez transcurrió poco tiempo, lo que significa que existe nexo de causalidad entre éstos y el acto acusado (sic).

"Ciertamente aparece de autos que a la actora le fue adelantada una investigación de su conducta por la Procuraduría Delegada para la Policía Nacional, iniciada antes de producirse la insubsistencia, que culminó mediante providencia de 28 de noviembre de 1984, con el ordenamiento del archivo de las diligencias, esto es 4 meses después de la insubsistencia, lo que quiere decir que la Administración produjo el acto, sin esperar las resultas de la investigación, todo lo cual implica la conexidad entre los hechos producidos y el acto demandado.

"El honorable Consejo de Estado, en sentencia de 8 de agosto de 1984, con ponencia del doctor Alvaro Orejuela Gómez, expediente 7344, al respecto expresó lo siguiente:

" '.....

" 'En su alegato de conclusión ante el Consejo de Estado, la apoderada del Ministerio hace referencia a que la facultad de libre nombramiento y remoción de que disponen las autoridades administrativas es discrecional en el sentido de que la ley les otorga la posibilidad de apreciar líbremente los motivos y tomar por razones del servicio la decisión de declarar la insubsistencia de un nombramiento. Esto es cierto ante el carácter provisional del nombramiento del actor.

" 'Lo que no comparte la Fiscalía es la similitud con que la Administración tomó la determinación que a todas luces demuestra que los motivos o razones para declarar la insubsistencia son exactamente aquellos por los cuales el funcionario fue sancionado con suspensión, luego de una investigación cuyos resultados no ameritaban la desvinculación.

" 'Por último, y para responder el interrogante formulado por la apoderada del Ministerio (fl. 95), en cuanto al tiempo que debe esperar el nominador para ejercer su facultad discrecional de libre remoción, cuando uno de sus administrados cuyo nombramiento es provisional, se encuentra investigado, dirá la Fiscalía:

" 'Tal como lo ha resuelto en muchas ocasiones el honorable Consejo de Estado, *cuando tratándose de un funcionario de libre nombramiento y remoción, la Administración resuelve investigar*

sus actuaciones y adelantar proceso disciplinario, éste debe culminar absolviéndolo o sancionándolo según los resultados, mas no declarándolo insubsistente.

" 'Y si este proceso culmina como en el presente caso, con una sanción de suspensión, esa es la medida que debe aplicarse.

" '*Si posteriormente se observa que el rendimiento del empleado o su comportamiento, a pesar de la sanción impuesta, no es satisfactorio y por ende perjudica el buen servicio, la Administración estará en libertad de retirarlo del servicio.*

" 'Pero lo que no puede hacerse, en opinión de este Despacho, es desconocer la propia decisión administrativa de castigar con una determinada sanción y optar por la desvinculación del servicio, pues ello equivale a modificar la sanción disfrazándola de insubsistencia, sin cumplir para ello los requisitos legales' (El subrayado es del Tribunal).

"De todo lo anterior se llega a la conclusión de que el móvil que indujo al Ministerio de Defensa - Policía Nacional a expedir el Decreto acusado, no fue otro que la investigación que se adelantaba de su conducta contra la actora, ante la Procuraduría Delegada para la Policía Nacional, encontrándose en proceso de investigación, por lo que la Administración se apresuró al producir el acto de insubsistencia, lo que hace anulable el acto acusado.

"Por consiguiente, le asiste la razón al demandante, y por ende, deben despacharse favorablemente las peticiones de la demanda" (fls. 121 a 124, cuaderno del Tribunal).

II. Los cargos contra la sentencia recurrida:

2.1. Estima la vocera de la Nación en este asunto, que la sentencia objeto del recurso viola directamente, por falta de aplicación, los artículos 120-5 de la Constitución Política y 8º del Decreto 610 de 1977 (Estatuto del personal civil del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional) vigente al momento de los hechos que fueron fundamento de la demanda, y que, además, quebranta el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo por interpretación errónea.

2.2. Los dos cargos, entonces, son explicados así:

"Primer cargo.

"Ser directamente violatoria de la Constitución Nacional y de la ley sustantiva por *falta de aplicación* de los artículos 120 numeral 5 de la Constitución Nacional y 8º del Decreto 610 de 1911.

"El artículo dice:

" 'Artículo 8º Exclusión carrera administrativa y facultad libre nombramiento y remoción. Los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional no pertenecen a la carrera administrativa y son de libre nombramiento y remoción de las respectivas autoridades nominadoras; en su nombramiento

pravalecerá un sistema de selección por méritos, aptitudes e integridad moral. Dentro de las normas del presente estatuto, este personal progresa en el trabajo en razón de su eficiencia, constancia y seriedad y está amparado por el régimen de beneficios económicos y asistenciales consagrados en este Decreto.

"'Artículo 120. Corresponde al Presidente de la República como Jefe del Estado y suprema autoridad administrativa:

"'.....

"'5. Nombrar las personas que deban desempeñar cualesquiera empleos nacionales cuya provisión no corresponda a otros funcionarios o corporaciones, según la Constitución o leyes posteriores.

"'En todo caso el Presidente tiene facultad de nombrar y remover libremente sus agentes. Los representantes de la Nación en las Juntas directivas de los establecimientos públicos, sociedades de economía mixta y empresas industriales y comerciales, son agentes del Presidente de la República'.

"Como se ve dichas disposiciones estatuyen la facultad discrecional que le asiste al señor Presidente de la República para nombrar y remover libremente a los funcionarios de la justicia penal militar.

"La violación de la norma anotada se debió a que el honorable Tribunal Administrativo del Tolima al proferir la sentencia hoy recurrida no les dio aplicación si se tiene en cuenta que en las consideraciones hechas por la Sala después de analizar las probanzas allegadas llega a la siguiente conclusión: '...ahora bien, entre el acto de insubsistencia de la actora y las quejas formuladas por la Juez 17 de Instrucción Penal Militar y la investigación adelantada por las irregularidades anunciadas por el Coronel Millán y el Auditor de la Sexta Brigada, Mayor Rodríguez transcurrió poco tiempo, lo que significa que existe nexo de causalidad entre éstos y el acto acusado'.

"En consecuencia, al no darle aplicación al numeral 5 del artículo 120 de la Constitución Nacional y el artículo 8º transcrito dictó fallo contrario a la entidad que represento, lo que no hubiere sucedido si estas se hubieren aplicado e interpretado correctamente, pues se desconoció el ejercicio de la facultad discrecional conforme a la presunción de legalidad que llevan implícitas las decisiones de la administración pues no existió ni errónea, ni falsa motivación del acto administrativo acusado.

"En el *sub júdice*, la declaratoria de insubsistencia era un ejercicio constitucional del señor Presidente de la República, y no estaba obligado éste alto funcionario a motivar su decisión máxime cuando ni siquiera sabía que a la actora se le adelantaba una investigación disciplinaria.

"En otras palabras, la señorita Cortés Rengifo no fue sancionada sino declarada insubsistente su nombramiento teniendo en cuenta para ello la facultad discrecional del señor Presidente de la República.

"Así las cosas, la sentencia de 27 de octubre de 1986 proferida por el honorable Tribunal Administrativo del Tolima violó obstensiblemente en forma directa el artículo 120, numeral 5 de la Constitución Nacional y el artículo 8º del Decreto 610 de 1977.

"*Segundo cargo.*

"Ser directamente violatoria de la ley sustantiva por *interpretación* errónea del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo.

"Dicho artículo en su inciso 2 dice:

" 'Artículo 84. Acción de nulidad. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, la nulidad de los actos administrativos.

" 'Esta acción se denomina nulidad y procederá no sólo cuando dichos actos infrinjan las normas a las que debían estar sujetos, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o falsamente motivados, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profiera'.

"Se ha reprochado al acto cuestionado de haber sido emitido con desviación de poder, indicándose que él fue el producto de una velada destitución o sanción disciplinaria.

"Ciertamente, en el caso materia de estudio no se patentiza la destitución o sanción disciplinaria. Se dice que tal vicio que conlleva la anulación del acto surge cuando el funcionario o entidad administrativa que lo profiere, el cual aparece inobjetable externamente, pues no contiene una violación de la ley, reúne las formalidades propias, ha sido dictado con la competencia legal, pero en esencia ha sido expedido no con la finalidad del buen servicio sino para satisfacer intereses particulares. El Poder Público no se justificó sino en función de servicio a la colectividad y de ahí que la discrecionalidad con que actúan los administradores no es jamás ilimitada.

"Si ésta es la noción de desviación de poder, no resultó demostrada en el caso en estudio porque no se ve el motivo oculto del señor Presidente de la República al declarar insubsistente el nombramiento de la señorita Cortés Rengifo del cargo de Juez Penal Militar.

"Cabe razonar por tanto que el nominador produjo el acto cuestionado por razón del buen servicio.

"No se ve por tanto el interés personal del señor Presidente al obrar en la forma señalada. Tampoco se avizora el perjuicio causado al buen servicio, con el pronunciamiento en mención.

"El hecho de que la Procuraduría General hubiera exonerado de responsabilidad a la actora, en nada vicia el Decreto que es materia del ataque.

"Así las cosas, la interpretación errónea de la normatividad sustantiva citada, trascendió en la decisión del honorable Tribunal Administrativo del Tolima que en el evento de haberse interpretado correctamente en vez de condenar a la Nación habría negado las peticiones de la demanda.

"Todo lo anterior es suficiente para que la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado *anule el fallo acusado* y lo *reponga,* negando las peticiones de la demanda" (fls. 5 a 9).

III. Alegato de oposición de la parte actora

3.1. La doctora Diana Lucía Cortés Rengifo, en favor de la sentencia acusada de nulidad, arguye:

"Al afirmar la recurrente que hubo falta de aplicación de las normas citadas, está diciendo que el yerro del Tribunal Administrativo del Tolima recayó sobre la existencia de las normas, no se niega que el Presidente de la República tenga un poder discrecional para nombrar y remover libremente a sus agentes pero esta facultad discrecional, no es absoluta, ya que deberá estar siempre dirigida hacia el logro del buen servicio público.

"Dice el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda, sentencia de agosto 11 de 1976: 'Facultad discrecional y principio de legalidad. La facultad de libre nombramiento y remoción de que disponen algunas autoridades administrativas es discrecional en el sentido de que la ley reconoce a esta clase de autoridades la posibilidad de apreciar libremente los motivos y tomar por razones del servicio, la decisión correspondiente.

"Lo anterior no significa que la discrecionalidad reconocida a las autoridades administrativas que tienen la facultad de libre nombramiento y remoción de sus agentes constituye una excepción al principio de legalidad, pues, debe y tiene que ser ejercida dentro de sus límites. Esta es la razón por la cual, cuando, dicha facultad se ejerce con desviación de poder, puede obtenerse la nulidad del acto administrativo en que se manifiesta, de una parte: y de otra el restablecimiento del derecho de los perjudicados si a ello hubiere lugar".

"En el caso que nos ocupa hubo desviación de poder, es decir, la administración no cometió error jurídico pero tomó la decisión de declararme insubsistente por un motivo distinto de aquel por el cual se le confirió poder, la decisión se tomó por motivos de hostilidad personal contra mi, hechos probados ampliamente en la demanda y que fueron tenidos en cuenta por el honorable

Tribunal Administrativo del Tolima para llegar a la conclusión de que sí existió desviación de poder, situación que demostraré más adelante cuando me refiera al segundo cargo.

"El acto de insubsistencia fue una verdadera destitución pues con este acto no se buscó el buen servicio sino aplicarme represalias por no seguir abusivas e ilegales órdenes en el ejercicio sagrado de administrar justicia. La verdadera naturaleza del acto impugnado oculta una destitución, por unas presuntas faltas bajo la apariencia de una declaración de insubsistencia fundada en la facultad de libre nombramiento y remoción.

"El nominador puede expedir actos en ejercicio de facultades, conforme a la ley, con las formalidades propias pero estos actos pueden ser acusables por haber sido movidos por motivos de índole personal desviando así la única y verdadera razón que debe de acompañar a estos actos, cual es el bien de la administración pública.

"Si bien es cierto que los actos administrativos están amparados por la presunción de legalidad, se ha demostrado la ilegalidad del acto que me declaró insubsistente ya que éste fue el producto del simple querer arbitrario de las directivas de la entidad a que pertenecía, ellos fueron los promotores directos de mi insubsistencia, arguyendo fines y motivos no admitidos por la moral administrativa.

"...

"No obstante ser el Presidente de la República el nominador, dada la diversificación de facultades y funciones, le es humanamente imposible relacionarse con cada uno de sus agentes que en virtud de las mismas vincula o retira del servicio público, es por ello que las relaciones con los funcionarios y empleados de las distintas ramas del poder público se delegan en sus directivas, quienes si conocen personal y directamente a estas personas y las circunstancias en que se desarrolla la prestación de sus servicios, por tanto, es ilógico creer que el Presidente de la República conoce a todos y cada uno de sus agentes y está enterado de todas las circunstancias en que prestan su servicio.

"No pretendía la actora que el señor Presidente de la República hubiera motivado el acto acusado ya que es obvio que de acuerdo al poder discrecional para nombrar y remover libremente a sus agentes, no está obligado a ello. En el caso que se analiza existieron hechos ocultos distintos al buen servicio, hechos que no son propiamente los que deben orientar la recta administración pública, por tal razón se alegó en la demanda que existió desviación de poder, circunstancia consagrada por la ley como causal de nulidad de los actos administrativos".

"...

"Estos motivos podrán invocarse en todas las acciones en que se impugne un acto administrativo, cualquiera que sea su finalidad".

"Dice el doctor Jorge Valencia Arango en su libro *Comentarios al Código Contencioso,* Biblioteca de la Cámara de Comercio de Bogotá, página 205: '...a) La Doctrina y la Jurisprudencia están de acuerdo en que la violación de la ley, por el sentenciador, no puede ocurrir sino por dos vías.

"1. Vía directa: entendida la sentencia jurisdiccional como un silogismo en el cual la premisa mayor es la ley o en general, la norma jurídica aplicable; la premisa menor los hechos o actuaciones que constituyan la *'causa petendi'* o elemento histórico de la pretensión y la conclusión, es el *petitum* se dice que hay violación directa cuando ella ocurre en la premisa mayor, sin problemas de hecho, es decir, sin errores de hecho o de derecho en la apreciación de los hechos de la *'causa petendi'*, bien sea por infracción directa (falta de aplicación), interpretación errónea o aplicación indebida.

"...3. La infracción directa o falta de aplicación ocurre cuando el sentenciador ignora la existencia de la norma aplicable, caso en el cual resulta, igualmente, violada, la norma que aplica, por aplicación indebida o cuando desconociendo la existencia de la norma aplicable, se revela contra ella y niega su aplicación, modalidad menos frecuente pero que si se han dado algunos casos en el país.

"4. 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 interpretación sino a su aplicación, ya que no puede en tal caso desentenderse su tenor literal so pretexto de consultar su espíritu, por mandato del artículo 27 del Código Civil...

"6. En síntesis, en el recurso de anulación no puede discutirse los hechos de la controversia. Las conclusiones probatorias aducidas por el sentenciador de instancia son intocables, indiscutibles, impugnables.

"Es tomándolas como ciertas, como puede afirmarse la violación legal, por infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea'".

"... ... ...

"El fallador al dictar la sentencia tuvo como premisa mayor, el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, norma clara, inequívoca y perfectamente aplicada al caso; como premisa menor todos aquellos móviles ocultos que se tuvieron en cuenta para la declaratoria de insubsistencia, hechos plenamente demostrados durante el proceso y que fueron la causa directa de la insubsistencia, constituyendo así la desviación de poder; el sentenciador llegó a la conclusión de que el decreto se expidió con abuso de poder, por tal razón lo declaró nulo en la sentencia" (fls. 21 a 25).

IV. Concepto del Ministerio Público

4.1. Emitido oportunamente por la señora Fiscal Quinta de la Corporación, dice a la letra:

"Después de analizar cuidadosamente los argumentos de las partes, estima la Fiscalía que en el caso de autos no se da la violación directa de 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 *sub judice* la prosperidad del recurso implicaría análisis del material probatorio, el que obviamente no es de recibo dentro del trámite de un recurso de anulación.

"Además, la parte motiva de la sentencia debe aparecer en evidente contradicción con la Constitución o la ley sustantiva.

"El Tribunal en su sentencia concluyó que se había probado la desviación de poder al expedir el acto mediante el cual se declaró la insubsistencia de la actora.

"Desvirtuar esas pruebas y analizarlas no es de recibo en el recurso de anulación, y la violación alegada no resulta directa como lo exige la ley.

"Por las razones expuestas, esta agencia del Ministerio Público opina que el recurso interpuesto no está llamado a prosperar" (fl. 36).

Para resolver, se considera:

A) Es preciso recordar que, al tenor de lo preceptuado en el capítulo III del título 23 del libro 4º del actual Código Contencioso Administrativo, la única causal de anulación de una sentencia ejecutoriada está integrada por la violación directa de la Constitución política o de la ley sustantiva (art. 197), es decir, por el llamado *error iuris in iudicando*, bien por falta de aplicación, bien por aplicación indebida, bien por interpretación equivocada de la norma o de las normas sustanciales que se invoquen por el recurrente, descartándose, por tanto, cualquier yerro de orden procedimental o de carácter probatorio o relacionado con el elemento meramente fáctico. Además, el recurrente ha de demostrar la incidencia "de la violación de la norma legal en la parte resolutiva" del fallo ameritado (art. 199-3).

B) Ahora bien, dentro de esas pautas, se examinan los cargos formulados, teniendo en cuenta, como es obvio, los correspondientes estudios que de ellos hacen la parte actora y la agencia del Ministerio Público.

Del primer cargo:

Por lo que atañe a este cargo, es preciso recordar cómo la recurrente lo sitúa en el terreno de la discrecionalidad que tiene el presidente de la República para remover libremente a sus agentes, y, de manera más específica, a los empleados civiles del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional. En otras palabras, argumenta la representante judicial de la Nación en este asunto, el ordinal 5º del artículo 120 de la Carta inviste al presidente de la República de la prerrogativa de vincular y desvincular a sus agentes de sus respectivos cargos, teniendo como miras el buen servicio público, función que alcanza mayor relieve en el caso de los civiles que brindan su fuerza de trabajo en el Ministerio de Defensa y en la Policía Nacional, al tenor de lo estatuido en el artículo 8º del Decreto-ley 610 de 1977, que excluye por completo a esas personas de la posibilidad de estar en carrera administrativa y gozar de la garantía de estabilidad relativa en sus cargos.

Quepa aquí explicar que hay poder discrecional cuando la ley, habiendo creado una competencia y radicándola en una autoridad dada, deja libre al agente de escoger el sentido en el cual ejercerá esa competencia, le deja la oportunidad de medir los efectos de la decisión que toma.

Esta definición implica, por tanto, que la ilegalidad relativa que pueda haber respecto a los motivos de la decisión sólo es concebible cuando hay poder reglado, no cuando se esté en presencia del poder discrecional. Y que sólo si se establece la existencia de un nexo de causalidad entre circunstancias que tal vez hayan incidido en la dictación del acto, aparecerá la llamada *"desviación de poder"*, que fue, precisamente el vicio que parece haber encontrado el tribunal de instancia para decretar, como en efecto decretó, la nulidad del acto que declaró la insubsistencia del nombramiento de la actora.

"Pero la *"desviación de poder"* es, por definición, un correctivo excepcional del principio de legalidad cuando el juez contencioso-administrativo tiene frentte a sí un acto, *fruto del poder nacido de la prudente decisión del gobernante.* Siendo como es una variante del denominado *"exceso de poder"* que se opone a la presunción de legalidad de que goza el acto, habrá *"desviación de poder"*, como dice la doctrina, cuando se compruebe, sin lugar a dudas, que la decisión comprendida en el acto *se tomó en vista de un fin distinto de aquel que debe pretender;* que la competencia discrecional se extravió, se torció hacia un designio, hacia un propósito opuesto al que quiso el legislador al establecer el poder discrecional; que el acto es ilegal en razón de su fin, extraño al recto criterio del buen servicio público.

Y porque el criterio del buen servicio público es el fundamento del poder discrecional, el fin del acto administrativo discrecional ha de entenderse como aquel que busca el bienestar colectivo, por encima de cualquier interés privado. El interés general, por ende, es la regla de conducta obligatoria para todo agente del Estado y bajo ese rumbo ha de juzgarse esa clase de actos. Sólo entonces si aparece plenamente probado en un caso concreto, de modo indubitable, que el mó-

vil fue tomado por venganza, por favoritismo, por consideraciones meramente privadas o subjetivas, se estará en presencia de un tipo clásico de desviación de poder.

Trayendo entonces las precedentes tesis sobre el poder discrecional, sobre la presunción o prerrogativa de legalidad del acto administrativo y sobre la desviación de poder, a la falta de aplicación que dice la recurrente hay en la sentencia acusada del artículo 120-5 de la Carta y del artículo 8º del Decreto-ley 610 de 1977, o sea, a los preceptos que gobiernan el uso de la discrecionalidad de las atribuciones propias de la Administración para el caso que se debate, cabe observar que:

1. Hay falta de aplicación o inaplicación de una norma constitucional o sustancial cuando debiéndose debido aplicar, el juez administrativo lo ha omitido.

2. Se trata, es claro, de un error que versa sobre la existencia de uno o de varios preceptos, ora porque el juzgador desconoce su existencia, ora porque, no obstante conocerla, resuelve no aplicarlas pese a que se imponía hacerlo.

3. A diferencia de lo que autoriza el Código de Procedimiento Civil en su artículo 368-1 acerca del *error facti in iudicando* para casar una sentencia, que permite entrar al análisis de las pruebas cuando él es *violación medio* de la transgresión de la norma constitucional o sustantiva, el artículo 197 del Código Contencioso Administrativo no da margen para que el Consejo de Estado se ocupe de consideraciones en torno a las pruebas que llevaron al juzgador de instancia a concluir que hubo, por ejemplo, desviación de poder, como acontece en el caso de autos.

4. En la violación directa de la norma constitucional o de la norma legal de derecho sustancial, para efectos de la prosperidad del recurso, la falta de aplicación ha de deberse únicamente al desconocimiento de esas normatividades o a la validez de ellas. Se excluye, por dicha razón, cualquier estudio que el juzgador de instancia haya hecho acerca de cuestiones de carácter probatorio.

5. Siendo ello así, no conociendo ahora la Sala la cuestión ameritada como estrado de instancia, no le es permitido escudriñar si hubo o no pruebas suficientes para la desviación de poder que abrió las puertas a la sentencia acusada para acceder a las peticiones de la demanda. Ante ello, ha de concluirse que el primer cargo no tiene vocación de prosperidad.

Del segundo cargo:

Recuérdese que él consiste en la interpretación errada del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, que define la *acción de nulidad,* y que esa interpretación errada descansa en la circunstancia de que, indica la sentencia, que hubo desviación de poder porque la Administración veló su verdadera intención de destituir, con una aparente insubsistencia.

Aunque la dimensión del artículo 84 mencionado es evidentemente sustancial no obstante se halle en una recopilación esencialmente procedimental, no ve la Sala cómo pudo haber, de puro derecho, interpretación errónea porque el Tribunal del Tolima, de acuerdo con las pruebas que analizó y que ahora no puede analizar el Consejo, concluyera que se está en presencia de una desviación de poder. Para poderlo saber, habría que entrar a puntos prohibidos por el legislador al instituir en su sabiduría y en la forma en que lo hizo, el denominado recurso extraordinario de anulación.

Las glosas que en la elucidación del primer cargo se hicieron, son útiles también para éste. La desviación de poder es figura propia de sanción del acto administrativo que emerge del poder discrecional, y de ahí que el artículo 84 citado lo erija como causa de anulación de esos pronunciamientos administrativos.

Habrá de condenarse, igualmente, en costas al recurrente, al tenor de lo preceptuado en el artículo 201 del Código Contencioso Administrativo y de lo dispuesto en auto de 9 de abril de 1987 (fl. 13).

Por ello, pues, no prospera este segundo y último cargo.

Por todo lo cual el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Deniégase la anulación de la sentencia de 27 de octubre de 1986 del Tribunal Administrativo del Tolima, por no prosperar el recurso extraordinario interpuesto contra ella.

Condénase en costas a la parte recurrente. Tásense.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de su origen.

Cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 9 de septiembre de 1988.

Aydée Anzola Linares, Ausente; *Reynaldo Arciniegas Baedecker*, *Alvaro Lecompte Luna*, *Pedro Charria Angulo*, Conjuez.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

PRESIDENTE.— PROCURADOR.

No hay vínculo jerárquico entre el Presidente de la República y el Procurador General de la Nación.

DECLARA LA NULIDAD de la expresión "EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA" con que termina el inciso 1º del artículo 35 del Decreto reglamentario 3404 de 1983 "por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 25 de 1974, 83 de 1936 y los Decretos 2889 de 1953 y 521 de 1971.

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

Consejero ponente: *Doctor Guillermo Benavides Melo.*

Referencia: Expediente número 494. Actor: Fabio Valencia Cossio.

1. Antecedentes:

El doctor Fabio Valencia Cossio demandó en acción de nulidad la de una expresión concreta del artículo 35 del Decreto reglamentario 3404 de 1983 y solicitó la suspensión provisional de los efectos de tal acto administrativo. El Consejo de Estado admitió la demanda y decretó la medida cautelar. Notificada la Nación a través del Ministro de Gobierno, impugnó la demanda y suplicó la providencia que dispuso la suspensión, pero la Sala confirmó la providencia del consejero ponente. Adelantada totalmente la actuación y no observándose causal de nulidad alguna, procede el Consejo a fallar el presente proceso.

2. El acto demandado:

El Decreto número 3404 de 1983 (diciembre 13), reglamenta parcialmente las Leyes 25 de 1974, 83 de 1936 y los Decretos 2898 de 1953 y 521 de 1971, relacionados con la organización y funcionamiento de la Procuraduría General de la Nación y todo el Ministerio Público. En el Capítulo VI trata de los impedimentos y recusaciones de los funcionarios y empleados de la Procuraduría, e incluye el artículo 35, cuyo inciso primero es del siguiente tenor:

"Artículo 35. El funcionario o empleado impedido pasará el asunto o negocio a su superior jerárquico, a fin de que éste decida a quién ha de corresponder su conocimiento o quién habrá de sustituirlo para efectos del proyecto o de la instrucción. Se entiende por

superior jerárquico, en los términos del presente artículo, el correspondiente Jefe Seccional, Procurador Regional o Delegado, el Procurador General de la Nación y el Presidente de la República.

"....."

La expresión EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA es la demandada en el proceso.

3. La demanda:

Considera el actor que la parte demandada del Decreto antes citado viola los artículos 76 numeral 1, 120 numeral 3, 142, 144 y 145 de la Constitución Nacional; y las Leyes 25 de 1974 artículo 2º y 83 de 1936 artículo 3º. Al precisar el concepto de la violación expresa que ninguna norma constitucional o legal atribuye al Presidente de la República superioridad jerárquica en relación con el Procurador General de la Nación o cualquier funcionario del Ministerio Público; y que si ha existido cierta tendencia doctrinaria y jurisprudencial en este sentido, ello se debe a una larga y persistente confusión que hace pensar en la existencia de solo tres ramas del Poder Público (Legislativa, Administrativa y Jurisdiccional), cuando hoy se acepta la moderna teoría constitucional que reconoce la existencia de otras ramas no subordinables a ninguno de los antiguos poderes, como ocurre precisamente con la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General de la República, la organización electoral, etc. Por sostener aún la tesis antigua, el Decreto responde a la idea de incluir necesariamente la Procuraduría en la Rama Ejecutiva y hacerla objeto del poder jerárquico que en ésta ejerce el Presidente.

4. La impugnación:

La Nación, a través del Ministerio de Gobierno, interpuso y fundamentó recurso de súplica contra el auto que decretó la suspensión provisional, e impugnó la demanda, apoyada en los siguientes argumentos fundamentales:

Lejos de exceder la facultad reglamentaria, el Decreto acusado, en la parte objeto de solicitud de nulidad, se limita a precisar el alcance de la ley, ya que el legislador no lo hizo en relación con quien debe conocer de los impedimentos y recusaciones para indicar, en caso de prosperidad de los mismos, al funcionario competente según la ley. Por lo demás, múltiples razones históricas y legislativas demuestran cómo siempre ha habido un vínculo entre Gobierno y Procuraduría que sirve de soporte a la norma acusada. Y agrega: "No podemos olvidar que nuestro sistema es presidencialista. El Ejecutivo a través de todas las reformas constitucionales se ha venido fortaleciendo y la Procuraduría a pesar de su función fiscalizadora y de vigilancia del Ejecutivo, no tiene independencia total frente a él, como afirma el actor, ya que por el contrario hay una relación de dependencia estrecha entre ambas instituciones".

Según la demanda, varias de las disposiciones de la Ley 83 de 1936, del Decreto 2898 de 1953 y de la misma Ley 25 de 1974, conducen a la conclusión que sostiene, y remata así su argumentación:

"Según las normas reglamentadas tenemos que el Procurador debe obrar de acuerdo con el Gobierno nacional en unos casos, además debe rendir informe anual al Presidente, y debe pedir aprobación al mismo para nombrar algunos funcionarios y el Presidente a su vez está encargado de nombrar Procuradores Delegados. Actuaciones que no nos dejan duda sobre la dependencia de la Procuraduría con respecto al Gobierno nacional y que por tanto el Ejecutivo no excedió la potestad reglamentaria al disponer en el Decreto reglamentario 3404 que (el) Presidente de la República es superior jerárquico del Procurador para efecto de aceptar o no impedimentos".

5. El concepto Fiscal:

El señor Agente del Ministerio Público, identificado con los criterios que el Consejo consignó en las providencias que resolvieron sobre la petición de suspensión provisional, conceptúa en el sentido de la ilegalidad de la disposición acusada y pide, en consecuencia, que se declare su nulidad.

6. Consideraciones del Consejo de Estado:

Sin necesidad de restarle valor al artículo 142 de la Constitución Política, como lo plantea el demandante, puede afirmarse que el Procurador General de la Nación no es agente ni inferior jerárquico del Presidente de la República, aun cuando el Gobierno conserve la suprema dirección del Ministerio Público. Las relaciones que la Constitución establece entre estas dos expresiones del Estado, no necesariamente han de desenvolverse en términos de jerarquía o de absoluta independencia. Hay una situación intermedia que la Corte ha señalado de la siguiente manera:

"El Ministerio Público es ejercido en la República por el Procurador General de la Nación, bajo la suprema dirección del Gobierno, según mandato expreso de la Constitución Política; pero esta suprema dirección del Gobierno es meramente política o de orientación ya que las facultades jerárquica, funcional y disciplinaria competen de modo exclusivo como atribución especial, al Procurador General, en los términos del artículo 145-3 de la Carta que le asigna la obligación de 'cuidar de que todos los funcionarios del Ministerio Público desempeñen su encargo y promover que se les exija la responsabilidad por las faltas que cometan', obligación complementada con la facultad también constitucional de nombrar y remover libremente a los empleados de su inmediata dependencia" (Sentencia, septiembre 14 de 1971. G. J. números 2340-4142, pág. 391).

Es posible ampliar el anterior criterio con el examen de un texto constitucional que, si bien no está referido al Ministerio Público, plantea situación semejante. Se trata del artículo 135 de la Carta, que al regular lo relacionado con la delegación de funciones presidenciales conforme a las autorizaciones que otorgue la ley, califica a los Ministros del despacho y a los Jefes de los Departamentos Administrativos, como Jefes Superiores de la Administración. Esta calidad plantea inicialmente una contrariedad que Jaime Vidal Perdomo elimina así:

"Ser jefe superior administrativo significa tener la dirección de todo un haz de servicios administrativos, y no haber una autoridad de mayor jerarquía, puesto que por ello se dejaría de ser jefe superior; en virtud de su jefatura superior, los ministros y jefes de departamentos administrativos pueden producir actos administrativos que rematan definitivamente una actuación, que no están sometidos a la aprobación de ninguna otra autoridad, que no pueden ser apelados ante ninguna otra persona y que ponen fin en materia de procedimiento a la llamada 'vía gubernativa'. Tales actos son aquellos localizados en sus despachos por atribución legal o por delegación presidencial. El artículo 16 del Decreto 2733 de 1959 confirmada esta tesis al hacer terminar la vía gubernativa en la decisión ministerial, sin posibilidades de recurso de apelación ante el Presidente de la República (hoy lo hace el artículo 50 del nuevo Código Contencioso Administrativo).

"Lo anterior, como ya lo expusimos, puede aparecer contrario al carácter de suprema autoridad administrativa del Presidente o incompatible con esa naturaleza jurídica; no obstante, la combinación de los artículos 120 y 135 de la Constitución permite resolver este supuesto conflicto. El Presidente es el titular de la potestad reglamentaria, esto es, tiene la facultad de producir normas en desarrollo de la ley, que le siguen en orden de importancia a la ley dentro de la jerarquía de las normas y que son superiores a las que dictan los ministros. Por medio del decreto reglamentario el Presidente dirige de manera general la marcha administrativa y como se trata de normas de obligatorio cumplimiento para los ministros, por intermedio de ellas ejerce el Presidente la suprema autoridad administrativa...

"El Ministro y el Jefe del Departamentos Administrativo son jefes superiores de la administración para los asuntos particulares confiados a sus despachos, que van resolviendo de manera definitiva dentro de la perspectiva general consignada por el Presidente en el decreto reglamentario. Resulta pues que en asuntos administrativos el Presidente y los Ministros actúan a niveles diferentes y por ello no se estorban, sino que se complementan sus respectivas calidades de suprema autoridad administrativa y de jefes superiores de la administración" (Derecho Administrativo, 8ª edición, Temis, Bogotá, 1985, págs. 112 y 113).

Consideraciones similares a las anteriores pueden hacerse para examinar la relación entre el Gobierno y la Procuraduría, toda vez que ésta, o más exactamente, el Procurador General de la Nación cumple las funciones que le asignan el Título XIV de la Constitución Política y las leyes, dentro de su propia órbita, pero está sometido a las disposiciones generales que el Gobierno expida en ejercicio de la facultad reglamentaria o en desarrollo directo de la Carta Fundamental, sin que, como ya se dijo, de allí resulte una relación jerárquica frente al Presidente de la República.

Nótese cómo, si bien es cierto que el Presidente participa, a través de la elaboración de terna, en la elección del Procurador que hace la Cámara de Representantes, la facultad nominadora del primer Magistrado es más restringida que la que ejerce en la designación y remoción de Ministros y Jefes de Departamento Administrativo, mu-

cho más si se tiene en cuenta que el Procurador es funcionario de período fijo y sólo puede ser removido, antes de su vencimiento, por la Cámara que lo eligió. Esto significa que es más débil el nexo entre Presidente y Procurador, que entre Presidente y Ministros y Jefes de Departamentos Administrativos.

Por otra parte, es evidente que las providencias del Procurador General de la Nación agotan la vía gubernativa, y si en el artículo 50 del Código Contencioso Administrativo no se halla comprendida la Procuraduría entre las reparticiones cuyas decisiones carecen del recurso de apelación, no es porque lo tengan, sino porque en concordancia con el artículo primero de la misma obra, las actuaciones de la Procuraduría General de la Nación se hallan reguladas casi siempre por procedimientos administrativos consignados en leyes y decretos especiales. Tal cosa ocurre por ejemplo con el régimen disciplinario de que tratan los Decretos 521 de 1971, 250 de 1970, 482 de 1985; y las Leyes 25 de 1974, 13 de 1984, entre otras. El mismo Decreto 3404 de 1983, en cuyo articulado se encuentra la disposición objeto de esta demanda, contiene todo un procedimiento disciplinario especial. Cosa semejante ocurre con la vigilancia judicial de que se ocupan los Decretos 250 de 1970 y 52 de 1987, así como la Ley 25 de 1974. Por todo ello, porque la revisión de algunas providencias dictadas por la Procuraduría General corresponden al Tribunal Disciplinario, y porque las relaciones entre Gobierno y Ministerio Público se desenvuelven, como dice la Corte, en el campo meramente político y de orientación, se concluye que no hay vínculo jerárquico entre Presidente y Procurador.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Primero. Declárase la nulidad de la expresión EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA, con que termina el inciso primero del artículo 35 del Decreto reglamentario número 3404 de 1983 "por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 25 de 1974, 83 de 1936 y los Decretos 2889 de 1953 y 521 de 1971".

Segundo. En firme este fallo, comuníquese al Gobierno nacional por intermedio del Ministerio de Gobierno y a la Procuraduría General de la Nación.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha quince de septiembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Samuel Buitrago Hurtado, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

IMPUESTO SOBRE LA RENTA.—

REVOCA LA SUSPENSION PROVISIONAL del artículo 2º del Decreto 0535 de marzo 20 de 1987, decretada en providencia de abril 29 de 1988.

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 1913. Actor: Pedro Silvio Pulido Pinto. Acción de nulidad y suspensión provisional de los artículos 2º y 6º del Decreto reglamentario número 0535 de 1987 proferido por el Gobierno nacional. Recurso de súplica contra auto de 29 de abril de 1987 del Despacho del doctor Carmelo Martínez Conn. Auto.

Se decide el recurso ordinario de súplica previsto en el artículo 183 del Código Contencioso Administrativo, que fue interpuesto oportunamente contra el auto proferido con fecha 29 de abril de 1988 en Sala Unitaria con ponencia del honorable Consejero doctor Carmelo Martínez Conn, en cuanto decreta la suspensión provisional del artículo 2º del Decreto reglamentario número 535 de 1987.

Antecedentes:

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, el doctor Pedro Silvio Pulido Pinto demandó la nulidad de los artículos 2º y 6º del Decreto reglamentario número 535 de 1987 y al mismo tiempo solicitó que se dispusiera la suspensión provisional de las normas acusadas.

Mediante providencia de 29 de abril de 1988 la Sala Unitaria admitió la demanda y suspendió provisionalmente al artículo 2º porque "al crear una excepción para los intereses generados en las deudas del patrono sobre cesantía de los trabajadores, contradice el artículo 27 de la Ley 75 de 1986, conforme al cual no es deducible como costo o deducción el componente inflacionario de los intereses y demás costos y gastos financieros incluidos los ajustes por diferencias de cambio, pues aun cuando la deuda en su origen laboral, el interés que el patrono paga a su trabajador constituye remuneración al capital que recibe tal trabajador por cesantía".

Sustentación del recurso:

El doctor Pablo Acuña Fergusson, en su condición de Delegado de la Dirección General de Impuestos Nacionales, interpuso recurso de súplica contra la suspensión del citado artículo 2º y al efecto sostiene:

1º El artículo 29 de la Ley 75 de 1986 limita la deducibilidad de los intereses, únicamente cuando su pago obedezca a la consecusión de recursos económicos ajenos para la realización de la actividad del contribuyente; pero los intereses pagados por conceptos diferentes a la financiación del ente económico, no tiene limitaciones para su deducibilidad.

2º El artículo 2º del Decreto 535 de 1987 reitera el tratamiento fiscal que se ha dado a los "intereses sobre cesantías", o sea, el de simples "gastos laborales" y, por ende, deducibles en su totalidad de la renta del contribuyente.

3º Como las cesantías pagadas o consolidadas son deducibles para el patrono (art. 50 del Decreto 2053 de 1974), es lógico que igual tratamiento se le dé a los rendimientos que por ley deben producir dichas cesantías porque participan de la misma naturaleza.

4º El Consejo de Estado, en sentencia de 14 de junio de 1974 consideró la cesantía como "gasto laboral" y no como "gasto financiero".

El doctor Carlos Hernando García Torres, quien actúa en el proceso como parte impugnadora, también interpuso la súplica y abogó por el mantenimiento de la vigencia del artículo suspendido, con fundamento en estas razones:

a) Un gasto o costo real de la producción, como son los intereses sobre la cesantía, constituyen expensas indispensables para obtener la renta; luego debe aceptarse como deducción en la totalidad de lo pagado;

b) Si la ley acepta la deducibilidad de los pagos por cesantías, que es la obligación principal, la accesoria que son los intereses, merecen el mismo tratamiento;

c) El Capítulo III de la Ley 75 de 1986 versa sobre "rendimientos y gastos financieros" y no comprende obligaciones de carácter laboral;

d) Como la cesantía se hace exigible cuando termina el contrato de trabajo, sólo a partir de ese instante el trabajador es acreedor de deuda cierta y exigible a cargo del patrono;

e) Los intereses de una deuda se integran con dos factores: La tasa de inflación más la tasa real de remuneración sobre el crédito. El primer componente compensa el índice de inflación para que el dinero prestado no se desvalorice en términos reales; el segundo componente, adicional del primero, es la retribución real y efectiva que compensa el capital prestado. De modo que el doce por ciento que la ley señala como intereses sobre las cesantías, no tiene componente inflacionario.

Así mismo la doctora Amparo Araújo de Guevara, como coadyuvante, impugnó la suspensión con las siguientes razones:

1ª Los intereses de las cesantías forman parte del régimen laboral y dentro de ese contexto han de ser tomados en cuenta.

2ª Los intereses de las cesantías participan de la naturaleza jurídica de la obligación principal a la cual acceden.

3ª Tales intereses son un gasto laboral por cuanto penden de un crédito esencialmente laboral; y son irrenunciables, a diferencia de los de naturaleza financiera.

4ª Los intereses de las cesantías, precisamente por ser una prestación social accesoria, pertenecen a la primera clase dentro del orden de prelación establecido en el artículo 2495 del Código Civil.

5ª La sanción por incumplimiento en el pago de los intereses de la cesantía es diferente de la del incumplimiento en el pago de los intereses comerciales.

6ª El artículo 1º de la Ley 52 de 1975, en su numeral 4, dispone que los intereses de las cesantías son inembargables, prerrogativa que no tienen los intereses comerciales, los cuales integran la prenda general de los acreedores.

7ª Los intereses financieros son rendimientos de recursos de capital que el empresario consigue en el mercado financiero, al paso que los intereses de las cesantías se derivan de una prestación social causada en un contrato de trabajo. Por eso la tasa de estos es fija y no involucra el reconocimiento a la inflación. Los intereses financieros, en cambio sí incorporan elementos como el de la desvalorización monetaria.

Se considera:

El precepto cuya suspensión provisional se impugna reputa como gasto laboral los intereses de las cesantías y, en consecuencia, permite la deducción total de los mismos, si el contribuyente que los paga cumple los requisitos que exige la ley para aceptar la deducción. Al parecer su fundamento reside en que se trata de obligación patronal que acceda a una prestación social que se origina en relaciones laborales sujetas a régimen y tratamiento especiales. Y como la ley los fija en un porcentaje no susceptible de correcciones determinadas por las variaciones del valor intrínseco de la moneda de curso forzoso, no tienen el componente inflacionario que suele tomarse en cuenta en el mercado de capitales para las operaciones de crédito en general.

Desde luego, la dilucidación de este componente, así como de la índole de tales intereses y su distinción frente a los gastos financieros, deben ser materia del fallo con el cual habrá de culminar el proceso de la referencia. Y esa sola circunstancia impide percibir *prima facie* las violaciones de normas jerárquicamente superiores. Su tenor literal indica que es una simple pauta para procurar la correcta y justa aplicación del artículo 29 de la Ley 75 de 1986, salvo que de un con-

cienzudo estudio en el que se analicen los importantes argumentos de los recurrentes, se concluye en una apreciación distinta.

Por lo brevemente expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

Resuelve:

Revocar la suspensión provisional del artículo 2º del Decreto 0535 de 20 de marzo de 1987 decretada en providencia de fecha 29 de abril de 1988, suspensión que fue objeto de la súplica.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase el expediente al conductor del proceso. Cúmplase.

Se deja constancia que este auto se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, José Ignacio Narváez García, Jaime Abella Zárate.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

INSUBSISTENCIA.— Procedencia.

La autoridad nominadora tiene amplias facultades para declarar insubsistente un nombramiento cuando considere que esa medida conviene al buen servicio público.

ACTO ADMINISTRATIVO. PRESUNCION DE LEGALIDAD. Destrucción.

Cuando se demanda un acto administrativo de insubsistencia, debe probarse de manera certera algún hecho o circunstancia capaz de destruir tal presunción.

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

Consejera ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Proyectó: *Víctor Manuel Ruiz,* Magistrado auxiliar.

Referencia: Expediente número 1315. Actora: Clemencia Martínez de Bejarano. Decretos del Gobierno.

En ejercicio de la acción contenciosa de plena jurisdicción laboral y por medio de apoderado la señora Clemencia Martínez de Bejarano pidió al Tribunal Administrativo de Cundinamarca hacer las siguientes *declaraciones:*

"1. Que se declare la nulidad del Decreto número 2961 de 23 de octubre de 1981, por el cual se declaró insubsistente a la doctora Clemencia Martínez de Bejarano del empleo de Profesional Especializado 3010-08 de la División de Programas Especiales de la Dirección General de Integración y Desarrollo de la Comunidad del Ministerio de Gobierno.

"2. Que se ordene a la Nación —Ministerio de Gobierno— que reintegre a la doctora Clemencia Martínez de Bejarano al empleo del cual fue declarada insubsistente por Decreto 2961 de 23 de octubre de 1981, o al empleo que reemplace a éste, o a otro empleo de carrera administrativa de igual o superior jerarquía con requisitos mínimos similares o susceptibles de ser cumplidos por la demandante. Este reintegro se hará con retroactividad al 23 de octubre de 1981.

"3. Que se condene a la Nación —Ministerio de Gobierno— a reconocer, liquidar y ordenar el pago de todas las sumas correspondientes a sueldos, primas, bonificaciones, antigüedad, vacaciones, auxilios, cesantías y demás prestaciones que le hubieran correspondido a mi poderdante como Profesional Especializado 3010-08 de la División de Programas Especiales de la Dirección General de Integración y Desarrollo de la Comunidad, durante el lapso que transcurra desde su retiro hasta su reintegro conforme a la súplica número 2 de este libelo, e igualmente que por dicho interregno se le reconozcan y paguen las sumas que demuestre haber erogado para atender los servicios y prestaciones que le hubieran correspondido por la Caja Nacional de Previsión, por la entidad que haga sus veces, y por los demás servicios y prestaciones legales y contractuales que se adquieran para los funcionarios del Ministerio de Gobierno en su calidad de tales.

"4. Que para todos los efectos legales se tenga como servido el tiempo que la doctora Clemencia Martínez de Aldana (sic) permanezca retirada del servicio hasta su reintegro".

Como *hechos* relativos a sus pretensiones, la actora presentó los siguientes:

"Mediante Resolución número 000318 de 30 de marzo de 1976, aclarada por Resolución número 000350 de ese mismo año, se nombró a Clemencia Martínez Aldana, hoy de Bejarano, en el empleo de Profesional Universitario IV-26 de la División de Programas Especiales de la Dirección General de Integración y Desarrollo de la Comunidad del Ministerio de Gobierno.

"En virtud de lo anterior y según consta en Acta número 1611 del primero de abril de 1976, la doctora Martínez de Bejarano tomó posesión de su empleo.

"Conforme al Decreto número 2459 de 10 de noviembre de 1978 la actora fue incorporada en la Planta de Personal del Ministerio de Gobierno, sin que mediara renuncia de su cargo anterior, en el empleo de Profesional Especializado 3010-08 de la División de Programas Especiales de la Dirección General de Integración y Desarrollo de la Comunidad.

"Según Acta número 2022 de 10 de noviembre de 1978 la doctora Martínez de Bejarano tomó posesión de su empleo de Profesional Especializado.

"Por Decreto 2961 de 23 de octubre de 1981 se declara insubsistente a la doctora Clemencia Martínez de Bejarano del empleo de Profesional Especializado 3010-08 de la División de Programas Especiales de la Dirección General de Integración y Desarrollo de la Comunidad del Ministerio de Gobierno.

"Por Oficio número 867 de octubre 30 de 1981 la Jefe de Personal le comunica a la actora que por Decreto número 2961 de *octubre 28* (sic) fue declarada insubsistente.

"El día 28 de octubre de 1981 se notifica personalmente a la doctora Clemencia de Bejarano del decreto de su insubsistencia".

Consideró violadas con el acto acusado, estas disposiciones: Constitución Nacional, artículos 16, 17, 62 y 63; Decreto 2400 de 1968; Decreto reglamentario 1950 de 1973; Decretos 1577 y 2787 de 1979. Alegó la actora: Que el decreto controvertido fue un acto administrativo inadecuado; que podía afirmarse que el empleo por ella ocupado era de carrera administrativa; que su nombramiento no era provisional; que la provisión de un empleo como el suyo no era discrecional y que la declaratoria de insubsistencia estaba viciada de nulidad por no haberse motivado; que, no obstante, el acto revistió falsa motivación; y que, finalmente al expedir el decreto atacado el Gobierno no buscó mejorar el servicio público a que la demandante estaba destinada.

El Tribunal, atendiendo la vista Fiscal, desestimó las pretensiones de la demanda.

Reconstruido el proceso, que había llegado al Consejo de Estado en virtud de apelación, se ha surtido el trámite correspondiente y como no se observa causal de nulidad, debe ahora la Sala proferir sentencia, a lo cual procede mediante las siguientes, previas,

Consideraciones:

Se controvierte en este proceso la legalidad del Decreto 2961 de octubre 23 de 1981 por medio del cual el Presidente de la República y su Ministro de Gobierno declararon insubsistente el nombramiento hecho a la doctora Clemencia Martínez de Bejarano en el cargo de Profesional Especializado 3010-08 de la División de Programas Especiales de la Dirección General de Integración y Desarrollo de la Comunidad, del Ministerio de Gobierno.

De acuerdo con expresa disposición de la ley —Decreto 2400 de 1968, artículo 26; Decreto reglamentario 1950 de 1973, artículo 107— y conforme a copiosa y reiterada consagración jurisprudencial y doctrinaria, la declaratoria de insubsistencia de un nombramiento hecho a quien no pertenezca a una carrera, procede en cualquier momento, sin necesidad de motivar la providencia.

La autoridad nominadora —es decir, la que ha nombrado— tiene amplias facultades para declarar insubsistente ese nombramiento cuando considere que esa medida conviene al buen servicio público.

Se presume que la medida ha sido inspirada en razones de buen servicio.

Se trata como se ha dicho tantas veces, de una facultad discrecional concedida a la administración y que, sin embargo, no puede ejercitarse omnímodamente, sino dentro de las pautas y modelos que persigan el fin esencial de la función pública, a saber: La eficacia, la celeridad, el dinamismo de todo aquello que el Estado debe atender.

Cuando se demanda un acto administrativo de tal naturaleza —declarativo de insubsistencia— quien pretenda su nulidad y el

consiguiente restablecimiento de derechos debe probar de modo certero, inequívoco, indudable, algún hecho o circunstancia de tal fuerza que sea capaz de destruir la presunción de legalidad que lleva implícita, como acto administrativo que es.

Probar, por ejemplo, que no se era funcionario de libre nombramiento y remoción, o que se estaba debidamente inscrito y escalafonado en una carrera, o que gozaba de período fijo en el desempeño de su cargo, o que la motivación del acto de insubsistencia —si la tuvo— fue falsa, o que al expedirlo el funcionario correspondiente abusó del poder o incurrió en desvío del mismo.

La señora Clemencia Martínez de Bejarano trabajaba en el Ministerio de Gobierno en calidad de empleada de libre nombramiento y remoción. No ha probado en el curso del proceso que en la época en que se produjo el acto acusado —23 de octubre de 1981— estuviera inscrita y esacalafonada dentro de la carrera administrativa y antes por el contrario el Departamento Administrativo del Servicio Civil certifica que no existe ninguna constancia en ese sentido (fl. 13, 2º cuaderno).

Como se sabe, los beneficios de una carrera —entre los cuales se encuentra la inamobilidad relativa— sólo se derivan de la inscripción, el escalafonamiento y la actualización de éste dentro de tal carrera, de modo que el solo hecho de ocupar, por lapso mayor o menor, un cargo que en sí mismo sea de carrera no confiere a quien lo desempeña ninguna prerrogativa de permanencia porque, se repite, es lógico que ello sólo se deriva de estar escalafonado.

El argumento en el sentido de que el decreto demandado adolece de falsa motivación es inane puesto que éste no tuvo motivación y mal puede alegarse, entonces, que haya sido falsa.

Pero si lo que quiso decir fue que el acto hubiera sido expedido con desviación de poder, ese cargo tampoco aparece probado en modo alguno. En efecto, la secuencia administrativa que narra el libelo acerca del nombramiento, las actas de posesión corregidas y la final posesión en sus cargos de las señoras Helena Palacios Ramírez y Silvia Delgado de Paredes, es asunto completamente extraño al proceso y en todo caso el acto administrativo que se demandó, como lo dijo el Tribunal, es independiente de la situación administrativa de las dos señoras lacionado con el elemento meramente fáctico. Además, el recurrente mencionadas: El único atacado en el proceso fue el Decreto 2961 de octubre 23 de 1981, y su legalidad se ha mantenido incólume.

No puede alegarse que el nombramiento de Helena Palacios Ramírez se produjo para reemplazar indebidamente —con desviación de poder— a la actora, pues la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento se produjo con posterioridad al nombramiento de la primera (fls. 23 y 24, cuaderno 1), y tampoco se ha probado la desmejora en el servicio.

El decreto acusado se expidió conforme a derecho, en ejercicio de la facultad que al Presidente de la República confiere la propia

Constitución Política —artículo 120-5—, de modo que, al no haberse probado ninguna tacha en su expedición, el Tribunal hizo bien al denegar las peticiones formuladas por la actora.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con la vista Fiscal,

Falla:

Confírmase la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 24 de noviembre de 1983, dentro del proceso iniciado por la señora Clemencia Martínez de Bejarano.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada el día dieciocho (18) de octubre de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Ausente.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

ESCALAFON DOCENTE.— Requisitos no utilizados.

Al establecer el artículo 26 del Decreto 259 de 1981 que la experiencia docente no utilizada podrá hacerse valer después de la asimilación del docente y que "precluida esta oportunidad no se tomará en cuenta ninguna experiencia docente que no corresponda al grado anterior al cual se aspira a ascender", se observa, prima facie, *una manifiesta violación de lo contenido en el artículo 73 del Decreto-ley 2277 de 1979.*

SUSPENDE PROVISIONALMENTE el artículo 26 del Decreto 259 de 1981 (febrero 6) "por el cual se reglamenta parcialmente el Decreto extraordinario 2277 de 1979, en lo relacionado con inscripción y ascenso en el Escalafón", expedido por el Designado, encargado de la Presidencia de la República.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., ocho de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja.*

Expediente número 887. Actor: Luis Carlos Avellaneda Tarazona.

La parte actora, en ejercicio de la acción establecida en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, solicita que se decrete la nulidad del artículo 26 del Decreto 259 de 1981 (febrero 6), decreto éste por medio del cual "se reglamenta parcialmente el Decreto extraordinario 2277 de 1979, en lo relacionado con inscripción y ascenso en el Escalafón", expedido por el Designado, encargado de la Presidencia de la República, en ejercicio de las facultades que le confieren los numerales 3º y 12 del artículo 120 de la Carta.

También solicita la parte actora la suspensión provisional del mencionado artículo 26, hábida cuenta de que éste "viola de manera manifiesta el artículo 73 del Decreto-ley 2277 de 1979, norma esta de superior jerarquía a aquélla y violatoria del artículo 76, numerales 1 y 10 de la Constitución, en armonía con el numeral 3º del artículo 120 de la Carta".

En atención a que la demanda reúne los requisitos y formalidades legales será admitida y, en consecuencia, se procederá a estudiar el pedimento de la suspensión provisional, así:

Suspensión provisional:

Dice el artículo 26 del Decreto 259 de 1981:

"Experiencia docente no utilizada. El educador que prestó servicios docentes con anterioridad a la asimilación y no había podido obtener o presentar la certificación correspondiente, tendrá oportunidad de hacerlo después de la asimilación. Precluida esta oportunidad no se tomará en cuenta ninguna experiencia docente que no corresponda al grado anterior al cual se aspira a ascender.

"Lo anterior, no autoriza la revisión de situaciones jurídicas individuales consolidadas conforme a derecho.

"En igual forma podrá procederse en los casos en que un educador fue restituido a su cargo por sentencia ejecutoriada de lo Contencioso Administrativo".

El artículo 73 del Decreto-ley 2277 de 1979 dice lo siguiente:

"Requisitos no utlizados. La experiencia docente y los cursos de capacitación o actualización realizados con anterioridad a la expedición de este Decreto, que no se hayan hecho valer para clasificaciones anteriores, ni para efectos de la asimilación de que trata el presente capítulo, se tomarán en cuenta para posterior ascenso dentro del nuevo escalafón, siempre que se reúnan los demás requisitos exigidos en el artículo 10".

Según el demandante, al comparar las dos disposiciones se observa que el acto acusado desbordó la potestad reglamentaria, por los siguientes aspectos:

"a) La norma reglamentada se refiere a experiencia docente no utilizada ni en el antiguo Escalafón, ni en el proceso de asimilación, para predicar de dicha experiencia o tiempo de servicio que ella puede ser utilizada en posterior ascenso; el artículo 26 por su parte condiciona tal experiencia docente para su utilización a que el educador no haya podido obtener o presentar la certificación...;

"b)...y sábese que posterior es todo lo que se encuentra después de algo, concluyéndose que conforme a esta norma un educador puede hacer efectiva la experiencia docente no utilizada, tanto como en el 1º, 2º, 3º o siguientes ascensos. Por ello la norma con carácter de ley no estableció ningún término preclusivo para utilizar tal experiencia docente; a su turno el artículo 26 del reglamento contenido en el Decreto 259 restringió la posibilidad de utilizar la experiencia docente a la primera solicitud de ascenso después de la asimilación, y a renglón seguido dispuso que 'precluida esta oportunidad no se tomará en cuenta ninguna experiencia docente que no corresponda al grado anterior al cual se aspira a ascender...';

"c)...Basta comparar el artículo 73 del Decreto-ley 2277 de 1979, con el inciso 2º del artículo 26 del Decreto reglamentario 259 de 1981, para ver como este ordenamiento es extraño a lo normado en aquél... puesto que el Ejecutivo no podía ir más allá de la ley, estableciendo nuevas disposiciones;

"d...Al no disponerse nada en la norma con carácter de ley a lo consignado en el último inciso del artículo 26 del Decreto reglamentario 259 de 1981 esto desbordó la potestad reglamentaria..."

De cada uno de los aspectos anteriormente determinados, sostiene el demandante, "dedúcese el claro desborde de la potestad reglamentaria y de consiguiente la violación al numeral 3º del artículo 120 de la Constitución, en armonía con los numerales 1º y 10 del artículo 76 *ibídem*".

Se considera:

Claramente se ordena en el artículo 73 del Decreto-ley 2277 de 1979 que la experiencia docente obtenida con anterioridad al 14 de septiembre de 1979 (fecha de la expedición de este Decreto), que no se haya hecho valer para clasificaciones anteriores ni para efectos de la asimilación, se tomarán en cuenta para posteriores ascensos dentro del nuevo escalafón. Es decir, que si esta experiencia no se hizo valer, ni en el momento de una clasificación anterior ni en el momento de la asimilación, o sea, en ninguna de esas dos oportunidades, entonces se tomará en cuenta para un ascenso posterior dentro del nuevo escalafón.

Significa lo anterior, que el Decreto-ley no le ocasiona quebranto en ningún momento a dicha experiencia docente; no así el Decreto reglamentario que determina que tal experiencia podrá hacerse valer después de la asimilación del docente y que "precluida esta oportunidad no se tomará en cuenta ninguna experiencia docente que no corresponda al grado anterior al cual se aspira a ascender".

Por otra parte, como igualmente lo sostiene el demandante, los dos últimos incisos del artículo 26 del Decreto 259 de 1981 son extraños a lo normado en el Decreto reglamentado.

Así las cosas, y como de la sencilla comparación anteriormente efectuada se desprende, *prima facie*, que del acto administrativo cuestionado surge o se pone de relieve la existencia de una manifiesta violación de una norma superior contenida en el Decreto-ley 2277 de 1979, se presenta, en consecuencia, la exigencia que para decretar la suspensión provisional trae el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo.

Teniendo en cuenta lo expuesto,

Se resuelve:

1º Admítese la anterior demanda de nulidad y, al efecto, se dispone lo siguiente:

a) Notifíquese personalmente este auto al señor Fiscal Primero de la Corporación;

b) Notifíquese igualmente en forma personal este proveído al señor Ministro de Educación Nacional, como representante de la Nación, parte demandada en este proceso;

c) Fíjese este asunto en lista por el término de diez días para que la parte demandada y los intervinientes puedan contestar la demanda, proponer excepciones y solicitar la práctica de pruebas;

d) Solicítese, por secretaría, al Ministerio de Educación Nacional, los antecedentes administrativos del Decreto 259 de 1981.

2º Decrétase la suspensión provisional del artículo 26 del Decreto 259 de 1981 (febrero 6) "por el cual se reglamenta parcialmente el Decreto extraordinario 2277 de 1979, en lo relacionado con inscripción y ascenso en el Escalafón", expedido por el Designado, encargado de la Presidencia de la República.

Notifíquese.

Luis Antonio Alvarado Pantoja.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

POTESTAD REGLAMENTARIA. PRESTACIONES SOCIALES.

No le es dado al Presidente de la República o a quien haga sus veces, expedir normas en materia de escalas de remuneración y prestaciones sociales, a menos de haber sido facultado en forma precisa y pro témpore *por el Congreso para ello. Jamás en ejercicio de la potestad reglamentaria.*

SUSPENDE PROVISIONALMENTE el artículo 10 del Decreto 1135 de 1952.

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 Clara Forero de Castro.*

Sala de Decisión.

Referencia: Expediente número 3502. Actor: Milciades Aponte Herrera.

El señor Milciades Aponte Herrera, actuando en su propio nombre interpone recurso de súplica contra el auto de 24 de agosto de 1988, en cuanto negó la suspensión provisional del acto acusado —artículo 10 del Decreto 1135 de 1952—.

Estima que dicha norma quebranta en forma palmaria y ostensible el numeral 3º del artículo 120 de la Carta Fundamental, lo mismo que el numeral 9º del artículo 76.

La suspensión provisional fue negada, frente a la duda existente acerca de la vigencia del artículo demandado, considerando que este aspecto incide necesariamente en la decisión que ponga término al proceso y corresponde definirlo más adelante en la sentencia, cuando se disponga de los elementos de juicio suficientes.

Para resolver se considera:

Independientemente de las dudas que surgen respecto a la vigencia del artículo 10 del Decreto 1135 de 1952, si actualmente es invocado y aplicado por alguna autoridad, resulta benéfico un pronunciamiento sobre su legalidad y constitucionalidad, a través de la figura de la suspensión provisional, para salvaguardia del orden jurídico.

No cabe duda ninguna, por expresarlo así en su texto mismo, que el Decreto 1135 de 1952 es de carácter reglamentario, expedido por

el señor Presidente de la República en ejercicio de la facultad que le concede el artículo 120 numeral 3º de la Constitución.

En su artículo 10 estableció una especie de prima de antigüedad o aumento de sueldo para los maestros escalafonados en primera categoría de primaria después de 5 y 10 años de servicio y la aprobación con un puntaje no menor del 80% de un examen de capacitación.

Como ninguna disposición semejante estaba contenida en la Ley 97 de 1945 que pretendía reglamentar, es obvio que en su expedición hubo extralimitación de la potestad reglamentaria que debe ser utilizada, no para rebasar el texto de la ley sino para hacer operantes sus disposiciones.

Por otra parte, de conformidad con el artículo 76 ordinal 9º de la Constitución corresponde al Congreso por medio de leyes, fijar las escalas de remuneración de las distintas categorías de empleos y el régimen de prestaciones sociales.

No le es dado al Presidente de la República o a quien haga sus veces, expedir normas en estas materias, a menos de haber sido facultado en forma precisa y *pro témpore* por el Congreso para ello. Jamás en ejercicio de la potestad reglamentaria.

Como el artículo acusado, norma de carácter reglamentario, estatuyó aumentos salariales no contemplados en la ley reglamentada, excedió tal potestad y usurpó competencia reservada al Congreso.

Ello surge de la simple comparación de su texto con los preceptos constitucionales invocados, y por tanto, procede la suspensión provisional.

En mérito de lo expuesto la Sala de Decisión,

Resuelve:

1º Revocar el auto de 24 de agosto de 1988, en cuanto negó la suspensión provisional del acto acusado.

2º Suspender provisionalmente el artículo 10 del Decreto 1135 de 1952.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase el expediente al Despacho de origen.

Aydée Anzola Linares, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

ACTO COMPLEJO.— DEMANDA. Ineptitud.

El acto administrativo complejo es una manifestación de la voluntad estadual formada por pronunciamientos sucesivos de dos o más autoridades administrativas por obra de las instancias o de los recursos que sean posible en la vía gubernativa, y un acto simple o un acto complejo pueden ser antecedentes lógicos de otro de las mismas naturalezas, redondeando una unidad jurídica, la que pide unidad de acción. No demandándose ese universo de pronunciamientos administrativos que constituyen un todo, la demanda resulta inepta.

Cuando se pide la nulidad de un acto de adjudicación por un licitante vencido con pretensiones de restablecimiento que puedan tener incidencia en el contrato, debe citarse al proceso a los favorecidos con dicha adjudicación.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., dos de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente número 1611. Decretos del Gobierno. Actor: Doctor Félix Joaquín Cárdenas Carrillo.

Se decide la apelación interpuesta por la parte actora contra la sentencia de primera instancia calendada a 10 de febrero de 1986 que dictara, inhibiéndose para resolver en el fondo, el Tribunal Administrativo del Norte de Santander, respecto a lo solicitado en la demanda cuyo *"petítum"* se contrae a las siguientes o similares declaraciones:

"Primero: Que es nulo el acto administrativo de contenido disciplinario realizado por el Gobierno nacional mediante el Decreto número 1945 de 8 de agosto de 1984 signado por el señor Presidente de la República y el Ministro respectivo en sus artículos primero (1º) y segundo (2º), en cuanto se acogió la Resolución acusatoria emanada del señor Procurador Segundo Delegado para la vigilancia administrativa, distinguida como la número 0227 de 19 de mayo de 1984 y se le aplicó al señor Félix Joaquín Cárdenas Carrillo la sanción de destitución del cargo de Jefe de División 2040-08 de la División de Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Cúculta de la Dirección General de Impuestos Nacionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y se le inhabilitó en el ejercicio de cargos públicos por un (1) año.

"Segundo: Que como consecuencia de la anterior nulidad se restablezca en sus derechos a mi mandante disponiendo para el efecto el reintegro al ejercicio de las funciones públicas, ordenándose pagar con cargo al Tesoro Público Pagaduría de la Administración de Impuestos Nacionales de Cúcuta, todos los sueldos dejados de percibir, las primas, bonificaciones y demás emolumentos causados y no pagados con ocasión del acto administrativo que se anula.

"Tercero: Que para efectos prestacionales se declare que no hay solución de continuidad entre el momento de la desvinculación y aquel el que sea efectivamente reintegrado.

"Cuarto: Que se rehaga la investigación de carácter disciplinario con plena observancia de la Constitución y de la ley".

Como normas violadas cita los artículos 16 y 26 de la Constitución Política; el Título Quinto, Capítulo V, artículo 125; el Título Sexto, Capítulo I, artículos 130 y 131, Capítulo III, artículos 133, 134, 135 y 136, Capítulo VII en integridad de los artículos 149 a 167 del Decreto 1950 de 1973; los artículos 4º, 10, 11 y 26 del Decreto 3404 de 1983, y el artículo 84 del Código Administrativo, comentando al respecto:

"El soporte de nuestro Estado de Derecho es a no dudarlo el artículo 16 de la Carta. Le compete al Estado como deber primordial la salvaguarda de vida, honra y bienes de las personas, de todas las personas. Sin necesidad de intrincadas cavilaciones es de fácil advertencia que aquí no solamente no se ha respetado la honra a mi mandante sino que se ha jugado con ella. En hora desafortunada fue nombrado y ejerció como Procurador Regional de Cúcuta el doctor Rafael Sus Slim, funcionario de reconocidas y reiteradas actuaciones arbitrarias; pues bien, ese funcionario, esposo legítimo de la doctora Gladys Hernández Figueroa, en tiempo insólitamente restringido consiguió dos efectos: El primero, solicitar la destitución de mi mandante, el segundo, hacer nombrar a su esposa en reemplazo de aquél. Por si ello fuera poco, se ha irrespetado la honestidad de mi mandante a quien la doctora Cecilia Robayo de Escobar, Administradora de Impuestos Nacionales de Cúcuta, ha colocado en la picota pública a mi mandante inclusive enviando a distintas dependencias oficiales copia de la providencia de destitución.

"Otro soporte institucional en el juzgamiento es el artículo 26 de la Carta. Su observancia implica aspectos inquebrantables, necesarios o indispensables para el correcto juzgamiento de las personas en Colombia; son ellos la competencia, la aplicación de la ley preexistente, y por último la plenitud en la observancia de las formas propias del juicio. Para el caso, todas esas garantías van insertas en los Decretos números 1950 de 1973 y 3404 de 1983, en las normas expresamente invocadas, analicemos su inobservancia. El artículo 125, reiterando el principio constitucional señalado, dice que la destitución sólo es posible con la plena observancia del procedimiento señalado en el Título Sexto de ese Decreto. El 130 señala las bases jurídicas del juzgamiento: Legalidad, moralidad, imparcialidad, cooperación y eficiencia en

el servicio; cómo predicarlas aquí, de ninguna manera, el funcionario de la Procuraduría se apartó especialmente de la imparcialidad y de la moralidad. Nunca tuvo acceso mi mandante al proceso disciplinario, en actitud ridícula del entonces Procurador y ofensiva de la dignidad de mi mandante, lo retiró de su lado diciéndole: 'A un oficial no se le habla a menos de un metro de distancia' (haciendo alusión a la circunstancia de que Sus hacía curso militar). El Capítulo II señala la graduación de la falta que fue absolutamente inobservada, se desconoció la buena conducta anterior y se prejuzgó ubicando como falta un concepto jurídico al desatar un recurso. Ello jamás puede ser falta disciplinaria, es absurdo e ilógico, de aceptarse ello se incurriría en el despropósito de asegurar que cada vez que la Jurisdicción Contencioso Administrativa falla a favor del sujeto tributario o administrado y de consiguiente contra la Administración Pública los Magistrados serían objeto de investigación disciplinaria, reitero, ello es absurdo y se cae de su peso; por principio de legalidad, ningún funcionario puede ser objeto de sanción disciplinaria por los efectos *'in judicando'* e *'in procedendo'*. Es más, el señor Procurador General de la Nación así lo sostuvo en relación con la Empresa Alcalis de Colombia, y en aquella ocasión el Ministerio Público dijo: 'Los errores de buena fe y de apreciación en que incurran los funcionarios de la administración pública deben ser enjuiciados como elementos por fuera del alcance del poder disciplinario y no constituyen faltas sancionables'. Otra omisión grave en el procedimiento, es la absoluta inobservancia del artículo 157 ya que hubo errónea apreciación de la prueba. No se convocó la Comisión de Personal y en general se omitieron todos los pasos señalados en las normas invocadas en este Decreto. En cuanto al Decreto 3404 de 1983 es de anotar que nunca se dio el aviso al encartado conforme lo dispone el numeral 4 de la precitada norma; tampoco se basa el procedimiento, conforme ya se dijo, en las pruebas regular y oportunamente allegadas. Finalmente, nunca se notificó la providencia que puso fin al informativo disciplinario.

"El artículo 84 del Código Contencioso Administrativo se considera violado en cuanto que hay presencia inequívoca de causales allí previstas para la anulación de un acto. Ellas son expedición regular y desviación de atribuciones propias del funcionario las cuales pretendo demostrar con pruebas eficaces, oportunas y regulares" (fls. 6 a 8).

Como apoyo de lo anterior, narra los hechos que a continuación se transcriben:

"Primero. Mi mandante fue designado como Profesional Universitario 3020-04 de la División de Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Cúcuta de la Dirección General de Impuestos Nacionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, mediante Resolución número 09067 de diciembre 4 de 1979. Dicho acto fue comunicado por cablegrama fechado en 11 de diciembre de ese año. Aceptó el empleo y tomó posesión en legal forma el día 31 de diciembre del año en mención ante el señor Administrador local.

"*Segundo.* Con posterioridad, mediante Decreto 2566 de septiembre 24 de 1980, se le hizo designación ordinaria del cargo de Jefe de División de Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Cúcuta de la Dirección General de Impuestos Nacionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el cual fue comunicado por cablegrama de 8 de octubre de ese año, habiéndose posesionado el 16 de octubre de 1980 ante el Administrador seccional.

"*Tercero.* Mi mandante observó siempre buena conducta en lo personal y en el ejercicio del cargo; es notoria su competencia, preparación académica y espíritu de superación conforme se probará en el proceso. Como es natural, jamás recibió sanción de tipo disciplinario ni mucho menos de orden penal.

"*Cuarto.* La persona que represento es bachiller del Colegio Sagrado Corazón de Jesús de esta ciudad, abogado de la Universidad Libre Seccional de Cúcuta y especialidad (sic) en Derecho Tributario en la Universidad Santo Tomás.

"*Quinto.* Pese a su buena conducta y competencia, valga decir en ausencia de verdaderas razones del buen servicio, mi mandante fue declarado insubsistente en el ejercicio del cargo mediante Decreto número 377 de 9 de febrero de 1983, acto que le fue comunicado por oficio sin número, suscrito por la señora Administradora de Impuestos Nacionales de Cúcuta, con fecha 22 de febrero de 1983.

"*Sexto.* La Procuraduría Regional de Cúcuta mediante la Resolución número 0105 de 14 de julio de 1983 solicitó del Ministerio de Hacienda y Crédito Público la destitución de mi mandante y en consideración de que para la época ya no ejercía el cargo, se pide dejar constancia en la respectiva hoja de vida. Es de anotar que quien desempeñaba las funciones de Procurador Regional de Cúcuta, doctor Rafael Sus Slim, actuó con marcada parcialidad por interés directo en las resultas del proceso disciplinario puesto que la persona que fue designada en reemplazo del doctor Cárdenas Carrillo fue la legítima esposa del doctor Sus Slim, doctora Gladys Hernández Figueroa, con quien contrajo matrimonio conforme al rito católico en la Iglesia de María Auxiliadora de la Diócesis de Cúcuta el día 17 de junio de 1972, el cual fue registrado ante el señor Notario Segundo Principal del Círculo de Cúcuta en el libro de Registro Civil de Matrimonios correspondiente al año de 1972, Libro número 15, folio número 286.

"*Séptimo.* Esta circunstancia que de manera manifiesta indica parcialidad, fue puesta en conocimiento del señor Procurador General de la Nación habiéndose hecho caso omiso de la misma.

"*Octavo.* La Procuraduría General de la Nación, por intermedio del señor Procurador Segundo Delegado para la Vigilancia Administrativa, confirmó en lo atinente a mi mandante la Resolución de primera instancia a que se ha hecho mención.

"*Noveno*. La Procuraduría produjo Resolución acusatoria y la envió al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

"*Décimo*. El proceso disciplinario seguido a mi mandante no reúne las condiciones o exigencias de garantías reales de defensa ni mucho menos el debido proceso; simple y llanamente se le acusa de haber tomado decisiones en derecho que a juicio de la Procuraduría afectaron a la Administración Pública, habiéndose desconocido que la interpretación del derecho y los errores de buena fe en que se incurra en su apreciación no son elementos de juicio de alcance disciplinario y no constituyen faltas sancionables de ese orden. Este ha sido el criterio doctrinario de la Procuraduría General de la Nación en lo relativo a casos similares y con mucha razón y vigor jurídico es criterio permanente de los funcionarios de la Rama Jurisdiccional del Poder Público. Se desconocieron en integridad los descargos y en un absurdo procedimiento se le endilgan a mi mandante conductas que no eran de su control sino de competencia de otros funcionarios" (fls. 3 a 5).

Y en cuanto a la parte motiva del fallo recurrido, se transcribe seguidamente para mayor soporte de lo que ahora ha de entrar a resolverse. Dice a la letra:

"*Primera:* Bajo un punto de vista ajustado a derecho el Acto impugnado, o sea, el Decreto número 1945 de agosto 8 de 1984, emanado de la Presidencia de la República, viene siendo una consecuencia, *obligatoria, de forzoso cumplimiento* de la Resolución número 0227 de mayo 19 de 1984, proferida por la Procuraduría General.

"Por qué no fueron demandados los dos Actos Administrativos conjuntamente, constituyendo una *unidad jurídica?*

"a) *En cuanto al primer aserto,* decimo (sic) que la Resolución impugnada tenía que ser de ese tenor porque es la misma ley, que claramente lo está indicando.

"*En efecto:*

"El artículo 14 de la Ley 25 de diciembre 20 de 1974, dice:

" 'El Procurador General, los Procuradores Delegados de que trata el artículo anterior y los Procuradores Regionales podrán imponer o solicitar la imposición a los empleados oficiales de las siguientes sanciones disciplinarias:

" 'a) Amonestación escrita con orden de que se anote en la hoja de vida;

" 'b) Multa hasta por un sueldo mensual;

" 'c) Solicitud de suspensión hasta por treinta (30) días, y;

" 'd) Solicitud de destitución'.

" '*Parágrafo:* El nominador está en la obligación de satisfacer, dentro del término de diez (10) días, la solicitud de suspen-

sión o de destitución, so pena de incurrir en causal de mala conducta, y en sanción igual a la que se abstuvo de imponer' (Subraya esta Sala).

"*Es decir,* que en el caso que nos ocupa esa solicitud de *destitución,* como imposición de una sanción viene siendo la culminación de un proceso *disciplinario,* cuyos actos administrativos proferidos *no fueron* impugnados. *Impetración de destitución* que necesariamente, por mandato legal, tenía que *satisfacerse,* so pena de incurrir el nominador en mala conducta o en sanción.

"b) *En cuanto al segundo aserto,* o sea, el por qué no fueron empleados demandados *conjuntamente* los *dos actos administrativos,* el uno contenido en la Resolución número 0227, emanado de la Procuraduría General, y el otro, contenido en la (sic) Decreto número 1945, *si no únicamente este último?*

"Examinando detenidamente los actos proferidos, porque *ya había caducado* la acción en relación al acto de culminación de la investigación disciplinaria.

"Al respecto, raz/ón (sic) le asiste a la *opositora* a las pretensiones del actor, al decirnos, en su escrito, al folio 30:

" 'Así las cosas y en el sentido legal y cierto que el afectado por una disposición de la naturaleza de la demanda en nulidad dispone de cuatro (4) meses para acudir a la jurisdicción en súplica de restablecimiento, a la fecha de incoar demanda ya habían pasado: a) Más de 22 meses desde la *insubsistencia del cargo;* b) Más de 17 meses desde la Resolución disciplinaria de primera instancia; c) *Más de 6 meses desde la Resolución confirmatoria de solicitud de sanción*' (Subraya esta honorable Sala).

"*Segunda:* Se trata en el caso de estudio de *un acto complejo,* el cual en sentir jurisprudencial del honorable Consejo de Estado, se caracteriza por los siguientes rasgos:

" 'a) Tiene unidad de contenido y unidad de fin;

" 'b) Hay fusión de las voluntades de los órganos que concurren a su formación;

" 'c) Es el producto de la intervención de dos o más funcionarios u órganos, los cuales pueden estar colocados en un pleno de igualdad o dependencia y que pueden pertenecer a una misma entidad o varias distintas, y

" 'd) La serie de actos que lo integran no tienen existencia jurídica separada e independiente' (Cfr. sentencia de 28 de julio de 1980, Consejero ponente Jacobo Pérez Escobar, Expediente número 3170).

"No hay necesidad de esfuerzo mental para entrar a analizar cada uno de estos elementos caracterizadores del *acto complejo,* al caso que nos ocupa, pues, todos en él se dan" (fls. 131 a 133).

La sustentación del recurso reposa en el siguiente alegato presentado ante el Tribunal fallador, que reza a la letra:

"Causa extrañeza que el Magistrado conductor del proceso siga sin distinguir dos figuras procedimentales, completamente distintas, cuales son la de inhibición en el pronunciamiento de fondo y la de declarar probada alguna de las excepciones que, en derecho procesal administrativo, siempre son de fondo.

"Pero algo menos entendible, por la basta experiencia e indudable sabiduría que le caracterizan, es que el señor Magistrado restante en la Sala siga compartiendo esas decisiones de detrimento de una pronta y cumplida administración de justicia. No se trata de verter en estos memoriales sustentatorios una posición caprichosa de litigante, sino de advertir las ostensibles fallas en que viene incurriendo el honorable Tribunal Contencioso Administrativo del Norte de Santander; a nadie le gusta perder y yo no soy la excepción a ese principio, no obstante, soy buen perdedor siempre y cuando haya razones jurídicas convincentes en los pronunciamientos.

"El fallo impugnado contiene un verdadero "galimatías". En efecto, o bien es inepta la demanda y ha debido declararse en consecuencia si así lo estimó la honorable Sala, o bien, siendo apta procesalmente la demanda, había lugar a juicio de la honorable Corporación, a pronunciamiento inhibitorio, pero no a dos cosas contradictorias" (fls. 137 a 138).

Ya en curso la segunda instancia y en su oportunidad procesal, la Fiscalía Quinta de la Corporación sostiene:

"Invariablemente se ha sostenido por esta jurisdicción, que para pretender y lograr el restablecimiento de derechos presuntamente conculcados por una determinada actuación administrativa, es preciso acusar la totalidad de actos proferidos por la Administración.

"La razón de ser de esta exigencia no es otra que la necesidad de hacer desaparecer de la vida jurídica, las decisiones administrativas que impedirían el restablecimiento de tales derechos, ya que no es posible ignorar o desconocer un acto administrativo ejecutoriado y en firme.

"Mediante Resoluciones números 0105 de 14 de julio de 1983 y 0227 de 19 de mayo de 1984, proferidas por el Procurador Regional de Cúcuta y el Procurador Segundo Delegado para la Vigilancia Administrativa, respectivamente, se impuso al señor Félix Joaquín Cárdenas Carrillo la sanción de destitución del cargo

"Pero tal como está contemplado en la ley, la Procuraduría General de la Nación no impone o ejecuta directamente estas sanciones sino que solicita su ejecución a la autoridad nominadora, solicitud que es de obligatorio cumplimiento.

"Así las cosas, el acto por medio del cual se hace efectiva la sanción es un simple acto de ejecución, que en sí mismo no contiene ilegalidad alguna. Esta se generaría si desaparecen los actos sancionatorios con los cuales culmina el proceso disciplinario.

"Por esa razón es indispensable acusarlos ante la jurisdicción, pues de su legalidad o ilegalidad depende la del acto de ejecución.

"En el caso que nos ocupa, el actor se limitó a pedir la nulidad del acto de ejecución haciendo en esta forma inocua su demanda e imposible el restablecimiento del derecho.

"A juicio de esta Fiscalía, si no cumplió con el requisito procesal de acusar la totalidad de actos proferidos por vía administrativa, la decisión inhibitoria del Tribunal es correcta, por falta de presupuesto procesal de demanda en forma" (fls. 153 a 154).

De esta suerte, llegado el momento de pronunciarse acerca de este asunto y no observándose la existencia de causal susceptible de la invalidación de lo actuado,

Se considera:

Siguiendo la orientación propia de las acciones definidas por los artículos 84 y 85 del Decreto-ley número 1 de 1984, que se encaminan a obtener la declaratoria de nulidad, sin o con restablecimiento del derecho subjetivo que se crea conculcado por el acto, es necesario partir del análisis de naturaleza y del carácter que rodee el respectivo pronunciamiento unilateral de la autoridad administrativa del Estado que haya sido objeto de la acusación en la demanda que sea del caso. Si el acto administrativo constituye el centro o núcleo de la controversia a examinar a través de tales acciones, es apenas obvio que dicho examen responda, sistemáticamente, a precisar, de manera reflexiva y crítica, la clasificación que corresponda al mismo dentro de los postulados de la ciencia jurídica. El acto administrativo, cada acto administrativo específicamente estimado, responde a múltiples fenómenos que obedecen a problemáticas diferentes; tiene orígenes en distintas circunstancias; resulta bien de abstracciones, bien de acumulaciones de hechos, bien de antecedentes, que tienden a un determinado fin; ejerce efectos generales o en cuanto a personas concretas, deriva de todo ello el inevitable estudio de los aspectos que hayan rodeado la emisión, en el tiempo y en el espacio, del acto que se haya acusado dentro de los parámetros de "rogatividad" que distingue la jurisdicción contenciosa administrativa.

Ahora bien, al apreciar el acto acusado, es decir, el Decreto 1945 de 1984, se observa como parte de una extensa y clara motivación. En ella dice:

"Que la Procuraduría Regional de Cúcuta adelantó la investigación disciplinaria contra los señores Félix Joaquín Cárdenas Carrillo, Víctor Julio Santander Peñaranda, Luis Alberto Páez Pacheco, Ramón Antonio Guerrero Ortiz, Ana Mercedes Hernández Figueroa e Isabel Guerrero Contreras de Ruiz, funcionarios y exfuncionarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Cúcuta de la Dirección General de Impuestos Nacionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a quienes se les formuló pliego de cargos por haber tramitado de manera irregular las

resoluciones que por concepto de impuestos sobre las ventas, se hicieron en favor de la sociedad de 'Exportaciones de Oriente Limitada' y de los señores Olinto Castellanos, José Noé y Jorge Antonio Silva Peñaranda, sin que se cumplieran los requisitos exigidos por la ley para estos eventos.

"Que mediante *Resolución 0105 de 14 de julio de 1983,* la Procuraduría Regional de Cúcuta determinó sancionar a los señores Félix Joaquín Cárdenas Carrillo, con destitución; Víctor Julio Santander Peñaranda, con suspensión de treinta (30) días; Luis Alberto Páez Pacheco, con suspensión de quince (15) días y a los restantes funcionarios, con multa equivalente a cinco (5) días de sueldo mensual devengado para la época en que ocurrieron los hechos investigados.

"Que apelado el Acto Administrativo mencionado anteriormente, el Procurador Segundo Delegado para la Vigilancia Administrativa modificó la Resolución 0105 de 14 de julio de 1983, en sus artículos segundo y tercero, en el sentido de solicitar la destitución del cargo ante el respectivo nominador, de los señores Víctor Julio Santander Peñaranda y Luis Alberto Páez Pacheco, confirmando además los artículos primero y cuarto de la misma providencia, *decisión ésta tomada por Resolución 0227 de 19 de mayo de 1984.*

"Que los señores Félix Joaquín Cárdenas Carrillo y Víctor Julio Santander Peñaranda, identificados con las cédulas de ciudadanía números 13.256.421 y 5.388.323 expedidas en Cúcuta respectivamente, son exfuncionarios del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, motivo por el cual la sanción solicitada se impondrá en los términos del inciso 2º del artículo 146 del Decreto reglamentario 1950 de 1973.

"Que este Despacho debe acoger la solicitud formulada por la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa, en los artículos primero y segundo de la Resolución 0227 de 19 de mayo de 1984, de conformidad a lo preceptuado en el artículo 271 del Decreto reglamentario 1950 de 1973 en concordancia con lo dispuesto en el Capítulo V del Decreto 3404 de 1983..." (subrayas fuera del texto transcrito; fls. 14 y 15, cdno. princ.).

Emerge así de lo visto que el decreto acusado concretamente por la parte demandante, no es un acto unitario que haya sido pronunciado por el querer frontal de la autoridad que lo emitió, o sea del gobierno nacional constituido en ese momento por el Presidente de la República y su ministro de Hacienda y Crédito Público, sino que, como él mismo lo anuncia, es respuesta a dos actos administrativos de tipo disciplinario que entre sí integran *un acto complejo* y al que regladamente debíase acoger. No es, por ende, el decreto acusado, un acto que sea fruto del poder discrecional, que fuera pronunciado en virtud de amplias facultades de recto criterio, sino un acto claramente reglado, sometido a un régimen especialmente señalado por la ley. Solicitada la destitución a la autoridad nominadora; por disposición de

la ley, ésta no podía eludir su cumplimiento, dado que el "fallo" de la Procuraduría, dictado en las dos instancias legales no dejaba margen para tomar otra medida distinta.

El acto complejo, integrado por las dos resoluciones de la Procuraduría, fue el antecedente necesario del decreto que pronunció el Gobierno para acoger la solicitud de destitución. De aquel dependía éste. Y, ciertamente, como anotan el Tribunal *a quo* y la agencia del Ministerio Público ante el Consejo de Estado, para poder juzgar el acusado, forzosamente habría que juzgar el primero; la legalidad del segundo está íntimamente ligada del que le sirvió de base. Mas como no lo fue, como con el mismo guarda estrechísima relación de conexidad, no le es dable a la jurisdicción contenciosa administrativa entrar a campos que, en razón de lo incompleto de la demanda, le están vedados. Recuérdese, por demás, que el acto administrativo complejo es una manifestación de la voluntad estadual formada por pronunciamientos sucesivos de dos o más autoridades administrativas por obra de las instancias o de los recursos que sean posibles en la vía gubernativa; y que un acto simple o un acto complejo pueden ser antecedentes lógicos de otro de las mismas naturalezas, redondeando una unidad jurídica, la que pide unidad de acción.

No habiéndose, pues, demandado la nulidad de ese universo de pronunciamientos administrativos que constituyen un todo, la demanda resulta inepta. Cuando se demanda la integridad de la manifestación unilateral administrativa del Estado, se olvida la precisión que exige el artículo 138 del Código Contencioso Administrativo vigente (Decreto-ley 01 de 1984), máxime no tratándose, como en los del caso *sub lite*, de una omisión de actos de trámite, sino de verdaderos actos finales de cada una de las decisiones tomadas, en su orden, por la Procuraduría Regional de Cúcuta, por la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa y por el Gobierno Nacional. Y de allí se deriva que la declaratoria que hiciera en este sentido por el Tribunal del Norte de Santander amerite su confirmación, como además lo impetra con indudable acierto, la vista fiscal que se ha transcrito arriba.

Quepa advertir que, formalmente hablando, la demanda se adecúa a las disposiciones sobre la materia Sólo que, como se ha visto, no impetró la totalidad de los actos (el complejo y el conexo con éste), impidiendo de este modo entrar a dilucidar el fondo del asunto.

Con fundamento en lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

Falla:

Confírmase la sentencia de 10 de febrero de 1986 dictada por el Tribunal Administrativo del Norte de Santander en este asunto.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de su origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 28 de octubre de 1988.

Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Ausente; *Guillermo López Guerra,* Conjuez; *Alvaro Lecompte Luna.*

Miguel A. Perilla P., Secretario.

DECLARATORIA DE INCONSTITUCIONALIDAD.— Efectos.

Teniendo efectos erga omnes *la decisión de la Corte Suprema que desató la acción popular consagrada en el artículo 214 de la Constitución Nacional, la declaratoria de inexequibilidad del artículo 141 del Decreto 80 de 1980, deja sin efectos el texto que lo pretendió reglamentar (aparte del art. 7º, literal a del Decreto 2799), y le transmite a éste los mismos vicios de inconstitucionalidad.*

DECRETA LA SUSPENSION PROVISIONAL de los efectos del Decreto 2799 de octubre 21 de 1980 en su artículo 7º, literal a) en la frase que dice: "...en cuyo caso deberá proveerse su reemplazo en dicho organismo".

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., dieciocho de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Simón Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Proceso número 950. Demandante: José María del Castillo Abella.

El ciudadano y abogado José María del Castillo Abella en ejercicio de la acción popular consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo demanda ante esta Corporación, con solicitud de suspensión provisional, la nulidad del artículo 7º, literal a) en la frase que dice: "...en cuyo caso deberá preverse su reemplazo de dicho organismo" del Decreto reglamentario número 2799 de 21 de octubre de 1980 dictado por el señor Presidente de la República y suscrito también por el Ministro de Educación Nacional.

El acto acusado:

Lo es, como se dijo, el Decreto 2799 de 21 de octubre de 1980 dictado por el Gobierno nacional "por el cual se reglamenta el régimen de las instituciones no oficiales de educación superior y se dictan otras disposiciones" y todo ello en ejercicio de las facultades que al Presidente de la República "...le confieren los ordinales 3º, 12 y 19 del artículo 120 y el artículo 132 de la Constitución Nacional".

Y del Decreto 2799 se enjuicia el artículo 7º, literal a), en la expresión que se subraya:

"Artículo 7º Para efecto de su organización como personas jurídicas autónomas, las instituciones de educación superior no oficiales deberán observar en sus estatutos los siguientes principios generales:

"a) Quienes estatutariamente hagan parte del organismo máximo de dirección de la entidad podrán desempeñar cargos de dirección académica, administrativa o financiera, *en cuyo caso deberá preverse su reemplazo en dicho organismo*" (se subraya).

Consideraciones de la Sala Unitaria:

I. Como la demanda reúne los requisitos exigidos por la ley para su admisibilidad, se aceptará.

Se estudiará en seguida la suspensión provisional deprecada de los efectos del texto acusado.

II. Suspensión provisional.

Arguye el actor en pro de esta medida lo siguiente:

Se dan las condiciones que la ameritan, contempladas en el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, por manifiesta violación del acto acusado de la Constitución y la ley. En efecto:

a) "Con base en las facultades que le confirió la Ley 8ª de 1979, el Gobierno nacional expidió el Decreto extraordinario número 80 de 1980 'por el cual se organiza el sistema de Educación Post-secundaria'. Con relación a las instituciones no oficiales de educación superior, el artículo 141 del Decreto en mención señaló que ellas '...deberán ser organizadas como personas jurídicas autónomas y *sus normas estatutarias fijarán precisos límites a la participación de los fundadores de tal manera que claramente quede establecida una diferencia entre ellos y la estructura y mecanismos de autoridad, decisión y control de la institución fundada*'.

"Esta norma fue demandada ante la honorable Corte Suprema de Justicia, quien mediante sentencia de 22 de septiembre de 1980 declaró inexequible el citado artículo 141 en la parte que expresa 'y sus normas estatutarias fijarán precisos límites a la participación de los fundadores, de tal manera que claramente quede establecida una diferencia entre ellos y la estructura y mecanismos de autoridad, decisión y control de la institución fundada'.

"Con posterioridad, esa honorable Corporación reafirmó su posición mediante sentencia de 15 de octubre de 1980".

"....."

"Precisamente, esta norma que fue declarada inexequible, la reglamentó el acto acusado al prohibirle a los miembros del máximo órgano de dirección de la entidad, ocupar simultáneamente cargos de dirección. Pero como aquello quedó sin vigencia por inconstitucional, ésta adolece del mismo vicio ya que

como lo expresó la Corte, la inspección y vigilancia sobre las instituciones de utilidad común no debe coartar el derecho que tienen los fundadores de participar en el control y dirección de la institución";

b) En ningún momento la Ley 8ª de 1979 facultó al Gobierno nacional para establecer un régimen de inhabilidades e incompatibilidades "prerrogativa propia de ella, tal como lo predica el artículo 62 de la Constitución Nacional";

c) No podía el Gobierno nacional por vía reglamentaria o por reglamento autónomo limitar la constitución de los órganos de dirección de las personas jurídicas privadas, porque esa materia sólo corresponde a la ley según lo previene el artículo 12 de la Carta Política;

d) La norma impugnada desconoce el artículo 18 del Decreto-ley 80 de 1980 porque éste da libertad a los organismos de enseñanza para regular lo relativo a sus órganos de dirección.

Consideraciones del Despacho:

1. Reúne la demanda los requisitos exigidos por la ley para su admisibilidad y así se proveerá.

2. Respecto de la solicitud de suspensión provisional del texto acusado, estima esta Sala Unitaria que debe accederse a ella, en razón de que concurren los presupuestos del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo.

En efecto:

El Decreto 2799 de 21 de octubre de 1980 "por el cual se reglamenta el régimen de las instituciones no oficiales de educación superior y se dictan otras disposiciones", del cual hace parte el precepto acusado, fue dictado por el señor Presidente de la República "en uso de las atribuciones que le confieren los ordinales 3º, 12 y 19 del artículo 132 de la Constitución Política".

La expresión cuestionada del literal a) del artículo 7º del Decreto 2799 de 1980, es a no dudarlo reglamentación del artículo 141 del Decreto-ley 88 de 1980 "por el cual se organiza el Sistema de Educación Post-secundaria", que fue declarado parcialmente inexequible por sentencia de 22 de septiembre de 1980 (Proceso número 797) de la honorable Corte Suprema de Justicia y que decía en la parte que se subraya:

"Las instituciones no oficiales deberán ser organizadas como personas jurídicas y *sus normas estatutarias fijarán precisos límites a la participación de los fundadores, de tal manera que quede establecida una diferencia entre ellos y la estructura y mecanismos de autoridad, decisión y control de la institución fundada*".

Y esto con el argumento de que tal expresión viola los artículos 36, 12, 44 y 120 numeral 19 de la Carta Política.

Del simple cotejo entre las dos disposiciones (la declarada inconstitucional y la del Decreto 2799) se establece que precisamente se trata de deslindar las actividades de los fundadores como tales, de las que tienen que ver con el manejo de dirección académica, administrativa y financiera de la institución no oficial de educación superior fundada.

Entonces teniendo efectos *erga omnes* la decisión de la honorable Corte que desató la acción popular consagrada en el artículo 214 de la Constitución Nacional, la declaratoria de inexequibilidad del artículo 141 del Decreto 80 de 1980 deja sin efectos el texto que lo pretendió reglamentar (art. 7º, literal a del Decreto 2799 en la parte ya señalada) y lo que es más: Le transmite a este último los mismos vicios de inconstitucionalidad (art. 332, inciso 2º del Código de Procedimiento Civil)..

En mérito de lo expuesto, el Despacho decide lo siguiente:

I. Admítese la demanda de nulidad formulada por el actor contra el Decreto reglamentario número 2799, numeral a) del artículo 7º de 21 de octubre de 1980 proferido por el Presidente de la República. Para su trámite, se dispone:

a) Notifíquese personalmente este auto al señor Fiscal Primero de la Corporación;

b) Notifíquese personalmente este auto al señor Ministro de Educación Nacional, con entrega de copia de la demanda y sus anexos;

c) Notifíquese personalmente este auto al señor director general del Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior "ICFES", con entrega de copia de la demanda y sus anexos;

d) Fíjese este asunto en lista por el término de diez (10) días para que la parte demandada y los intervinientes puedan contestar la demanda, proponer excepciones y solicitar la práctica de pruebas;

e) Solicítese, por Secretaría al Ministerio de Educación Nacional y al Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior "ICFES", los antecedentes administrativos del acto acusado, si los hubiere.

II. Decrétase la suspensión provisional de los efectos del Decreto 2799 de 21 de octubre de 1980, en su artículo 7º, literal a) en la frase que dice "...en cuyo caso deberá proveerse su reemplazo en dicho organismo".

Notifíquese.

Simón Rodríguez Rodríguez, Consejero de Estado.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

LEASING.—

La operación de leasing, que básicamente consiste en una técnica financiera que permite realizar cierta inversión amortizable con la renta que produce la explotación económica de un bien, en cuanto concierne al impuesto sobre el valor agregado IVA que se origina por el arrendamiento, la base para liquidarlo es el total del precio convenido por las partes, que incluye gastos directos de financiación, accesorios, acarreos y demás erogaciones complementarias, y en nada afecta el valor comercial del servicio en la fecha de celebración del contrato ni implica transgresión a la prohibición de efectuar descuentos por otros impuestos pagados.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., catorce de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor José Ignacio Narváez García.*

Referencia: Expediente número 1661. Actor: Antonio José Echeverri Giraldo. Autoridades Nacionales. Acción de nulidad y suspensión provisional del inciso 2º, numeral 1 y 2 del artículo 19 del Decreto reglamentario número 570 de 1984, proferido por el Gobierno nacional. Fallo.

El doctor Antonio José Echeverri Giraldo, en ejercicio de la "acción de nulidad que consagra el artículo 85 del Decreto número 01 de 1984", solicitó que "se declare la nulidad del segundo inciso con sus numerales 1 y 2 del artículo 19 del Decreto reglamentario número 570 de 1984, por haber sido expedido con desviación de la facultad reglamentaria del ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional".

El acto impugnado:

El texto de las disposiciones cuya nulidad se pide y que forman parte del artículo 19 del Decreto 570 de 1984, es el siguiente:

"La base gravable se determinará así:

"1. En los contratos de arrendamiento financiero (leasing) se dividirá el costo del bien arrendado, excluido el valor residual que figure en el contrato como precio de venta, por el número

total de meses del contrato y el resultado se restará del canon mensual. La cifra que así se obtenga será la base gravable correspondiente al canon mensual.

"2. En los demás casos de arrendamiento de bienes corporales muebles, se dividirá el costo del bien arrendado por 1.800 y el resultado se restará del canon diario. La cifra que así se obtenga será la base gravable correspondiente al canon diario".

Afirma el actor que estas normas modifican el Decreto-ley 3541 de 1983 "porque éste no autorizó descuentos en la base gravable del impuesto sobre las ventas; ni a los responsables descontar los impuestos pagados por las operaciones que constituyen costo o deducción, cuando se disminuya el gravamen generado, por arrendamiento de bienes corporales muebles". A esta conclusión llegó después de transcribir los artículos 1º, literal b), 7º, 11, 12 y 15 del Decreto 3541 de 1983.

Oposición a las pretensiones de la demanda:

El Delegado de la Dirección General de Impuestos Nacionales manifestó que la norma acusada es producto del ejercicio de la potestad reglamentaria en cuya virtud el Presidente de la República expide las órdenes, decretos y resoluciones necesarios para la cumplida ejecución de las leyes. Fue así como en el artículo 19 del Decreto reglamentario 570 de 1983 "el Ejecutivo consideró necesario tener en cuenta las especiales condiciones, circunstancias y afectos económicos que rodea el arrendamiento de bienes muebles, ..." el cual "conlleva para el arrendador darlo en uso al arrendatario y correr con el desgaste, deterioro u obsolescencia del mismo al término del contrato..." "El bien corporal mueble dado en arriendo, además de desvalorizarse, perdiendo su valor intrínseco, se desgasta y se deteriora, llegando a ser caduco u obsoleto al término del respectivo contrato". "Por esta razón el Ejecutivo consideró necesario establecer que no todo el canon de arrendamiento podía estar sujeto al impuesto sobre las ventas, en razón a que parte de él debe cubrir e indemnizar al arrendatario por el deterioro, desgaste u obsolescencia del bien mueble. En consecuencia esta parte no debe estar sujeta al impuesto, mientras que la otra parte redituada al arrendador por el uso del bien, constituyéndose de por sí en una verdadera utilidad, sujeta al respectivo impuesto sobre las ventas. Por lo tanto en el reglamento se establecen las fórmulas para determinar la base gravable tanto del arrendamiento financiero (leasing), como de los demás casos de arrendamiento de bien mueble, para lo cual se tuvo en cuenta la vida útil probable del bien, así como su valor residual o cuota de salvamento, canon mensual y duración del contrato, con el fin de excluir una parte del canon mensual del impuesto a las ventas".

La Federación Colombiana de Leasing o Arrendamiento Financiero se constituyó en parte impugnadora y su apoderado expresó:

a) Si el artículo 7º del Decreto 3541 de 1983 dispone que en la prestación de servicios, como en el arrendamiento, la base gravable será el total de la operación, da margen al Ejecutivo para definir lo que ha de entenderse por "operación". Tal definición era necesaria

porque en el contrato de leasing, el canon pactado incluye una porción que no remunera el uso del bien arrendado sino que amortiza su obsolescencia. Este hecho explica que en tal contrato se estipule un valor residual por el que el arrendatario puede adquirir la propiedad del bien al término del plazo fijado;

b) El leasing es en Colombia un contrato atípico que comparte e integra elementos del mandato, el arrendamiento, la opción de adquisición, la enajenación del bien, y esta atipicidad impone la necesidad de precisar cuál es la operación que ha de servir de base gravable del impuesto;

c) De las más conocidas definiciones de leasing se infiere que el arrendamiento, además del goce del bien, amortiza como parte integrante del canon el valor de la obsolescencia y deterioro del mismo, la cual equivale a la diferencia entre el valor del activo y el valor residual que es el de la opción para adquirirlo;

d) Es lógico y jurídico que la norma demandada excluya de la base gravable del impuesto el valor de la amortización, pues el total de la operación es lo que remunera el uso del bien arrendado;

e) Precisado por la norma acusada el valor de la operación, se ve con claridad que éste corresponde al valor comercial de los servicios en la fecha de la transacción.

Desde estos ángulos fácilmente se aprecia que el artículo 19 del Decreto 570 de 1984 es armónico con lo dispuesto en los artículos 7º y 11 del Decreto extraordinario 3541 de 1983.

Concepto Fiscal:

La distinguida Fiscal Sexto es de parecer que las súplicas de la demanda están llamadas a prosperar por exceso en el uso de la potestad reglamentaria frente al Decreto-ley 3541 de 1983. Al respecto afirma:

> "El artículo 7º del Decreto 3541 al señalar la base gravable en el impuesto a las ventas, determinó muy claramente que ésta sería el 'valor total de la operación' que incluye los gastos directos de financiación y cualquier otra erogación complementaria, aunque independientemente no se encontrara sometida a imposición. Esa es la norma general que en la ley no trajo ningún tipo de excepción o restricción para alguno o algunos de los múltiples hechos sometidos a este impuesto. Si por medio del artículo 19 del Decreto 570 de 1984 se establece un procedimiento que al aplicarlo disminuye 'el valor total de la operación' independientemente de las consideraciones de carácter económico o de justicia tributaria, es necesario concluir que el reglamento desbordó los límites de la ley, pues consagró una excepción a la regla general. Si la voluntad del legislador hubiera sido establecer una base especial en el caso de arrendamiento de bienes corporales muebles, incluido el *leasing* o arrendamiento financiero, a efectos de tener en cuenta la obsolecencia o deterioro del bien,

así lo hubiera consagrado y entonces sí podría el decreto reglamentario establecer los procedimientos indicados para su adecuada aplicación.

"Los mismos argumentos expuestos por los impugnadores demuestran cómo el reglamento modificó la ley, pues si para este caso particular de arrendamiento de bienes corporales muebles se tuvo en cuenta las circunstancias y efectos económicos derivados de la prestación de este servicio y se consagró una excepción que permite disminuir la base gravable en un valor que corresponda al deterioro o desgaste del bien a fin de que el impuesto recaiga exclusivamente sobre la verdadera *utilidad,* no sólo se modificó la ley reglamentada que dispuso que el impuesto recayera sobre el valor total de la operación, sino que se introdujo un elemento extraño al régimen del impuesto a las ventas que es un tributo que grava el consumo de bienes y servicios, independientemente de la obtención de una *utilidad* o *pérdida* por parte del proveedor. No podía el reglamento consagrar una excepción para el leasing o arrendamiento financiero 'fraccionando' el canon mensual para excluir algún factor de la base gravable, pues como ya se dijo, la regla general es la inclusión, no sólo del valor de la operación sino de su financiación y elementos complementarios" (fls. 32 y 33).

Consideraciones de la Sala:

El artículo 19 del Decreto reglamentario 570 de 1984, del cual forman parte los numerales 1 y 2 cuya nulidad se impreca, dispuso:

"En el caso del arrendamiento de bienes corporales muebles, incluido el arrendamiento financiero (leasing), el impuesto no se causará con respecto a contratos de fecha cierta celebrados con anterioridad al 1º de abril de 1984. En los demás casos, el gravamen se generará en el momento del canon correspondiente.

"La base gravable se determinará así:

"1. En los contratos de arrendamiento financiero (leasing) se dividirá el costo del bien arrendado, excluido el valor residual que figure en el contrato como precio de venta, por el número total de meses del contrato y el resultado se restará del canon mensual. La cifra que así se obtenga será la base gravable correspondiente al canon mensual.

"2. En los demás casos de arrendamiento de bienes corporales muebles, se dividirá el costo del bien arrendado por 1.800 y el resultado se restará del canon diario. La cifra que así se obtenga será la base gravable correspondiente al canon diario".

La firma PRICE WATERHOUSE ha explicado numéricamente estos dos incisos con sendos ejemplos, a saber:

"El contrato de 'leasing' (numeral 1 que precede).

"La Compañía de arrendamiento financiero XYZ S. A., celebró contrato de arrendamiento con la Compañía La Industrial

S. A., de un vehículo con un canon mensual de $ 85.000.00 durante 60 meses y con opción de compra del bien por parte del arrendatario al término del contrato por $ 600.000.00. El valor de costo del bien arrendado ascendió a $ 3.000.000.00.

"1. Determinación de la base gravable

"Costo del bien arrendado	$ 3.000.000.00
"Menos valor residual del precio de venta	$ 600.000.00
"Costo neto	$ 2.400.000.00
"Dividido por el número de meses del contrato	60
"Costo mensual del bien arrendado	$ 40.000.00
"Canon mensual	$ 85.000.00
"Menos costo mensual	$ 40.000.00
"Base gravable mensual	$ 45.000.00

"2. Facturación del impuesto:	Base:	
"Canon mensual	$ 85.000.00	$ 85.000.00
"Menos costo mensual del bien arrendado	$ 40.000.00	
"Base gravable	$ 45.000.00	
"Tarifa al 10%	$ 4.500.00	$ 4.500.00
"Valor factura para el arrendatario		$ 89.500.00"

Otros contratos de arrendamiento.

"La Compañía XYZ S. A., celebró contrato de arrendamiento con la Compañía La Industrial S. A., de un vehículo con un canon mensual de $ 85.000.00. El valor del costo del bien arrendado ascendió a $ 3.000.000.00.

"1. Determinación de la base gravable.

"Costo del bien arrendado	$ 3.000.000.00
"Dividido por (5 años de 360 días)	$ 1.800.00
"Costo diario del bien arrendado	$ 1.666.00

"Canon diario ($ 85.000.00 dividido por 30	$ 2.833.00	
"Menos costo diario	$ 1.666.00	
"Base gravable diaria	$ 1.167.00	
"2. Facturación del impuesto	Base:	
"Canon mensual		$ 85.000.00
"Base gravable mensual ($ 1.167.00 por 30 días)	$ 35.000.00	
"Tarifa	10%	$ 3.500.00
"Valor factura para el arrendatario		$ 88.500.00"

(*Régimen Colombiano del impuesto a las ventas*, Legis, Envío número 22, págs. 204 y 205).

Los ejemplos transcritos ilustran acerca del valor real y efectivo de la operación que se realiza en el arrendamiento de cosas corporales muebles, tanto en la modalidad tradicional como en el leasing, negocio jurídico éste cuya naturaleza, elementos esenciales, características y aristas fundamentales no han sido precisados en el derecho positivo colombiano.

La Asociación Española de Leasing hace algunos años lo definió como "una moderna fórmula de financiación que permite al empresario profesional utilizar los bienes de capital productivos necesarios mediante el pago de un alquiler con la posibilidad de adquirir su propiedad por un precio establecido de antemano" (Nueva Frontera. Documentos 85, octubre de 1985, pág. 7). Concebido así, se destacan: 1. Un contrato de arrendamiento de bienes de capital, necesarios para determinada actividad productiva. Esto significa que del leasing se excluyen las cosas incorporales y los bienes de consumo durable y no durable (C. Civil, arts. 1973 y 1974); 2. La opción de compra del bien arrendado (Ley 51 de 1918, art. 23), sujeta a condición suspensiva (hecho futuro e incierto del cual pende el nacimiento de la obligación y del correlativo derecho) y a la vez potestativa por cuanto la celebración de la compraventa queda al arbitrio del arrendatario. Estos dos elementos son esenciales en el leasing, pues sin ellos no existe o degenera en una relación contractual diferente (Código Civil, art. 1501). Y su práctica cada día más generalizada ha consistido en un sistema de financiación para maquinaria, equipo, vehículos de uso industrial y otros bienes muebles de capital. Pero el crecimiento de la industria y el comercio ha impulsado la aparición de otras modalidades de leasing (operativo) en el que el activo no se amortiza por el cliente, el inmobiliario o de inmuebles productivos —no destinados a vivienda—, el "lease back" o retroarriendo, el leveraged leasing para grandes proyectos que requieren ingentes capitales y múltiples inversionistas, el cross border leasing, utilizado en Colombia para la financiación de

aviones, el leasing en sindicación consistente en que varias compañías de leasing celebran un consorcio para adquirir en proindiviso uno o más equipos para arrendarlos con opción de compra.

Ahora bien, la compañía de leasing adquiere de un proveedor el equipo, la maquinaria o el vehículo industrial para arrendarlo durante el término de vida útil a un determinado empresario, por un canon que permite a aquélla percibir o recobrar la totalidad o la mayor parte del costo de adquisición, los gastos directos e indirectos adicionales y un margen de utilidad. El lapso de vigencia del arriendo se estima irrevocable. Y como es de la esencia del leasing pactar la opción para el arrendatario de comprar el bien arrendado, a la expiración del término surgen para éste tres opciones, a saber: a) Restituir el bien arrendado; o b) Renovar el arrendamiento en condiciones distintas ya que el bien ha sido parcial o totalmente depreciado, vale decir que su costo ya está amortizando al menos en parte; o c) Comprar el bien por su valor residual o uno aproximado, en atención a los cánones de arriendo que ha pagado. Y según algunos exégetas de esta figura jurídica compleja, su ejecución se lleva a cabo en tres etapas: a) La de colaboración entre la compañía de leasing y el cliente que elige el equipo o la maquinaria y desde ese instante se obliga a contratar el arrendamiento; b) La de cumplimiento de las obligaciones recíprocas que el leasing implica para arrendador y arrendatario, y c) La de extinción del término del arriendo y subsiguiente ejercicio de cualquiera de las tres opciones.

Es pertinente agregar que en la fijación del canon la compañía arrendadora siempre toma en cuenta factores de índole financiera y técnica, e inclusive fiscalmente inciden estas consideraciones: 1ª Los bienes objeto de leasing constituyen para ella un acto fjo ya que los adquiere para arrendarlos y obtener ingresos por el arriendo, pues aunque a la expiración de éste eventualmente los enajene, la evidencia es la incertidumbre de esa compraventa ya que depende de que el cliente ejerza el derecho de opción; 2ª Como consecuencia, tales bienes productores de renta para la compañía leasing son depreciados por ésta durante el término de la vida útil que les señala la ley, por cualquiera de los sistemas legalmente permitidos; 3ª En el término del arriendo, el usuario paga los cánones por el uso o disfrute del equipo o maquinaria y asume los gastos de mantenimiento, los cuales cancela al fabricante o proveedor o al taller autorizado, pero los beneficios de la garantía de fabricación los recibe el arrendatario. Todos estos gastos son deducibles de la renta del arrendatario en cuanto tengan relación de causalidad con los ingresos, y así mismo son deducibles en su totalidad, incluyendo el IVA pagado por el servicio de leasing.

El Decreto autónomo 148 de 1979 mencionó por primera vez, sin definirlas, las *operaciones* de arrendamiento financiero o leasing al permitir a las corporaciones financieras adquirir y mantener acciones en sociedades anónimas que tuvieren por objeto exclusivo tales operaciones. Luego el Decreto ejecutivo 2059 de 1981 sometió a inspección y vigilancia de la Superintendencia de Sociedades las compañías en cuyo objeto se contemple como actividad principal la realización de *operaciones* de arrendamiento financiero o leasing. El Decreto-ley

2920 de 1982 prohibió a las compañías de leasing realizar en forma masiva y habitual captaciones de dineros del público. El artículo 69 del Decreto extraordinario 3541 de 1983 incluyó el arrendamiento financiero dentro de los servicios gravados con el impuesto de valor agregado —IVA— a la tarifa del 10% y el Decreto reglamentario 1512 de 1985 mencionó los arrendamientos diferentes de los bienes raíces en el sentido de que la retención en la fuente sobre pagos o abonos en cuenta por concepto de los mismos, será la vigente en la fecha de expedición de ese Decreto. Pero a pesar de todas esas referencias legales, dicho negocio jurídico continúa siendo en Colombia atípico, y su complejidad se patentiza en la concurrencia de elementos propios de diversos contratos regulados en la ley, sin que sea posible su asimilación a ninguno en particular.

Ahora bien, si se confrontan los preceptos del Decreto extraordinario 3541 de 1983 que el actor estima violados o en contradicción con lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del artículo 19 del Decreto reglamentario 570 de 1984, cuya nulidad impetra, resulta:

1. El artículo 7º dispone que "en la venta y prestación de servicios, la base gravable será el valor total de la operación, sea que ésta realice de contado o a crédito, incluyendo entre otros los gastos directos de financiación ordinaria, extraordinaria o moratoria, accesorios, acarreos, instalaciones, seguros, comisiones, garantías y demás erogaciones complementarias, aunque se facturen o convengan por separado y aunque, considerados independientemente, no se encuentren sometidos a imposición". Agrega que "además integran la base gravable, los gastos realizados por cuenta o a nombre del adquirente o usuario, y el valor de los bienes proporcionados con motivo de la prestación de servicios gravados, aunque la venta independiente de éstos no cause impuestos o se encuentre exenta de su pago"; y que "así mismo forman parte de la base gravable, los reajustes del valor convenido causados con posterioridad a la venta".

Tanto en el arrendamiento tradicional que confiere al arrendatario el uso, goce o disfrute de una cosa como en el leasing, cuya finalidad específica es financiar la utilización de determinados bienes productivos, el canon que fija o conviene el arrendador incluye todos los cargos adicionales en la adquisición tales como gastos de instalación, de inspección, de consultoría, intereses, fletes, etc., así como cualquier otro indirecto que incida para determinar el valor del servicio. En el leasing se pone más de relieve esa situación ya que por consistir básicamente en una técnica financiera que permite realizar cierta inversión amortizable con la renta que produce la explotación económica de un bien, es lógico que el canon comprende esa inversión que hace el arrendador, menos un valor residual, y además un interés calculado mensual o anualmente y las erogaciones propias de la operación (accesorios, acarreos, instalaciones, etc.). Aunque conviene advertir que el arrendatario soporta siempre los gastos de mantenimiento, reparaciones, seguros y, en general, todos los riesgos técnicos. De consiguiente, el valor total de la operación a que se alude en el artículo 7º del Decreto extraordinario 3541 de 1983 equivale al costo del bien arrendado, menos el valor residual, o sea, el saldo no depreciado al final de su vida útil (5 años en el leasing o 1.800 días en otros contra-

tos de arrendamiento de bienes corporales muebles), pues la depreciación queda incluida en el canon que paga el arrendatario y representa el gasto directo que causa el demérito, la obsolescencia o la pérdida de valor de ese activo. De manera que si el numeral 1 del artículo 19 impugnado excluye del costo del bien arrendado el valor residual que figura en el leasing como precio de venta y el numeral 2 del mismo artículo 19 que se acusa no lo excluye, es porque en el primero es elemento de la esencia del contrato la opción de compra mientras que en el arrendamiento tradicional de bienes corporales muebles —no considerados de capital—, esa opción es normalmente extraña al contrato. Además, la finalidad de las disposiciones acusadas fue depurar la base gravable en el caso del arrendamiento de bienes corporales muebles, limitándola a la remuneración del servicio que es lo único sometido a gravamen por el artículo 69 del Decreto extraordinario 3541 de 1983 y excluyendo otros factores que no corresponden al servicio gravado.

No se ve, pues, contradicción de las disposiciones acusadas con el artículo 7º del Decreto reglamentado.

2. El artículo 11 del Decreto extraordinario 3541 de 1983 dispone que "en ningún caso la base gravable podrá ser inferior al valor comercial de los bienes o de los servicios en la fecha de la transacción". Pero los numerales 1 y 2 del artículo 19 del Decreto reglamentario 570 de 1984, cuya nulidad se pide, no violan ni contradicen ese precepto de superior jerarquía porque determinan la base gravable tomando en cuenta el precio total convenido entre arrendador y arrendatario que en la fecha del contrato es el del mercado.

3. Tampoco las disposiciones acusadas vulneran o contradicen lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto extraordinario 3541 de 1983, según el cual, no forman parte de la base gravable los descuentos efectivos que consten en la factura o documento equivalente, ni el valor de los empaques o envases, pues su contexto indica que es aplicable a las ventas de bienes de consumo, mientras aquéllas se refieren explícitamente a los contratos de arrendamiento financiero (leasing) y a los de otros bienes corporales muebles.

4. Por último, los artículos 15 y 70 del citado Decreto extraordinario 3541 se refieren, el primero a los impuestos descontables; y el segundo, a que en lo servicios enumerados en los ordinales 1º, 2º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 11 y 12 del artículo 69, "no se podrá efectuar ninguno de los descuentos de que trata el artículo 15 del presente decreto". Y ciertamente el numeral 7 del artículo 69 enuncia como servicio gravado con el IVA "el arrendamiento de bienes corporales muebles, incluido el arrendamiento financiero (leasing)..." Pero por más esfuerzo mental que se haga no se encuentra relación entre estas normas y las acusadas. Además, en los contratos de leasing impera la regla general o costumbre *secundum legem*, conforme a la cual, quienes prestar servicios de esa naturaleza no tienen derecho a descontar los impuestos pagados en las adquisiciones que constituyan costo o gasto, puesto que al tenor de los artículos 69 y 70 del Decreto extraordinario 3541 de 1983 sólo tienen derecho a descuentos quienes presten servicio de revelado y copias fotográficas, fotocopias, reparación, mantenimiento con incorporación de repuestos y trabajos de fabricación o construc-

ción por encargo. De manera que no surge contradicción o violación de los artículos 15 y 70 del citado Decreto extraordinario 3541 por cuando las disposiciones demandadas se refieren a la determinación de la base gravable, factor que precede a los descuentos.

En síntesis, la operación de leasing en su conjunto, en cuanto concierne al impuesto sobre el valor agregado —IVA— que se origina por el arrendamiento, la base para liquidarlo es el total del precio convenido por las partes, que incluye gastos directos de financiación, accesorios, acarreos y demás erogaciones complementarias, y en nada afecta el valor comercial del servicio en la fecha de celebración del contrato ni implica transgresión a la prohibición de efectuar descuentos por otros impuestos pagados.

Y si no se configura ninguna de las violaciones puntualizadas por el demandante, ¿el Gobierno incurrió en exceso al reglamentar lo relativo a la base gravable del arrendamiento de cosas corporales muebles?

La potestad reglamentaria que el ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución Política adscribe al Presidente de la República como jefe del Estado y suprema autoridad administrativa, tiene un límite prefijado por ese precepto, pues consiste en expedir "las órdenes, decretos y resoluciones necesarios para la cumplida ejecución de las leyes". Cualquier extralimitación infringe éstas y el propio mandato constitucional. Y en consonancia con ese postulado, el artículo 12 de la Ley 153 de 1887 dispuso que "las órdenes y demás actos ejecutivos del Gobierno expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria, tienen fuerza obligatoria, y serán aplicados mientras no sean contrarios a la Constitución o las leyes..."

Desde luego, cuando el Gobierno estima que debe hacer uso de esa facultad no puede modificar, ampliar, restringir, eliminar o derogar la ley que reglamenta. La función que cumple entonces es desarrollar ésta en sus particularidades o pormenores, o sentar pautas de detalle o requisitos indispensables para abrir cauces a la cabal aplicación de los dictados del legislador. En múltiples oportunidades el Consejo de Estado ha precisado los alcances de la mencionada potestad. En la más reciente expresó: "...El Gobierno en su labor reglamentaria puede y debe desarrollar tanto lo que está expreso en la ley como lo que va implícito en ella, en condiciones tales que el reglamento no debe acomodarse exclusivamente a la expresión literal de la norma, puesto que si esa apenas fuera su función, implicaría una simple reproducción de ella. Por consiguiente, es necesario, como lo ha explicado el Consejo de Estado, que el Gobierno al hacer uso de la potestad reglamentaria desentraña el contenido implícito, el sentido mismo, la finalidad específica de la ley que reglamenta actuando con cierta desenvoltura y agilidad, lógicamente que teniendo siempre en cuenta la prohibición de no rebasar ni la letra, ni la intención, ni la materia intrínseca, ni los mismos fines de ella" (Sentencia de la Sección Primera de 23 de noviembre de 1984, *Anales del Consejo de Estado*, Segundo Semestre, números 483-484, págs. 160 y ss.).

Pues bien: Los numerales 1 y 2 del artículo 19 del Decreto reglamentario 5740 de 1984 precisan el valor total de la operación (Decreto

extraordinario 3541 de 1983, art. 7º) consistente en el arrendamiento financiero (leasing) y en los demás casos de arrendamiento de cosas corporales muebles, con el fin de determinar en la primera modalidad la base gravable correspondiente al canon mensual, y en la segunda al canon diario. En ambas toman en cuenta el demérito constante de la cosa arrendada durante la vida útil señalada en la ley; y excluyen en el leasing el valor residual estipulado en el contrato para el caso de que el arrendatario ejerza la opción de compra al expirar el arriendo, ya que en ese momento se causa el IVA por la compraventa que se celebre. Esta base gravable es real puesto que corresponde a la remuneración por el uso de la cosa, y su valor no es inferior al del mercado o comercial que tenga el servicio prestado en la fecha del arriendo (Decreto extraordinario 3541 de 1983, art. 11). De manera que el Gobierno no rebasó los límites de la potestad reglamentaria sino que con un gran espíritu de justicia tributaria hizo explícito algo implícito en varias normas del Decreto extraordinario reglamentado, sin contrariarlas ni desvirtuar su esencia.

Por tanto, la Sala Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Deniéganse las peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y archívese el expediente.

Se deja constancia que esta providencia 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 Torrado, Secretario.

SENTENCIA DE NULIDAD.— Efectos.

La declaración de nulidad de un acto administrativo produce efectos por todo el mundo y la denegatoria de éste, produce efectos relativos.

REGIMEN DE CAMBIO INTERNACIONAL Y COMERCIO EXTERIOR.— Regulación. POTESTAD REGLAMENTARIA.

Lo dispuesto en el artículo 1º, inciso 1º del Decreto 404 de 1976 corresponde al ejercicio de la potestad Constitucional reglamentaria del Gobierno, de establecer la organización y los procedimientos adecuados para vigilar el funcionamiento regular del régimen de cambios internacionales.

ESTATUTO CAMBIARIO.— Violaciones. SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DE CAMBIOS. Sanciones.

La Ley 6ª de 1967 le atribuyó al Gobierno facultades para señalar las sanciones que deban imponerse cuando se viole dicho régimen.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., diecinueve de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja.*

Expediente número 399. Actor: Camilo Gutiérrez Jaramillo.

El ciudadano Camilo Gutiérrez Jaramillo, invocando los artículos 135 y 136 del Código Contencioso Administrativo demanda a la Nación representada por el Ministro de Hacienda y Crédito Público, con el fin de que se declare la nulidad del inciso 1º del artículo 2º del Decreto 404 de 1976 y de los artículos 1º y 2º del Decreto 212 de 1977.

A manera de hechos, el libelo inicial trae los siguientes, que se sintetizan: Sostiene que la Junta Monetaria fue creada por medio de la Ley 21 de 1963, la cual le dio la función de estudiar y adoptar las medidas monetarias cambiarias y de crédito que le correspondían a la Junta Directiva del Banco de la República. Agrega, que posteriormente el Decreto 2206 de 1963 le señaló las competencias a la Junta Monetaria y el Decreto 444 de 1967 estableció el régimen de cambios

internacionales y de comercio exterior transcribiendo el inciso 3º del artículo 75 y de los artículos 137, 220 del mismo estatuto, luego el artículo 76 y el 120 de la Constitución Nacional en sus numerales 22. Por último, cita y transcribe las normas acusadas dentro de tal relación de hechos.

Bajo el título de concepto de la violación, expresa que las normas acusadas violan la Constitución Nacional en sus artículos 2º, 26, 76 numeral 22, 120 numeral 22, artículos 137 y 220 del Decreto extraordinario número 444 de 1967, el artículo 1º de los Código Penal y de Procedimiento Penal. Invoca además los artículos 128 y 216 de la Carta y 136 del Código Contencioso Administrativo.

Fundamentalmente alega el actor que el Presidente de la República es incompetente para atribuir competencias a la Junta Monetaria "por medio de simples decretos, de modo que ésta quede investida para fijar los plazos dentro de los cuales se debe pagar el valor de las importaciones y el momento a partir del cual deben empezar a contarse y mucho menos a erigir en infracción de las normas cambiarias el incumplimiento de dichos plazos".

Aduce que el Presidente no podía apoyarse en el numeral 22 del artículo 120 para dictar los decretos acusados y en un aparte sustancial de su escrito dice al respecto:

"Quizá entonces el Constituyente de 1968, al diseñar el dispositivo de los ordinales 22 de los artículos 76 y 120 de la Constitución Nacional, consagra una fórmula con base en la cual, las materias en ella incluidas pudieran ser reguladas por el gobierno de manera ágil y expedita por la importancia que tienen en la economía y sin la cual el Congreso toma tiempo en llegar a una decisión. No obstante el mecanismo no ha sido aprovechado en toda su magnitud pues de las materias en él incluidas hasta la fecha, sólo han sido dictadas dos leyes marco que son: La Ley 6ª de 1971 'Por medio de la cual se dictan normas generales, a las cuales debe sujetarse el gobierno para modificar los aranceles, las tarifas y demás disposiciones concomitantes al régimen de aduanas' y la Ley 48 de 1983 'Por la cual se expiden normas generales a las cuales debe sujetarse el gobierno nacional para regular aspectos del comercio exterior colombiano', más conocida como 'Ley marco del comercio exterior'. Así, en materia de cambios internacionales el Congreso no ha dictado la ley marco correspondiente, por lo cual actualmente esta materia sigue siendo regulada por el Decreto extraordinario 444 de 1967 cuya vigencia es anterior al Acto legislativo número 1 de 1968 y sigue siendo aplicable, pero, cualquier normatividad en materia de cambios internacionales desde 1968 sólo puede ser adoptada mediante el mecanismo descrito de los ordinales 22 de los artículos 76 y 120 de la Constitución Nacional, pues se trata de una materia reservada al mecanismo descrito.

"De conformidad con lo anterior, es inútil aducir como lo hizo el Presidente en los Decretos 404 de 1976 y 212 de 1977, el ordinal 22 del artículo 120 para fijar en cabeza de la Junta Monetaria la competencia

de fijar el plazo dentro del cual debe ser pagado el valor de las importaciones pues en ese momento no existía ni la ley marco de cambios internacionales".

Añade el actor que el gobierno invocaba mal el Decreto extraordinario 444 de 1967 para producir los actos clausurados por no ser este estatuto una ley marco siendo ese ordenamiento anterior el Acto legislativo número 1 de 1968 que creó dicho mecanismo constitucional.

Discurre más adelante sobre la potestad reglamentaria del Presidente de la República, y dice al respecto que atribuir una competencia a la junta monetaria, como la de fijar plazos para el pago de los créditos externos, no le corresponde al ejecutivo sino al legislador. Haciendo referencia a diversos fallos del Consejo de Estado sobre la materia, entre ellos el de 24 de mayo de 1973 que transcribe en alguno de sus apartes, dice:

"Para demostrar este cargo han de analizarse detenidamente las normas acusadas. El artículo 2º del Decreto 404 de 1976 tiene relación solamente con el artículo 137 del Decreto extraordinario 444 de 1967 pues el artículo 57 se refiere a otra materia, de modo que este artículo 137 reproducido atrás (3.2.2.) en su inciso segundo es muy claro pues se faculta a la Junta Monetaria para prohibir y para limitar los créditos externos en las condiciones allí señaladas. Puede entonces, la Junta Monetaria, o prohibir la contratación de estos empréstitos o determinar su monto al limitarlos. Es una competencia que surge de una norma de rango legal como es el Decreto extraordinario 444 de 1967 y que la Junta solamente puede ejercer en los términos en que le fue atribuida, es decir, limitarse a prohibir o a limitar de manera general sin que pueda predicarse que ésta facultad se extienda, según se desprende de la lectura del artículo 137, a intervenir en las modalidades de pago señaladas por las partes contratantes en desarrollo del postulado de la autonomía de la voluntad, como sería la fijación de los plazos a partir de los cuales deban hacerse los pagos o la fijación de la fecha a partir de la cual deba empezar a contarse el plazo".

Respecto al artículo 1º del Decreto 212 de 1977, asegura que es igualmente ilegal en cuanto reviste a la Junta Monetaria de facultades para dictar resoluciones de carácter general fijando los plazos dentro de los cuales deben hacerse los giros en moneda extranjera por concepto de operaciones de cambio exterior.

Concluye la demanda sobre el particular arguyendo que "la Constitución ha querido que las normas de carácter penal sean de rango legal de modo que si no es el Congreso quien las dicte, lo haga el Presidente pero especialmente habilitado para ello. Entonces, ostentando apenas el Presidente la potestad reglamentaria no puede elevar a la categoría de infracción cambiaria el incumplimiento de unos plazos para el pago oportuno de las obligaciones externas ni mucho menos aduciendo para ello facultades provenientes de una ley 'marco' o 'cuadro' que no ha sido expedida. Surge entonces la ilegalidad y la inconstitucionalidad de la norma acusada, cuya declaración me permito reiterar de la manera más atenta a ese Despacho".

En su alegato de fondo el actor repite y amplía argumentos de la demanda, y por su parte, el representante del Ministerio de Hacienda

se hizo parte, para impugnar las pretensiones demandatorias en la misma oportunidad para alegar, haciendo énfasis en las sentencias pronunciadas por esta Corporación, la de fecha 16 de junio de 1977 de la Sección Cuarta; y de 2 de febrero de 1978 y de 10 de diciembre de 1982, ambas de la Sección Primera.

Al refutar los cargos de la demanda entre otras consideraciones se toman los siguientes apartes que se transcriben:

"La circunstancia de que además del ordinal 3º del artículo 120 el Presidente hubiera invocado en los decretos acusados el ordinal 22 del mismo artículo, en nada afecta la constitucionalidad de éstos habida cuenta de que se trata de una facultad que no ejerció. Distinto el caso de que únicamente hubiera invocado este último pues allí si su constitucionalidad podría tornarse dudosa".

"(...) el Decreto-ley 444 de 1967, dictado en ejercicio de claras facultades extraordinarias que al Presidente de la República le otorgó la Ley 6ª de 1967, reguló el cambio internacional, entre otras materias, y si a partir de la vigencia del Acto legislativo número 1 de 1968 es necesario que el Congreso expida la llamada ley marco que señale las pautas generales a las que debe sujetarse el Presidente para regular dicho tema, ley marco que aún no ha sido dictada, por qué mientras ello ocurra no considerar o calificar el Decreto 444 como una ley marco que el Presidente puede desarrollar conforme al artículo 120-22 de la Carta Fundamental?".

"(...) en lo que hace relación al cargo de incompetencia del Presidente de la República para consagrar como infracción cambiaria en el artículo 2º del Decreto 212 de 1977, el incumplimiento de los plazos establecidos o que establezca la Junta Monetaria para el pago oportuno al exterior de las obligaciones externas, es suficiente para hacerlo caer por su base recordar que esa honorable Corporación, en la ya citada sentencia de 2 de febrero de 1978, acogiendo el criterio del señor Agente del Ministerio Público, afirmó de manera por demás categórica, que dicho artículo 2º (demandado en este proceso) no viola el estatuto cambiario. Luego si el Consejo de Estado no encontró la violación alegada, fue precisamente porque consideró que quien dictó la medida acusada tenía competencia suficiente para hacerlo y que la ejerció dentro del marco estricto de la legalidad".

Por su parte el colaborador Fiscal en su vista de fondo, apoyándose en la sentencia de 16 de junio de 1977, manifiesta que con respecto a la primera de las normas acusadas se presenta el fenómeno de la cosa juzgada por haber tenido igual causa y motivo el caso que allí se ventilaba, con el que es objeto del presente proceso, en tratándose de una acción popular que no requiere identidad de partes.

Y en lo que hace relación con los artículos del Decreto 212 de 1977 demandado, el señor Fiscal dice:

"(...) en cuanto al Decreto 212 de 1977, en sentencia de febrero de 1978 la Sección Primera del Consejo de Estado declaró la nulidad del inciso 2º del artículo 2º por lo que mal puede ahora intentarse de nuevo la nulidad sobre todo el artículo 2º; y sobre el artículo 1º, que es el fundamento del 2º parcialmente anulado, el Consejo acogió la

vista y el planteamiento esbozado por este Despacho en esa oportunidad en el sentido de que con fundamento en lo establecido en el artículo 137 del Decreto 444 de 1967 y el Decreto 404 de 1976, reglamentario del primero, el Gobierno está facultado para regular lo relacionado con los créditos externos y dentro de la limitación que las mismas normas consagran debe entenderse el señalamiento de los plazos máximos y obviamente la aplicación del régimen sancionatorio que consagró el estatuto cambiario por razón de su violación. Por tales razones no parece que el caso *sub júdice* encuadre como una demanda fundada en causa distinta a la anterior sino que ha sido un tema ya estudiado y trajinado que en razón del principio de la cosa juzgada no podría ser objeto nuevamente de controversia".

Por lo demás, como quiera que en el proceso no se observan irregularidades que invaliden lo actuado corresponde entrar a decidir acerca de las pretensiones de la demanda.

Consideraciones de la Sala:

Dispone el artículo 175 del Código Contencioso Administrativo que la sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo tendrá fuerza de cosa juzgada *erga omnes* y la que la niegue producirá cosa juzgada también *erga omnes,* pero sólo en relación con la *causa petendi* juzgada.

De acuerdo con este texto la declaración de nulidad de un acto administrativo dado, trátese de acción de simple nulidad (art. 84 del C. C. A.) o de restablecimiento del derecho (art. 85) produce efectos para todo el mundo sin que sea posible que el acto pueda ser demandado de nuevo ya que ha quedado fuera de la vida jurídica del país.

Sin embargo, dice el segundo inciso del artículo 175 del Código Contencioso Administrativo cuando se deniega la nulidad de un determinado acto administrativo acusado de ilegalidad o inconstitucionalidad, la fuerza de la cosa juzgada no es absoluta, produciendo efectos relativos en cuanto es susceptible de una nueva demanda si se funda en otros motivos de impugnación, mas no en los mismos invocados anteriormente, que es lo que constituye la *causa petendi* juzgada prevista en el precepto supracitado.

Como quiera que tanto la parte impugnadora como el señor Fiscal han planteado en la excepción de cosa juzgada, compete a la Sala hacer el análisis correspondiente, mediante el estudio separado de cada una de las normas demandadas, siendo diferentes los cargos y su incidencia en la violación de la ley y la Constitución, para lo cual se hace indispensable confrontarlos con las sentencias de esta Corporación invocadas y traídas a colación para el efecto de tal propuesta exceptiva que de prosperar total o parcialmente haría innecesario el nuevo pronunciamiento sobre normas cuya legalidad o ilegalidad ya ha sido definida por el Consejo de Estado.

I. Inciso 1º del artículo 2º del Decreto 404 de 1976.

Respecto a este ordenamiento reglamentario de los artículos 75 y 137 del Decreto-ley 444 de 1967, dictado por el Gobierno en uso de

las facultades que le confiere los ordinales 13 y 22 del artículo 120 de la Carta, la entidad demandada, por conducto de su apoderado, trae en su respaldo la sentencia de 16 de julio de 1977 de la Sección Cuarta de esta Corporación, la cual con ponencia del entonces Consejero Gustavo Salazar, denegó la nulidad de los artículos 1º y 2º del Decreto 404.

En el fallo cuestionado de 16 de julio de 1976 se hizo un juicioso análisis del mismo decreto aquí demandado en cuanto hace al alcance de la potestad reglamentaria que la Constitución confiere al Presidente en virtud de lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 120 y que el demandante de entonces, como el de ahora, estimó que el Gobierno se había excedido en su ejercicio. Al efecto dijo: "No lo estima así la Sala, es bien sabido que el Gobierno al ejercitar la potestad reglamentaria debe respetar la letra y el espíritu de la ley que reglamenta. Para ello debe tener en cuenta los fines de la ley y el carácter de la función reglamentaria, que es ejecutiva y administrativa. La ley sienta los principios básicos, las normas fundamentales y los lineamientos esenciales de una cuestión y el reglamento establece las medidas necesarias para el cumplimiento del mandato legislativo sin apartarse de su esencia y de su espíritu". Y agrega: "En materia de cambios internacionales y de comercio exterior, el legislador de 1967 (se refiere al Decreto 404), le dio facultades extraordinarias al Gobierno para reglamentar de manera permanente, los procedimientos adecuados para vigilar su funcionamiento regular y para que la demanda de cambio exterior sea regulada, con el objeto de impedir bruscas alteraciones en el valor externo de la divisa nacional... En el estatuto expedido en desarrollo de esas facultades quedó prescrito que la Junta Monetaria está facultada para reglamentar, con carácter general los plazos, intereses y demás condiciones de los préstamos externos a particulares, inclusive, para prohibirlos cuando considere que son incompatibles con la política monetaria y cambiaria o para limitarlos cuando el endeudamiento sea excesivo... De tal suerte que el legislador de 1967 entregó a la Junta Monetaria un papel de dirección y control en materia de cambios internacionales y de comercio exterior, que es parte de la política monetaria del país, haciendo suya la competencia correspondiente, condicionada, claro está, a lo que disponga el estatuto orgánico".

Dicha providencia concluye diciendo que al ejercitar el Gobierno la potestad reglamentaria respecto de lo prescrito en el artículo 137 del Decreto-ley 444 de 1967 se limitó a decir, en el artículo 1º del Decreto 444 de 1976 que por lo que hace a créditos externos quedan comprendidos tanto los empréstitos como la importación de bienes, servicios y capitales, y en el artículo 2º, que para cumplir las funciones que le corresponden al respecto "podrá limitar el crédito externo mediante la fijación de plazos dentro de los cuales deberá pagarse el valor de las importaciones y el momento a partir del cual deben comenzarse a contar dichos plazos" todo lo cual —advierte la Sala— *"encaja dentro de la potestad reglamentaria, pues ello hace eficaz la norma de derecho"*.

De acuerdo con esta transcripción del fallo anterior de esta Corporación sobre la legalidad o constitucionalidad del inciso 1º del ar-

tículo 2º del Decreto 404 de 1976, no cabe la menor duda de que se está en presencia de una cuestión ya debatida y juzgada con base en una motivación o *causa petendi* igual, siendo que en uno y otro caso se habla de la violación de la Constitución por el exceso en el uso de las facultades reglamentarias que el numeral 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional le confiere al Presidente de la República y de las transgresiones al Decreto reglamentario 444 de 1967, el cual consagró el estatuto normativo del régimen cambiario y comercio exterior conforme a las pautas de la Ley 6ª de 1967, que le dio facultades "para regular íntegramente la materia" al Gobierno Nacional.

Sin embargo en el caso *sub lite* el demandante también, en un esfuerzo dialéctico como antes se ha referido, trata de hacer entender que aquí el Gobierno no solamente se excedió en el uso de esas facultades reglamentarias del ordinal 3º del artículo 120 de la Carta sino que era incompetente para dictar el Decreto 404 en virtud de lo dispuesto en los numerales 22 de los artículos 76 y 120 respectivamente de la misma. Arguye, que en materia de cambios internacionales el Congreso no ha dictado la ley marco correspondiente "por lo cual actualmente esta materia sigue siendo regulada por el Decreto 444 de 1967 cuya vigencia es anterior al Acto legislativo número 1 de 1968 y sigue siendo aplicable, pero, cualquier normatividad en materia de cambios internacionales desde 1968, sólo puede ser adoptada mediante el mecanismo descrito de los ordinales 22 del artículo 76 y 120 de la Constitución Nacional, pues se trata de una materia reservada al mecanismo descrito.

Nada más fuera de la realidad jurídica que esta aseveración de orden interpretativo de la Constitución Nacional. El Decreto 444 se dictó en virtud de las facultades extraordinarias que se le confirieron al Ejecutivo por medio de la Ley 6ª de 1967, consistentes precisamente en regular íntegramente la materia de un estatuto normativo del régimen cambiario y de ello resultó el Decreto-ley 444 citado, al cual pertenece el artículo 137 invocado en el Decreto 404 impugnado.

Así, se advierte sin mayor esfuerzo que lo dispuesto en el artículo 1º, inciso 1º del mencionado Decreto 404, corresponde sin lugar a dudas al ejercicio de la potestad reglamentaria del Gobierno de que trata el ordinal 3º del artículo 120 de la Carta, como ya se explicó y concretamente del artículo 137 supranombrado. Si este artículo da facultades a la Junta Monetaria para prohibir créditos externos y limitarlos ¿cómo es que no puede fijar los plazos objeto de controversia por vía del reglamento?

Por manera que carecen de todo fundamento jurídico los cargos esgrimidos en la demanda contra el Decreto reglamentario 404 acusado: Ni por el exceso de potestad reglamentaria, cuestión ya definida por el Consejo de Estado en su fallo premencionado de 16 de junio de 1977, siendo por consiguiente cosa juzgada material, ni por la nueva tacha que se ha querido encontrar de la incompetencia del Presidente para dictar el Decreto reglamentario, por no ser el Decreto-ley 444 de 1967 una ley marco, conforme al numeral 22 del artículo 76, en concordancia con el 22 del artículo 120 de la Carta, puede dársele validez a esta parte de la pretensión del actor. La sólida posición del Consejo de Estado en los fallos de 26 de mayo y 16 de junio de 1977 de la

Sección Cuarta, oportunamente citados por la parte impugnadora, en pro de la constitucionalidad de la norma que se estudia, determinan a la Sala a desestimar, una vez más la censura enderazada contra el 1º inciso del artículo 2º del Decreto 404 de 1976.

II. Artículo 1º e inciso 1º del artículo 2º del Decreto reglamentario número 212 de 1977.

Respecto a estos preceptos demandados, que, de una parte disponen que los giros en moneda extranjera por operaciones de cambio exterior, deberán efectuarse dentro de los plazos y con arreglo a las condiciones que fije la Junta Monetaria en resoluciones de carácter general, y de la otra, aclara que constituye violación de las disposiciones cambiarias el incumplimiento de los plazos establecidos por la Junta Monetaria para el pago oportuno al exterior de las obligaciones externas, cabe decir lo siguiente:

Tocante al artículo 1º, la demanda afirma que es ilegal de acuerdo con la argumentación expuesta en lo relacionado al Decreto 404 de 1976. Las mismas razones que se adujeron para sustentar la legitimidad del artículo 2º del Decreto 404 de 1976, sirven para decir que no se cometió con lo allí dispuesto ninguna transgresión a las normas superiores invocadas en el escrito demandatorio.

Por lo que hace al inciso 1º del artículo 2º del Decreto 212, ya en sentencia de 2 de febrero de 1978, pronunciada por la Sección Cuarta de esta Corporación, citada tanto en la demanda como en el alegato de la parte impugnadora, entonces se dijo, al acoger el concepto del colaborador Fiscal, que dicho inciso no viola el estatuto cambiario, refiriéndose a la atribución precedente del Superintendente de Control de Cambios para imponer sanciones por violación de las normas de control. En cambio dicha providencia encontró que el inciso 2º, no incluido en la presente demanda, sí rebasa el Decreto 444 que reglamentaba, decretando por consiguiente su nulidad.

Si bien la demanda en el caso *sub júdice* se contrae al inciso 1º no anulado por el expresado fallo del Consejo de Estado, es lo cierto que la legalidad de tal precepto fue objeto de estudio si se repara en los términos y alcances de la demanda y en la propia definición de la sentencia. Se sostuvo y se sostiene ahora, que la facultad constitucional, no autoriza al Presidente de la República para "crear infracciones e imponer sanciones" se indica en tal sentido que la supuesta violación de los artículos primeros de los Código Penal y de Procedimiento Penal y por consiguiente el artículo 26 de la Carta. Dice la demanda que el Presidente "por sí solo no puede calificar una conducta como punible y que ésta debe estar contenida en una norma anterior de carácter legal". Esto carece de toda lógica siendo que no se trata de infracciones a la ley penal que exigen la tipicidad de la conducta del sujeto y el que las sanciones correspondan a un debido proceso preexistente. Aquí se comprenden simples violaciones al estatuto cambiario de naturaleza y alcances diferentes, previstas en la Ley 6ª de 1967, como lo puede ser una infracción de policía, o por ejemplo, una falta contra los reglamentos bancarios que rigen a las instituciones y personas bajo el control del Estado y que suponen un trámite administrativo previsto en los respectivos reglamentos. La Ley 6ª, por

medio de la cual se otorgaron las facultades al Gobierno para dictar el Decreto 444, le atribuyó en el literal c) del artículo 1º, la facultad de "establecer la organización y los procedimientos adecuados para vigilar el funcionamiento regular del régimen de cambios internacionales, y a señalar las sanciones que deban imponerse en los casos en que se viole dicho régimen". Son, pues, equivocadas las aserciones del actor en relación con este segundo cargo respecto a la norma en cuestión.

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

Falla:

No decreta la nulidad de las disposiciones acusadas en el presente proceso.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha diecinueve de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Samuel Buitrago Hurtado, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

CAPITULO II

RESOLUCIONES Y ACTOS MINISTERIALES

SENTENCIAS.— Obligatoriedad.

Serán obligatorias para las autoridades y la administración, no estarán sujetas a recursos distintos de los establecidos en este Código (se refiere al C. C. A.).

SUSPENDESE PROVISIONALMENTE los efectos de la Resolución número 0534 de 29 de enero de 1988 del Ministerio de Comunicaciones.

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

Consejero ponente: *Doctor Guillermo Benavides Melo.*

Referencia: Expediente número 886. Actor: Nemesio Camacho Rodríguez.

En ejercicio de la acción popular de anulación acude por conducto de apoderado a esta Corporación el ciudadano Nemesio Camacho Rodríguez para que se declare la nulidad de la Resolución número 0534 que con fecha 29 de enero del año en curso profirió el Ministro de Comunicaciones, mediante la cual dispuso "derogar las Resoluciones 2443 de 15 de julio de 1987 y 3099 de 2 de septiembre de 1987, expedidas por este Ministerio". Como la demanda satisface los requisitos meramente formales que la ley exige, será admitida.

Suspensión provisional:

En el mismo libelo el actor solicita el decreto de suspensión provisional del acto acusado por reputar que transgrede de modo ostensible diversas disposiciones de estirpe superior y especialmente los preceptos 174, 176, 49 y 158 del Código Contencioso Administrativo.

En síntesis, el accionante radica la violación flagrante que amerita la medida precautelativa impetrada, en las siguientes circunstancias: Mediante la Resolución número 2593 de julio 30 de 1982, el Ministerio de Comunicaciones concedió licencia a la sociedad "Super Radio" para construir y montar la Estación de Radio Difusión Sonora en Amplitud Modulada (AM) denominada "Radio Super" de la ciudad de Tunja. Por juzgar que dicha resolución se había proferido burlando claros preceptos legales y aún "mediante conductas censuradas por el Código Penal", el mismo ciudadano aquí demandante acudió al Consejo de Estado en acción de nulidad contra el acto administrativo. Mediante sentencia de 4 de julio de 1984, cuya copia autenticada se anexó al libelo, esta Corporación accedió a las pretensiones del actor y declaró

la nulidad de la mentada Resolución 2593 de 1982, sentencia que quedó ejecutoriada el 29 de julio de 1984. Afirma el accionante que desde el 21 de agosto de 1984 ha venido exigiendo al Ministerio de Comunicaciones el cumplimiento del mencionado fallo ejecutoriado del Consejo de Estado, sin que hasta la fecha lo haya cumplido. Tanto la sociedad "Super Radio", como el Ministro de Comunicaciones, "intentaron sendos recursos extraordinarios de anulación ante la Sala Plena del Consejo de Estado" contra la citada sentencia ejecutoriada de esta Corporación, "los cuales (recursos extraordinarios de anulación) fueron desestimados mediante sentencia de Sala Plena de abril 2 de 1987 dentro del expediente de reconstrucción número 092". Habiendo acudido el apoderado del actor a la Procuraduría General de la Nación con el fin de que se investigara la actuación de Mincomunicaciones y se impusieran las sanciones disciplinarias del caso, con base en la asimilación del fallo ejecutoriado del Consejo de Estado con actos administrativos, la Procuraduría ordenó el archivo de las respectivas diligencias investigativas disciplinarias. Después de proferida la sentencia del Consejo de Estado que desechó los recursos extraordinarios de anulación indicados, el apoderado del actor acudió nuevamente ante el Ministro de Comunicaciones para inquirir sobre la decisión que el Ministerio hubiera tomado al respecto, encontrándose con que con fecha 15 de julio de 1987 el citado Ministro expidió la Resolución número 2443, que en copia obra a folios 7 y 8 del expediente, mediante la cual, diciéndose cumplir la sentencia del Consejo de Estado que declaró nula la Resolución 2593 de 1982, dispone que dicha Resolución 2443 solamente entra a regir después de su publicación en el Diario Oficial. Con el objeto de "no darle un pretexto más al Ministerio de Comunicaciones para sustraerse al cumplimiento de su obligación legal de acatar un fallo del Consejo de Estado, el día 23 de julio de 1987 el suscrito apoderado canceló los derechos correspondientes para la publicación en el Diario Oficial de la Resolución número 2443 de 1987 del Ministerio de Comunicaciones", lo cual comprueba con fotocopia autenticada ante Notario del correspondiente recibo del Diario Oficial número 343846, por $ 3.000.00, que obra al folio 9. El apoderado del actor insistió ante el Ministro de Comunicaciones el 12 de agosto de 1987 sobre el cumplimiento del fallo de nulidad del Consejo de Estado, en orden a lo cual le solicitó al Ministro dirigirse al Procurador Regional de Tunja para que promoviera el cumplimiento de la Resolución 2443 de 1987 citada, después de haber sido publicada por cuenta del apoderado del actor; pero en vista de que la Radio Super "en la práctica estaba operando en forma clandestina", el 18 de agosto de 1987 el mismo apoderado le impetró al Ministro tomar "las medidas pertinentes para evitar dicha irregularidad". Ante estos pedimentos el mencionado Ministro profirió la Resolución número 3099 de 2 de septiembre de 1987 (Ver copia hábil al fl. 6), con la pretensión de "aclarar" la Resolución 2443 de 1987, cuyo artículo 4º se varió para efectos de su vigencia, así: "La presente Resolución rige a partir de la fecha de su ejecutoria". Con esto se abrían las puertas para que se intentaran recursos contra la Resolución 2443 y se dilatara más el cumplimiento de la sentencia del Consejo de Estado. "Obviamente el representante legal de la sociedad Super Radio de Colombia Ltda., doctor Alvaro Pava Camelo, esperó a que le fueran notificadas por edicto las Resoluciones 2443 y 3099 del Ministerio de

Comunicaciones, para interponer a través de apoderado el día 7 de octubre de 1987, un recurso de reposición contra las citadas resoluciones". En orden al tan mentado cumplimiento de la sentencia del Consejo de Estado, el actor y su apoderado tuvieron tres audiencias con el Ministro, el Viceministro y una funcionaria del Ministerio, en la última de las cuales audiencias, a comienzos del pasado mes de febrero, el Ministro manifestó que acababa de expedir la Resolución 0534 de 29 de enero de 1988, que es la aquí atacada (Ver fls. 2 a 5), mediante la cual se dispone "derogar las Resoluciones 2443 de 15 de julio de 1987 y 3099 de 2 de septiembre de 1987, expedidas por el Ministerio", que en la práctica equivale a revivir la Resolución 2593 de 1982 que fue anulada por el Consejo de Estado.

Consideraciones:

El hecho palpable de que hasta la fecha el Ministerio de Comunicaciones no ha dado cumplimiento o no ha obedecido el fallo del Consejo de Estado mediante el cual declaró nula la Resolución 2593 de 1982, radica en que la estación radiodifusora Radio Super de Tunja se encuentra en servicio. Esta mera circunstancia es harto demostrativa del incumplimiento "constante y continuado" que del mentado fallo viene dando dicho Ministerio. El flagrante quebranto que exige el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo para adoptar la medida cautelar de suspensión provisional, esto es, la transgresión palmaria en que frente a normas superiores ha de incurrir el acto administrativo de que se trate, se satisface en el caso *sub exámine* de manera tan pronunciada, que surge obvia y espontánea del desacato a lo decidido por este Consejo de Estado, lo cual simultáneamente conlleva violación de precisas disposiciones del Código Contencioso Administrativo, como pasa a verse:

a) Mediante la Resolución número 2593 de 30 de julio de 1982 el Ministro de Comunicaciones concedió "licencia a la sociedad Super Radio para *construir y montar la estación* de Radiodifusión sonora en amplitud modulada (A.M.) denominada 'Radio Super' de la ciudad de Tunja, Departamento de Boyacá". Dicha Resolución 2593 de 1982 fue declarada nula por el Consejo de Estado, conforme a sentencia de 4 de julio de 1984 de esta Sección Primera (Ver fls. 14 a 30, con constancia de ejecutoria). Tal sentencia anulatoria jamás ha tenido cumplimiento por parte del Ministerio de Comunicaciones;

b) A su turno, el día 5 de noviembre de 1985 el Ministro de Comunicaciones y el representante legal de Radio Super firmaron el contrato número 0304 por el cual se "otorgó la concesión a la sociedad 'Super Radio de Colombia Ltda.' para la realización de transmisiones de radiodifusión a través de la frecuencia 1300 KHz e indicativo de llamada HJRB asignada a la emisora en amplitud modulada (A.M.) denominada 'Radio Super' de la ciudad de Tunja, Departamento de Boyacá";

c) Por su parte, la Resolución número 2443 de 15 de julio de 1987 tiene como enunciado: "Por la cual se da cumplimiento a una sentencia proferida por el Consejo de Estado". Pretendía tal resolución cumplir el mentado fallo del Consejo de Estado que declaró nula la

Resolución 2593 de 1982 y disponía: "Como consecuencia de la nulidad de la Resolución número 2593 de 30 de julio de 1982 declarada por el Consejo de Estado en sentencia de 2 de abril de 1987 (sic), se da por terminado el contrato de concesión número 0304 de 5 de noviembre de 1985, celebrado entre el Ministerio de Comunicaciones y la sociedad 'Super Radio de Colombia Ltda.' " (art. 1º); "Recóbrase la frecuencia número 1.300 KHz. y el distintivo de llamada HJRB, de la estación de radiodifusión sonora en amplitud modulada (A.M.), denominada 'Radio Super' de la ciudad de Tunja" (art. 2º); "Reliquídense los derechos al Ministerio de Comunicaciones, por el uso de la frecuencia, hasta la notificación de esta providencia..." art. 3º); y su artículo final (4º) disponía que regía "a partir de la fecha de su publicación". El artículo 1º de la Resolución 2443 pretendía cumplir el fallo de nulidad del Consejo de Estado "de 2 de abril de 1987", cuando en realidad tal fallo es de fecha 4 de julio de 1984; el 2 de abril de 1987 es la fecha de la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado mediante la cual desestimó los dos recursos extraordinarios de anulación que contra la sentencia de 4 —julio— 1984 promovieron tanto el Ministro de Comunicaciones como el representante legal de Radio Super;

d) En cuanto hace a la Resolución número 3099 de 2 de septiembre de 1987, su artículo "primero" dispone: "Aclarar el artículo 4º de la Resolución 2443 de 15 de julio de 1987, el cual quedará así: La presente Resolución rige a partir de la fecha de su ejecutoria".

De lo anotado se deduce con claridad lo siguiente: Mediante la Resolución 2593 de 1982, que con fallo de 4 de julio de 1984 declaró nula el Consejo de Estado, el Ministro de Comunicaciones concedió "licencia a la sociedad Radio Super para *construir* y *montar* la Estación de Radiodifusión sonora en amplitud modulada (A.M.) denominada 'Radio Super' de la ciudad de Tunja, Departamento de Boyacá". Fundamento esencial de la Resolución número 0534 de enero 29 de 1988, aquí atacada, es su cuarto considerando que dice: "Que de conformidad con el Decreto 222 de 1984 (sic), el Ministerio de Comunicaciones celebró el contrato número 0304 de 5 de noviembre de 1985 con la sociedad 'Super Radio de Colombia Ltda.' mediante el cual se otorgó la concesión para la realización de transmisiones de radiodifusión a través de la frecuencia 1.300 KHz, indicativo de llamada HJRB asignada en amplitud modulada (A.M.) denominada Radio Super de la ciudad de Tunja del Departamento de Boyacá".

Pues bien: Una cosa es *conceder licencia para construir y montar una estación* de radiodifusión y otra bien distinta *otorgar* mediante contrato administrativo *concesión para realizar transmisiones de radiodifusión.* Para el primer caso, el Ministerio de Comunicaciones actuó mediante la Resolución 2593 de 1982 que fue declarada nula por sentencia de 4 de julio de 1984 del Consejo de Estado; pero para el segundo caso, el mismo Ministerio actuó a través del contrato administrativo 0304. La Resolución anulada 2593 de 1982 no ha sido acatada por el Ministerio, esto es, no ha tenido cumplimiento. El Ministerio pretendió darle cumplimiento a la sentencia de nulidad a través de las Resoluciones 2443 y 3099 de 1987, pero estas fueron derogadas por el acto administrativo materia de la demanda con solicitud de suspensión provisional que se está estudiando.

Para poder radiodifundir, para poder lanzar al aire emisiones sonoras una estación de radio, es entendido que antes ha debido construirse y ser montada, pues, como queda dicho, una cuestión es la *construcción y montaje* de la estación de radio y otra muy diferente la *transmisión de radiodifusión* que la estación desarrolle: Esta última operación presupone básicamente la primera, esto es, tiene como sustentáculo fundamental la precedente y obligada etapa de construir y montar la estación, porque ninguna radiodifusora puede transmitir o salir al aire sin que antes haya sido construida y montada técnicamente, sin que como *"conditio sine qua non"* antes haya sido instalada.

Así, pues, si mediante las Resoluciones 2443 y 3099 de 1987 el Ministro de Comunicaciones pretende haber dado "cumplimiento a una sentencia proferida por el Consejo de Estado", como de manera expresa lo indica la parte enunciativa o encabezamiento de la Resolución 2443, obvio y lógico es concluir que el hecho de derogarse tales resoluciones por la número 0534 aquí acusada, significa o equivale a no darle cumplimiento a la sentencia del Consejo de Estado. Pero es más, aún: El hecho de estar realizando transmisiones de radiodifusión es prueba irrefutable de que no se ha acatado el fallo que anuló la resolución que concedió licencia a Radio Super para construir y montar la estación emisora; porque si se hubiera cumplido el fallo, mal podría realizar transmisiones de radiodifusión una emisora cuya estación tuvo que ser desmontada y recobrados su frecuencia y distintivo de llamada.

Es apenas natural que para poder firmar el Ministro de Comunicaciones el contrato de concesión número 0304 de 5 de noviembre de 1985, tenía que estar en plena vigencia la Resolución 2593 de 1982. Pero como queda establecido plenamente, esta Resolución fue declarada nula por fallo de 4 de julio de 1984, que quedó ejecutoriado a fines de ese mes. Por último, veamos cómo ocurrió cronológicamente la actuación del Ministerio de Comunicaciones, haciendo caso omiso del fallo anulatorio del Consejo de Estado: El contrato de concesión 0304, de 5 de noviembre de 1985, que legalmente no podía firmarse estando anulada la Resolución 2593 de 1982, como queda dicho; la Resolución 2443 de 1987, dictada exprofeso para "dar cumplimiento a una sentencia proferida por el Consejo de Estado" y más tarde "aclarada" respecto de su vigencia por la Resolución número 3099 de 1987, ambas dictadas por el Ministro de Comunicaciones; empero, tal "acatamiento" o "cumplimiento" del fallo anulatorio del Consejo de Estado fue echado por tierra, fue desconocido, fue directamente quebrantado por el Ministro de Comunicaciones al retirar o "derogar" de modo expreso tales dos resoluciones "de cumplimiento" (2443 y 3099 de 1982), a través de su Resolución 0534 de 1988 aquí acusada, la cual, según su artículo segundo, para mayor sorpresa "rige a partir de su expedición".

Con la documentación aportada con el libelo por el actor, se comprueba evidentemente que en el Ministerio de Comunicaciones se ha desatado un cúmulo de actuaciones que conforman una cadena que, por una parte, confirma lo relacionado en la demanda y, por otra, que la revocatoria de las Resoluciones 2443 y 3099 equivale de *facto* a

permitir que continúe en vigencia la Resolución 2593 de 1982 que fue declarada nula por esta Corporación, toda vez que aquellas Resoluciones 2443 y 3099 —revocadas por la que es materia de acusación— pretendían, bien que mal y aunque con las dilaciones anotadas, darle cumplimiento muy tardío a la sentencia anulatoria del Consejo de Estado.

Con semejante actuación no se requiere avanzar en otras consideraciones para concluir que el Ministro de Comunicaciones, al culminar expidiendo la resolución atacada, palmariamente está quebrantando varias disposiciones de índole superior, *verbi gratia:* El artículo 174 del Código Contencioso Administrativo, según el cual "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 sometidos a la formalidad del registro..."; el artículo 175 *ibídem,* cuyo primer inciso dispone que "la sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo tendrá fuerza de cosa juzgada *erga omnes*"; el artículo 176 *ibídem,* conforme al cual "las autoridades a quienes corresponda la ejecución de una sentencia dictarán, dentro del término de treinta (30) días contados desde su comunicación, la resolución correspondiente, en la cual se adoptarán las medidas necesarias para su cumplimiento"; el artículo 49 *ibídem,* que sienta esta categórica prohibición: "No habrá recurso contra los actos de carácter general, ni contra los de trámite, preparatorios o de ejecución, excepto en los casos previstos en norma expresa"; el artículo 158 *ibídem,* que perentoriamente dispone: "Ningún acto anulado o suspendido podrá ser reproducido por quien lo dictó si conserva en esencia las mismas disposiciones anuladas o suspendidas", etc.

En consecuencia, dada la clase de acción instaurada por el demandante, surgiendo *prima facie* la flagrante violación de normas superiores por parte del acto acusado como resultado del simple cotejo, no estando prohibida por la ley la medida precautelativa provisional de que trata el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo y habiendo sido solicitada y sustentada de modo expreso tal medida en el libelo de demanda, entonces ha de prosperar la petición del actor atinente a la suspensión provisoria del acto atacado.

Además de lo apuntado, al no haberse acatado y por ende no haberse cumplido la sentencia del Consejo de Estado que, como atrás se vio, quedó ejecutoriada el 29 de julio de 1984, los que resulten responsables de ese desacato a las decisiones de la Rama Jurisdiccional del Poder Público posiblemente puedan quedar encasillados dentro de la tipificación delictual "fraude a resolución judicial" que establece el Código de las Penas en su artículo 184, el cual prescribe: "El que por cualquier medio se sustraiga al cumplimiento de obligación impuesta en resolución judicial, incurrirá en arresto de seis (6) meses a cuatro (4) años y multa de dos mil a cien mil pesos". Por tal razón se dispondrá que se remita copia auténtica de todo el expediente, esta providencia incluida, a la honorable Cámara de Representantes, Comisión de Acusaciones, para que determine lo que juzgue pertinente de conformidad con las facultades especiales que le atribuye la Constitución Política (art. 102), en relación con el Ministro de Comunicaciones doctor Cepeda Ulloa; del mismo modo se enviará copia seme-

jante a la Procuraduría General de la Nación para que inicie las correspondientes investigaciones disciplinarias a los funcionarios del Ministerio de Comunicaciones, distintos del Ministro, por su actuación o conducta (activa u omisiva) en que hayan podido incurrir frente a las circunstancias motivantes de la presente providencia. Así mismo se ordenará iniciar separadamente la correspondiente investigación correccional, con base en este proveído, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 114 del Código Contencioso Administrativo.

Por lo expuesto, el Despacho *decide:*

1º *Admitir la demanda* propuesta.

2º *Suspender provisionalmente* los efectos de la Resolución número 0534 que con fecha 29 de enero de 1988 emitió el Ministro de Comunicaciones.

3º Tener al ciudadano Nemesio Camacho Rodríguez como parte demandante.

4º El abogado Gabriel de Vega Pinzón es mandatario especial de la parte actora.

5º Se tiene a la Nación colombiana, representada en este caso por el Ministro de Comunicaciones, como parte demandada.

6º Notificar personalmente este proveído al Fiscal Primero de la Corporación.

7º Igualmente notificar de manera personal esta providencia al Ministro de Comunicaciones y al representante legal de la sociedad Super Radio de Colombia Ltda. (fls. 55-56).

8º Fijar en lista este negocio por el término de diez (10) días, para los efectos previstos en el artículo 207-3 del Código Contencioso Administrativo.

9º Enviar copia de esta providencia al Ministro de Comunicaciones.

10. Prevenir al Ministro de Comunicaciones sobre la prohibición de reproducir en forma idéntica, similar, parecida o equivalente, la Resolución número 0534 de 29-1-88, aquí suspendida de manera provisoria.

11. La suspensión provisional aquí decretada se extinguirá pasados treinta (30) días hábiles a partir de la notificación de esta providencia, si la parte actora no continúa las gestiones propias del proceso.

12. Solicitar los correspondientes antecedentes administrativos al Ministerio de Comunicaciones.

13. Por Secretaría remítase copia auténtica de todo el expediente, incluyendo esta providencia cuando quede ejecutoriada, a la Secre-

taría de la Comisión de Acusaciones de la honorable Cámara de Representantes, a fin de que determine lo que juzgue pertinente en cuanto sea de su competencia, conforme a la parte motiva.

14. Copia igual a la indicada en el ordinal 13 precedente será enviada al Procurador General de la Nación, con el objeto de que adopte las medidas que considere menester, en consonancia con la parte motiva de este auto.

15. Con fundamento en esta providencia y cuando quede firme, previa consulta con la Sección Primera del Consejo de Estado, iniciar separadamente la correspondiente averiguación correccional, en cumplimiento de lo que estatuye el artículo 114 del Código Contencioso Administrativo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Guillermo Benavides Melo, Consejero de Estado.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

ACTO ADMINISTRATIVO.— Revocados. Revisión.

No obstante que el acto administrativo acusado ya no existe al momento de dictar sentencia, es menester entrar a juzgarlo en lo que respecta a las prerrogativas de la administración y a los derechos subjetivos que pudiera causar.

ACTO ADMINISTRATIVO. Obligatoriedad.

No le es lícito al administrado desobedecer o desconocer lo dispuesto en los actos administrativos, salvo casos de grosera o protuberante ilegalidad.

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

Consejero ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente número 1609. Resoluciones Ministeriales. Actora: Amancia Romelia Beltrán de López.

En demanda incoada ante el Consejo de Estado, el apoderado judicial de la señora Amancia Romelia Beltrán de López solicitó que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"1. Que es nula la Resolución número 8004 de mayo 31 de 1983, emanada del Ministerio de Educación Nacional, por la cual se traslada a mi mandante, Amancia Beltrán de López, del Colegio Nacional 'Emilio Cifuentes' de Facatativá al Colegio Nacional 'Agustín Codazzi' de Codazzi (Cesar).

"2. Como consecuencia de la petición que antecede se declare el restablecimiento del derecho de mi poderdante y se le reintegre al cargo que venía ocupando, o a otro de igual o superior categoría.

"3. Que se paguen a la señora Amancia Beltrán de López los sueldos, primas y bonificaciones, reajustes y demás emolumentos que haya dejado de percibir desde la fecha en que fue trasladada en forma ilegal, hasta cuando sea reintegrada a su cargo o a otro de igual o superior categoría.

"4. Que se reconozca que no hay solución de continuidad desde la fecha en que mi mandante fue separada del Colegio

Emilio Cifuentes de Facatativá para efectos de prestaciones sociales, ascenso en el escalafón y demás derechos jurídicos y económicos.

"A la sentencia se deberá dar cumplimiento por parte de la Administración en los términos y formas señalados en el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo" (fls. 3 a 4).

Los hechos, las disposiciones que considera infringidas el libelista y el concepto razonado de la violación aparecen a folios 4 a 15.

Al descorrer el traslado que se le diera para que emitiera su correspondiente vista de fondo, el señor Fiscal Cuarto de la Corporación se expresa en los términos fundamentales que a continuación se transcriben:

"Esta Fiscalía estima que las pretensiones formuladas en el libelo inicial no tienen vocación de prosperidad, por las siguientes razones:

"a) El acto cuya nulidad se depreca, Resolución número 8004 de 31 de mayo de 1983 (fl. 25 del cuaderno principal), fue revocado mediante la Resolución número 9289 de 13 de julio de 1984 (fl. 20 del cuaderno principal), resolviéndose de esta suerte el recurso de reposición interpuesto por la actora. En estas condiciones el acto demandado desapareció de la vida jurídica de tal manera que mal podría pronunciarse por virtud de otro cuya legalidad y validez no han sido discutidas;

"b) Del oficio emanado de la Dirección General de Administración e Inspección Educativa de folio 117 del cuaderno principal y de la comunicación de folio 26 del cuaderno principal se desprende que la accionante no dio cumplimiento a la resolución de traslado, como era su deber legal, pues la sola interposición del recurso de reposición contra ella no tenía la virtualidad de enervar su ejecutoriedad y validez. Así las cosas la demandante incurrió en abandono del cargo, según las nítidas voces del artículo 47 del Decreto 2277 de 1979, que contempla el evento: '...cuando no asume el cargo dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha en que se le comunique un traslado';

"c) No obstante que la administración no hizo pronunciamiento alguno respecto al abandono del cargo, el hecho está verificado dentro del proceso con las documentales ya indicadas y avalado con las que obran a folios 18, 28 y 34 del cuaderno principal y 69 del cuaderno número 3. Por ello, no hay causa legítima para el pago de salarios y prestaciones durante el lapso de interrupción del servicio provocado de *facto* por la actora; y

"d) La incapacidad y orden de hospitalización que obran en el proceso (fls. 38 y 39 del cuaderno principal) no coinciden con el término de que la docente disponía para asumir el cargo y, por ende, no podían excusar su obligación legal" (fls. 149 a 150 del C. P.).

A folios 120 y 121 del expediente aparece lo básico del alegato de conclusión presentado por el apoderado de la Nación —Ministerio de Educación Nacional— que a la letra dice:

"Como se ve claramente, se buscaba la nulidad de la Resolución número 8004 de mayo 31 de 1983 y el restablecimiento del derecho de la actora, lo cual se cumplió efectivamente por el Ministerio de Educación Nacional con la Resolución 9289 de fecha 13 de julio de 1984.

"No conformándose con lo anterior la actora solicita los salarios y demás emolumentos económicos que dejo de percibir durante el año que permaneció por fuera del cargo, al respecto hacemos el siguiente razonamiento:

"En gracia de discusión y atendiendo la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado aceptamos que de cierta manera el traslado de la educadora Amancia Beltrán de López le ocasionó algo de desmejoramiento en sus condiciones laborales, pero como quedó establecido anteriormente, la misma administración corrigió la posible desmejora en las condiciones familiares de la actora al reubicarla en el colegio del cual había sido trasladada.

"Hasta aquí las consideraciones del apoderado de la señora Amancia Beltrán de López son válidas.

"Pero del examen atento de la actuación cumplida, bien se advierte que la actora, cuando fue trasladada de su cargo como Rectora del Colegio 'Emilio Cifuentes' de Facatativá, no cumplió el querer de la administración, en otras palabras nunca laboró en el Colegio Nacional 'Agustín Codazzi' de Codazzi, Cesar, desacatando con su conducta lo ordenado por la administración en el acto administrativo de traslado; como lo pruebo con el oficio de fecha junio 8 de 1984 firmado por el doctor José Rodríguez Valderrama, Director General de la Administración e Inspección Educativa, el cual anexo para mejor ilustración del honorable Magistrado.

"Si la señora Amancia de López no ejerció funciones como directivo docente al servicio de este Ministerio durante trece (13) meses y dieciocho (18) días comprendidos entre el 31 de mayo fecha en la que fue trasladada por Resolución número 8004 de 1983.

"Y el 18 de julio de 1984 en la cual se revocó la resolución anterior por la Resolución 9289, es necesario establecer claramente si en éste término existió relación laboral con la administración, considero que no.

"Lo anterior quiere decir, que al no presentarse a trabajar la actora en el Colegio al cual se había trasladado 'Agustín Codazzi' ocasionó con su conducta un abandono del cargo quebrantando la legalidad de la relación laboral.

"Esto es suficiente para concluir que no pueden prosperar las pretensiones relacionadas con los salarios e indemnizaciones que por motivo de la no prestación del servicio la educadora solicita.

"Si nunca trabajó por no haberse posesionado del cargo, y nunca se presentó al colegio a desempeñar sus funciones, no le asiste ningún derecho para cobrar lo pretendido.

"Razonamos, que si la administración, mediante el acto acusado infringió de alguna manera las disposiciones invocadas como fundamento de la acción, no menos cierto es que la actora por el hecho de no posesionarse y no prestar sus servicios como directivo docente, ocasionó una conducta, diferente a la que sirvió como fundamento para que el Ministerio de Educación revocara su propio acto Resolución número 8004 de 31 de mayo de 1983.

"De lo expuesto respetuosamente solicito se confirme por el honorable Consejo de Estado lo relacionado con la nulidad de la Resolución número 8004 de mayo 31 de 1983, en lo demás no deben prosperar las pretensiones de la señora Amancia Beltrán de López por la razón lógica que los salarios es la retribución al servicio prestado, si éste no se presta no hay obligación para la administración de cancelárselos" (fls. 120 y 121).

Cabe igualmente traer aquí lo manifestado por la parte actora al solicitar la reconstrucción del proceso que destruyose durante los siniestros acontecimientos de 6 y 7 de noviembre de 1985 y que fuera acogida por auto de diez de diciembre de 1986 (fl. 126). Expresa:

"Insistimos en las peticiones del libelo demandatorio y para ello estamos solicitando la reconstrucción del proceso por cuanto, a pesar de la expedición de la Resolución número 9289 de 1984, no han sido restablecidos los derechos de mi poderdante.

"En efecto, si bien es cierto que por medio de la Resolución 9289 de 1984 el Ministerio de Educación reconoce que el traslado de la actora fue ilegal, y revoca en todas sus partes el acto acusado, no solamente ignora los demás derechos conculcados por la Resolución 8004 de 1983, sino que la citada Resolución 9289 de 1984 sólo se expidió como paso previo para que el Ministerio de Educación consolidara el traslado injusto e ilegal de mi mandante con notable desmejora, incluso salarial. Fue así como, después de haberle ordenado reasumir el cargo en Facatativá, posteriormente se produjo otra Resolución, la número 2685, por la cual, con una falsa motivación, se traslada a doña Amancia de López a un colegio de menor categoría en la población de Palermo (Huila), en donde actualmente labora, lejos de su hogar y en ínfimas condiciones laborales.

"En cuanto hace a los puntos 3 y 4 de capítulo de *declaraciones* de la demanda es preciso anotar:

"No se han cancelado a mi mandante los sueldos y demás emolumentos desde junio de 1983 hasta julio de 1984. Esto a pesar de que el artículo 55 del nuevo Código Contencioso Administrativo establece que 'los recursos se concederán en efecto suspensivo', y que el artículo 60 del Decreto número 2277 de 1979, inciso 2, reza: 'También se considera al docente en servicio activo cuando su cargo ha sido suprimido o cuando no se le haya asignado carga académica'. Siendo así que estaba en trámite un recurso de reposición interpuesto, que fue resuelto por la Resolución 9289 de 1984, era claro que la Resolución de traslado número 8004 quedaba suspendida, y aunque el Ministerio no asignó comisión alguna a mi mandante, ella se encontraba en servicio

activo en espera de que se resolviera un recurso interpuesto por ella. A la vez que no podía dejar caducar los términos para incoar su acción ante el Contencioso Administrativo.

"Por las anteriores razones ruego al honorable Magistrado ponente decretar la reconstrucción del proceso referenciado y reitero las peticiones de la demanda:

"1. Que es nula la Resolución número 8004 de mayo 31 de 1983, emanada del Ministerio de Educación Nacional, por la cual se traslada a mi mandante, Amancia Beltrán de López, del Colegio Nacional 'Emilio Cifuentes' de Facatativá, al Colegio Nacional 'Agustín Codazzi' de Codazzi, Cesar.

"2. Que como consecuencia de la petición que antecede, se declare el restablecimiento del derecho de mi poderdante y se le reintegre al cargo que venía ocupando o a otro de igual o superior categoría.

"3. Que se paguen a la señora Amancia Beltrán de López los sueldos, primas, bonificaciones, reajustes y demás emolumentos que haya dejado de percibir desde la fecha en que fue trasladada en forma ilegal, hasta cuando sea reintegrada a su cargo o a otro de igual o superior categoría.

"4. Que se reconozca que no hay solución de continuidad desde la fecha en que mi mandante fue separada de la Rectoría del Colegio Emilio Cifuentes de Facatativá, para efectos de prestaciones sociales, ascenso en el escalafón y demás derechos jurídicos y económicos.

"A la sentencia se deberá dar cumplimiento por parte de la Administración en los términos y formas señaladas en el Código Contencioso Administrativo (art. 176 del C. C. A.)" (fls. 104 a 105).

No advirtiendo entonces causal alguna susceptible de invalidar lo actuado, para resolver,

Se considera:

I. De la lectura de las piezas procesales en este momento de dictación de sentencia, se deriva que el acto acusado, es decir la Resolución número 8004 de 31 de mayo de 1983, dictada por el Ministerio de Educación Nacional, fue revocada en todas y cada una de sus partes por otro acto posterior, igualmente emanado del mismo despacho, o sea la Resolución número 9289 de 13 de julio de 1984 (fl. 20) estando ya en curso la acción incoada por la señora Amancia Beltrán de López a través de apoderado. Sin embargo, como entre la fecha de ejecutoriedad de aquel acto, por medio del cual se trasladó a la educadora mencionada de la Rectoría del Colegio Nacional "Emilio Cifuentes" de la ciudad de Facatativá (Cundinamarca) a la del Colegio Nacional "Agustín Codazzi" del Municipio de Codazzi (Cesar), y la fecha de expedición del segundo acto, por el cual se la mantiene en la Rectoría del plantel primeramente citado, pretende la parte actora que el Consejo de Estado disponga la nulidad del acto revocado y que se ordene el restablecimiento del derecho, en el sentido

de que se le paguen los sueldos y demás emolumentos dejados de percibir desde junio de 1983 hasta julio de 1984, con base en el artículo 60 del Decreto número 2277 de 1979, inciso 2º, que reza: *"También se considera al docente en servicio activo* cuando su cargo ha sido suprimido *o cuando no se le haya asignado carga académica"* (se subraya). Y también por la circunstancia de que contra aquella resolución se había interpuesto el recurso de reposición en vía gubernativa ya que, dado que ese recurso fue el origen de la segunda (de la número 9289 que la revocó), ha de entenderse a la luz del artículo 55 del nuevo Código Contencioso Administrativo (Decreto-ley 1 de 1984), que estaba suspendida la posibilidad de que la Administración lo ejecutase mientras se decidiera el recurso.

II. A ello se oponen el vocero del Ministerio de Educación Nacional y el señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado. El primero acepta, como ya se ha visto, que "de cierta manera el traslado de la educadora Amancia Beltrán de López le ocasionó algo de desmejoramiento en sus condiciones laborales, pero como quedó establecido anteriormente, la misma administración corrigió la posible desmejora en las condiciones familiares de la actora al reubicarla en el colegio del cual había sido trasladada". Además, agrega, la señora Beltrán de López "no cumplió el querer de la administración, en otras palabras, nunca laboró en el Colegio Nacional 'Agustín Codazzi' de Codazzi, Cesar, desacatando con su conducta lo ordenado por la Administración en el acto administrativo de traslado". Y, "si la señora Amancia Beltrán de López no ejerció funciones como directivo docente al servicio de este Ministerio durante trece (13) meses y dieciocho (18) días comprendidos entre el 31 de mayo, fecha en la que fue trasladada por Resolución número 8004 de 1983, y el 18 de julio de 1984, fecha en la cual se revocó la resolución anterior por la Resolución 9289, es necesario establecer claramente si en este término existió relación laboral con la administración; considero que no". Esto es reiterado así: "Lo anterior quiere decir, que al no presentarse a trabajar la actora en el colegio al cual había sido trasladada, 'Agustín Codazzi', ocasionó con su conducta un abandono del cargo quebrantado la legalidad de la relación laboral, concluyendo que de esa suerte no pueden prosperar las pretensiones de la demanda".

El señor agente del Ministerio Público es partícipe de tales apreciaciones e invoca el artículo 47 del Decreto 2277, que contempla el evento para que se configure el abandono del cargo, "cuando no se asume...dentro de los diez días hábiles siguientes a la fecha en que se le comunique su traslado". Y que a pesar de que la administración no se pronunció sobre ese abandono, surge de esas consideraciones que "no hay causa legítima para el pago de salarios y prestaciones durante el lapso de interrupción del servicio provocado de *facto* por la actora".

III. La figura de la revocación del acto por la propia administración es, por su naturaleza, una satisfacción extraprocesal de la pretensión, en todo o en parte; tiene lugar cuando de modo unilateral, hace desaparecer los motivos o las causas que llevaron a la actora a incoar la demanda, por lo que desaparece, en todo o en parte también, uno de los supuestos de la materia litigiosa, el objeto de la demanda. Pero, salvo que el acto revocatorio lo diga, no puede equipararse el

mismo a una sentencia de anulación, pues el revocado, en virtud de su presunción de legalidad, produjo consecuencias con repercusiones jurídicas para el administrado.

IV. Satisfacer extrajudicialmente las pretensiones del administrado, aun cuando esté en curso proceso jurisdiccional, es, sin duda, una actividad propia de la administración plenamente legítima, pues, *hacia el futuro,* extingue los efectos que produjo el acto que el demandante tuvo como lesivos a sus derechos subjetivos. Sin embargo, resulta inadmisible que ese *acto antiacto* tenga la virtualidad de borrar hacia atrás los efectos que en el tiempo produjo el revocado, pues, como éste gozó de la presunción de legalidad, validez o legitimidad y, por ende, fue ejecutorio, el administrado estuvo en el deber de obedecerlo, de acatarlo, de cumplirlo, no obstante que, en su concepto, fuera contra sus intereses particulares, por lo menos en principio.

V. En virtud de la presunción de legalidad, hay una especie de igualación provisional de los actos legítimos o anulables, salvo, obviamente, que su defecto o vicio sean protuberantemente groseros. Si no fuera así, la ejecutoriedad, la obediencia, el cumplimiento y el acatamiento del acto se verían sometidos al capricho o a la subjetiva creencia del administrado que impediría su realización y su operatividad ejecutoria.

VI. Es cierto que en el caso *in exámine* el acto fue recurrido en la vía gubernativa y que, actualmente a la luz del nuevo Código, ese recurso se entiende interpuesto suspensivamente. Mas, en primer lugar, cuando fue interpuesto esa reposición esa peculiaridad no la tenía dicho medio administrativo de impugnación, y en segundo, como la interposición de dicho recurso no tiene la calidad de obligatorio para que se agote la vía gubernativa y surja la competencia de la jurisprudencia para conocer rogadamente de demanda de nulidad en su contra, el acto nació a la vida jurídica y produjo sus efectos en el tiempo hasta cuando la administración lo revocó.

VII. Estas puntualizaciones llevan a sentar que, no obstante que el acto administrativo acusado ya no existe en el presente momento de dictación de sentencia, es menester entrar a juzgarlo en lo que respecta a las prerrogativas de la administración y a los derechos subjetivos que pudiera tener, en ese instante de su traslado la señora Beltrán de López.

VIII. Siendo los actos administrativos manifestaciones de la voluntad del Estado que se conjugan, bien en conductas, bien en abstenciones, para producir efectos jurídicos (art. 83, segundo inciso, C. C. A., vigente), como cualquier otro acto jurídico, ostentan en sí, por la sola circunstancia de serlo, la prerrogativa de presumirse legales, de tenerse como emitidos conforme al derecho, respetándose las normas que regulan su expedición, no le es lícito al administrado desobedecer o desconocer lo que ellos han dispuesto, salvo casos, se repite, de grosera o protuberante ilegalidad. Esa presunción, se reitera y se insiste, es una prerrogativa pública, porque mira hacia la perfección y la regularidad de los actos, y de esa suerte, la persona o las

personas a las cuales se dirigen, no pueden declararlo ilegítimo *motu proprio,* sino que han de acatarlo pese a que puedan impugnarlo, ora en la vía gubernativa, ora en la vía jurisdiccional o en ambas.

IX. En virtud de que los actos administrativos ostentan presunción de legalidad, tienen también, un carácter o atributo adicional, que "no es a su existencia y validez, sino a su realización, es decir, a su operatividad ejecutoria" (Fiorini, "Teoría jurídica del acto administrativo", pág. 143). Y ese atributo, llamado por los tratadistas "ejecutoriedad", es lo que le da eficacia a cada uno de los pronunciamientos de esa clase. Por ser "ejecutorios", los actos administrativos, en orden a razones políticas y jurídicas, porque los fines públicos no pueden ser diferidos a voluntad del administrado y porque se parte de la dicha prerrogativa o presunción de legitimidad, que hace vocación al principio de que está en presencia de una manifestación regular de la administración, cualquier derecho subjetivo, cualquier excusa del administrado no puede servir de fundamento para eludir su cumplimiento.

X. Lo explicado y expuesto es suficiente para concluir que el acto administrativo acusado en el *sub lite* debió ser acatado por la aquí demandante. El, mientras duró su vida jurídica, antes de ser revocado por la propia administración, debió ser acatado, por más poderosas que fueran las circunstancias personales de la señora Beltrán de López para no aceptar el traslado de la Rectoría del Colegio de Facatativá al de Codazzi. Además, si nunca se posesionó ni laboró en este último plantel, mal puede pretender que se le reconozca un derecho que no tiene. Si hubiera habido perjuicios, ellos se derivarían del cumplimiento del acto, mas como éste no se cumplió precisamente porque la señora Beltrán de López no lo acató, no puede haber producido perjuicios que serían los engendradores de pagos de carácter indemnizatorio.

Así las cosas, se impone la denegatoria de las peticiones de la demanda.

Por todo lo cual, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Deniéganse las súplicas de la parte actora.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente. Cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el viernes 22 de julio de 1988.

Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

MARCAS Y PATENTES.— CONTRATO DE USO DE MARCAS.

El Decreto 444 de 1967 y el reglamentario 1234 de 1977, exigen para la aprobación de los contratos de transferencia de tecnología, uso de marcas y patentes y similares, se aporten ciertos documentos, entre los cuales está el que acredita la vigencia de la patente o patentes.

SUSPENDE PROVISIONALMENTE las decisiones contenidas en los siguientes actos administrativos, expedidos por el Comité de Regalías del Ministerio de Desarrollo Económico:

a) Ordinal 3º del Acta número 749 de junio 19 de 1984;
b) Ordinal 11 del Acta número 770 de diciembre 4 de 1984 y;
c) Ordinal 7º del Acta número 777 de febrero 12 de 1985.

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

Consejero ponente: *Doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja.*

Expediente número 258. Actor: Ancízar Gutiérrez Baquero.

El señor Ancízar Gutiérrez Baquero por conducto de apoderado especial, en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, manifiesta que "demando... (I) al Comité de Regalías del Ministerio de Desarrollo Económico, representado por el Presidente de dicho Comité... en su carácter de delegado del Ministro y Superintendente de Industria y Comercio, o quien haga sus veces; (II) a la sucursal extranjera en Colombia por los señores Guillermo Mestre Hernández o Carlos Arturo Palacios Gutiérrez o George Dwight Keats u Oscar E. Vergara o Spencer J. Volk, mayores de edad, vecinos de Bogotá, o quienes hagan sus veces, (III) a la sociedad Pizza Hut Inc., domiciliada en Wichita Kansas E.U.A., representada en Colombia por los doctores James W.F. Raisbeck o Robert B. Raisbeck o Alvaro Correa, mayores de edad, vecinos de Bogotá, o quienes hagan sus veces, para que se resuelva:

"1. Declarar la nulidad, en todas sus partes, de los siguientes actos administrativos:

"a) El acto administrativo contenido en el numeral 3º del Acta número 749 de 19 de junio de 1984, mediante el cual el Comité de Regalías, decidió aprobar el contrato celebrado entre la sucursal

extranjera Pepsicola Panamericana S. A., de Bogotá, y Pizza Hut Inc. de Estados Unidos, contrato referente a la licencia de uso de la marca extranjera Pizza Hut;

"b) El acto administrativo contenido en el numeral 11 del Acta número 770 de diciembre 4 de 1984, mediante el cual el Comité de Regalías aprobó, nuevamente, con algunas modificaciones, el citado contrato;

"c) El acto administrativo contenido en el numeral 7 del Acta número 777 de febrero 12 de 1985, mediante el cual, por la vía del recurso de reposición interpuesto por las partes solicitantes, el Comité de Regalías, aprobó, nuevamente, con algunas modificaciones, el citado contrato".

Pide también la suspensión provisional de los actos acusados, para lo cual hace las siguientes manifestaciones:

"*El perjuicio real o potencial para el actor.*

"El perjuicio que sufre o que podría sufrir el actor aparece comprobado, sumariamente, con las siguientes pruebas:

"a) Copias auténticas de cinco (5) certificaciones de la División de Propiedad Industrial, según las cuales la expresión *Hut, no* se encuentra registrada como marca, a favor de Pizza Hut Inc. en las clases 29, 30, 31, 32 y 42 del Decreto 755 de 1972.

"Sobre todo, adviértase que no se encuentra registrada para distinguir servicios de restaurantes de la clase 42 del citado Decreto.

"b) Copias auténticas de cinco (5) certificaciones de la División de Propiedad Industrial, según las cuales la expresión *Hut Pizza, no* se encuentra registrada a favor de Pizza Hut Inc., en las clases 29, 30, 31, 32 y 42 del Decreto 755 de 1972.

"Sobre todo adviértase que no se encuentra registrada para distinguir servicios de restaurantes o cadenas o sistemas de restaurantes de la citada clase 42;

"c) Copias auténticas de cuatro (4) certificaciones de la División de Propiedad Industrial, según las cuales la expresión *Pizza Hut* aún *no* ha sido registrada en las clases 29, 31, 32 y 42 del Decreto 755 de 1972.

"Sobre todo adviértase que no existe título vigente alguno para distinguir servicios de restaurantes de la clase 42;

"d) Copias auténticas de cuatro (4) certificaciones de la División de Propiedad Industrial, según las cuales el señor Ancízar Gutiérrez Baquero, es propietario de la enseña y la marca comerciales Pizza Hut y Hot Americas Pizza y de la enseña comercial Hut, para distinguir servicios de restaurantes de la clase 42 del Decreto 755 de 1972.

"Tales registros son:

"—Hut, como enseña comercial, para distinguir restaurantes de la clase 42 del Decreto 755 de 1972, según depósito número 3-181, vigente desde febrero 7 de 1984.

"—Pizza Hot, acompañado del gorro de un cocinero, como enseña comercial, para distinguir restaurantes de la clase 42 del Decreto 755 de 1972, según depósito número 3.177 vigente desde febrero 7 de 1984.

"—Pizza Hot, acompañado del gorro de un cocinero y de la expresión Americas Favorite Pizza, como enseña comercial, para distinguir servicios de restaurantes de la citada clase 42, según depósito número 3.173 vigente desde febrero 7 de 1984.

"—Hot, acompañada de la expresión America's Pizza y del gorro de un cocinero, como marca comercial para distinguir servicios de restaurantes de la clase 42, vigente desde mayo 16 de 1983 hasta mayo 16 de 1988;

"e) Copia auténtica del certificado de registro de la marca Hot America's Pizza (Etiqueta), según certificado de registro número 101.126 de mayo 16 de 1983, para distinguir servicios propios de restaurantes, de la clase 42, a favor de Ancízar Gutiérrez Baquero;

"f) Copia auténtica del certificado de depósito del nombre comercial Hot America's, según depósito número 1.910 de octubre 24 de 1978, para distinguir actividades propias de restaurantes, a favor del señor Ancízar Gutiérrez Baquero;

"g) En fin, se advierte, a primera vista, que Pizza Hut Inc., no posee ningún registro de propiedad industrial, en la clase 42, para servicios de restaurantes y que el actor posea, por el contrario, varios registros, en dicha clase.

"La aprobación dada por el Comité de Regalías al contrato de licencia de uso de la marca Pizza Hut, viola, evidentemente, los derechos de propiedad industrial del actor, en materia de servicios de restaurantes, con lo cual se le causa un perjuicio real y potencial.

"*Sustentación de la solicitud de suspensión provisional.*

"Sustento la solicitud de suspensión provisional en cinco (5) diferentes razones, fundadas en cinco (5) diferentes violaciones manifiestas de la norma superior.

"Una sola cualquiera de tales cinco (5) razones es suficiente para sustentar la suspensión provisional solicitada".

Por economía procesal, el Despacho se abstiene de transcribir el total de las argumentaciones expuestas por el actor como fundamento de su pedimento, y sólo se remitirá a dos de los cargos en que se impetra la suspensión solicitada, por considerarlos más prominentes, o que se acomoden más a las exigencias de este instituto.

Son ellos los puntos 4 y 5 que el actor expone así:

"4. *Inexistencia de titularidad del interés necesario para obtener lo pedido o solicitado.*

"Tal como se expresa en el hecho 17 de la demanda, la absoluta inexistencia de derecho de propiedad industrial, protegida en Colombia, en la clase 42, para servicios de restaurantes, a favor de Pizza Hut Inc., muestra que no existe ni existía el titular del interés necesario para obtener lo pedido.

"Basta, entonces, una sencilla comparación de los actos acusados, frente al inciso 3º del artículo 35 del Código Contencioso Administrativo, para llegar a la fácil conclusión de que existe una manifesta violación de dicha norma superior.

"5. *La aprobación condicionada a la inexistente vigencia de un inexistente registro de propiedad industrial.*

"Tal como se expresa en el hecho 28 de la demanda, los actos acusados condicionan la aprobación a la vigencia de las marcas, Pizza Hut, para distinguir servicios de restaurantes.

"El artículo 2º, literal e) de la Resolución general número 001 de 1982 del Comité de Regalías, y el artículo 6º, literal f) del Decreto reglamentario 1234 de 1972 hablan de la vigencia de títulos realmente existentes y no de la vigencia de registros o títulos aún no existentes.

'El artículo 68 de la Decisión 85 excluye de toda protección las marcas cuyas clases, como la 42, no han sido registradas.

"Basta una sencilla comparación de los actos acusados, frente a las normas superiores citadas, para llegar a la fácil conclusión de que no pueden existir actos de aprobación de contratos de licencia de marcas condicionados a la inexistente vigencia de un inexistente registro de propiedad industrial".

Como la demanda que antecede reúne los requisitos formales de la ley, procede su admisión.

En cuanto a la suspensión provisional impetrada por el actor, el Despacho hace las siguientes

Consideraciones:

I. El actor prueba sumariamente el perjuicio actual y potencial, mediante las fotocopias autenticadas de los certificados expedidos por la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio (fls. 82 a 85), en los cuales consta que se encuentra depositada como marca y como enseña comercial en la clase 42 del Decreto 755 de 1972, diferentes expresiones que tienen o guardan relación con el fondo de la *litis* aquí entrabada y a favor del actor.

Las pruebas aportadas legitiman al actor en la acción que pretende y permite al mismo tiempo el estudio de la suspensión provisional que impetra de la Corporación.

II. La Ley (Decreto 444 de 1967) y el reglamento que de ella expidió el Gobierno nacional (Decreto 1234 de 1972), exige para la aprobación de los contratos de transferencia de tecnología, uso de marcas, patentes y similares, se aporten ciertos documentos entre los cuales está el consagrado en el literal f) del artículo 1º del Decreto 1234 de 1972: "Vigencia de la patente o patentes".

Este artículo fue desarrollado, para efectos del procedimiento a realizar, por el Comité de Regalías, mediante la Resolución general 001 de 1982 en cuyo artículo 2º se determinó:

"La solicitud de aprobación de los contratos a que se refiere el artículo anterior deberá ser formulada por las partes contratantes o por el apoderado que hayan designado para tal efecto, acompañada de los siguientes documentos:

"a) ...; b) ...; c) ...; d) ...;

"e) Cuando se trata de contratos que amparan la explotación de marcas y/o patentes los interesados deben presentar el título de propiedad industrial o en su defecto la certificación expedida por la División de Propiedad Industrial donde conste que se encuentra en tramitación la renovación de la(s) marca(s) o patente(s)".

Por su parte, el artículo 35, inciso 3º del Decreto 01 de 1984, consagra:

"Cuando el peticionario no fuere el titular del interés necesario para obtener lo solicitado o pedido, las autoridades negarán la petición y notificarán esta decisión a quienes aparezcan como titulares del derecho invocado, para que puedan hacerse parte durante la vía gubernativa, si la hay".

La concordancia de las normas antes transcritas, debe hacerse frente a los actos acusados, para encontrar la flagrancia de la violación de un solo golpe, es decir, a primera vista que surja del enfrentamiento que se hace de los actos acusados y las normas invocadas como infringidas.

III. *Los actos acusados.*

La petición de suspensión provisional está dirigida contra los siguientes apartes de las Actas números 749, 770 y 777 del Comité de Regalías que aparecen a folios 52-53, 56 y 59-60, respectivamente y en su orden. Expresan los aludidos apartes lo siguiente:

"Acta número 749 de junio 19 de 1984.

"3º Solicitud de aprobación al proyecto de contrato sobre licencia de uso marca sin pago de regalías celabrado entre Pepsi-Cola Panamericana S. A. de Bogotá, y Pizza Hut Inc. de Estados Unidos.

"El objeto del contrato es un derecho no exclusivo y libre de regalías para utilizar el sistema de restaurantes y las marcas Pizza Hut vigente en Colombia.

"El Comité de Regalías una vez analizado el memorando presentado por la Secretaría Técnica y con base en los planteamientos formulados por los miembros, decidió aprobar el contrato en estudio por el término de cinco (5) años contados a partir de marzo 15 de 1984 sin el pago de ningún tipo de regalías presentes ni futuras, quedando condicionado el período de aprobación a la vigencia de las marcas.

"Las partes deben estipular que el contrato se regirá e interpretará por las leyes colombianas; modificar el artículo 7º para especificar que a la terminación del contrato descontinuará el uso de las marcas pero no el sistema de restaurantes.

"Contra la presente decisión procede el recurso de reposición interpuesto dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de notificación".

"Acta número 770 de diciembre 4 de 1984.

"11. Solicitud de aprobación a la modificación al contrato suscrito por Pepsi-Cola Panamericana y Pizza Hut Inc. de Estados Unidos.

"La Secretaría Técnica informa que según Acta número 749, el Comité decidió aprobar el contrato, debiendo estipular que se regirá e interpretará por las leyes colombianas; modificar el artículo 7º para especificar que a la terminación del contrato descontinuará el uso de las marcas pero no el sistema de restaurantes.

"Los interesados envían el contrato con las modificaciones solicitadas por el Comité, debidamente firmado y legalizado.

"El Comité de Regalías una vez analizado el informe de la Secretaría Técnica y con base en los planteamientos formulados por sus miembros, decidió aprobar el contrato por el término de cinco (5) años contados a partir de 15 de marzo de 1984 sin el pago de ningún tipo de regalías presentes ni futuras, quedando condicionado el período de aprobación a la vigencia de las marcas".

"Acta número 777 de febrero 12 de 1985.

"7º Recurso de reposición interpuesto contra la decisión del Comité de Regalías, con relación al contrato suscrito por Pepsi-Cola Panameriana S. A. y Pizza Hut Inc.

"La Secretaría Técnica informa que según consta en el Acta número 770, el Comité aprobó el contrato sin pago de regalías presentes ni futuras, quedando condicionado el período de aprobación a la vigencia de las marcas.

"Los interesados interponen recurso de reposición únicamente en la parte de la decisión que dice contados a partir de 13 de marzo de 1984, fecha en que no existía un acuerdo de voluntades, el contrato fue firmado sólo hasta el 5 de septiembre de 1984, por lo tanto solicita se apruebe a partir de 2 de octubre de 1984.

"El Comité de Regalías una vez analizado el memorando preparado por la Secretaría Técnica y con base en los planteamientos formulados por sus miembros, decidió acceder a lo solicitado y en consecuencia aprueba el contrato por el término de cinco (5) años contados a partir de 2 de octubre de 1984 sin el pago de ningún tipo de regalías presentes o futuras, quedando condicionado el período de aprobación a la vigencia de las marcas.

"Declárase agotada la vía gubernativa".

IV. *Las pruebas aportadas.*

Al folio 80 del expediente aparece fotocopia del certificado expedido por la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, aportada con la demanda, en el cual se expresa por dicha entidad:

"Que bajo el expediente número 214.749 se *tramita* a favor de Pizza Hut Inc. domiciliada en Wichita, Kansas, E.U.A. la marca 'Pizza Hut' para la clase 42 del Decreto 755 de 1972 y se encuentra *solicitada* desde *agosto 11 de 1982.*

"*Observaciones:* El título no se ha concedido pues el expediente se encuentra en trámite".

V. Para resolver:

Es evidente que en el momento de aprobación del contrato, según el Comité de Regalías, el objeto mismo del contrato era "para utilizar el sistema de restaurantes y las marcas Pizza Hut vigente en Colombia" (segundo párrafo del ordinal 3º del Acta número 749, fl. 52 *in fine*).

Si como lo expone el actor, la aprobación contenida en las actas demandadas y cuya suspensión se solicita ahora, se hizo con base en el registro de una marca cuya aprobación no estaba vigente, sino que el expediente contentivo de la solicitud estaba en trámite, según la certificación dada por la División de Propiedad Industrial, no cabe la menor duda para el Despacho que hay una manifiesta y directa violación de las normas invocadas como infringidas por los actos acusados, a la cual se llega por la simple comparación de los actos frente a aquellas.

Si la norma exige la existencia de una marca vigente aprobada por la autoridad competente, o en su defecto, la certificación de que la renovación de la marca se encuentra en trámite, y en el caso en estudio no existe la primera, se violó el artículo 1º, literal f) del Decreto reglamentario 1234 de 1972, el artículo 35, inciso 3º del Decreto 01 de 1984 y de contera, la Resolución general 001 de 1982, del mismo Comité de Regalías, por aprobar un contrato sin uno de los requisitos exigidos, la marca vigente o la renovación en trámite.

Por lo expuesto, el Despacho

Decide:

1º Admitir la demanda de restablecimiento del derecho presentada por conducto de apoderado, por el señor Ancízar Gutiérrez Baquero contra las Actas números 749, 770 y 777 de junio 19 y diciembre 4 de 1984 y febrero 12 de 1985, respectivamente, del Comité de Regalías del Ministerio de Desarrollo Económico.

Como consecuencia de la admisión:

a) Notifíquese personalmente al señor Fiscal Primero de la Corporación;

b) Notifíquese personalmente al señor Ministro de Desarrollo Económico y al Superintendente de Industria y Comercio;

c) Notifíquese personalmente al representante de la sociedad Pizza Hut Inc., en la calle 35 número 7-25 piso 4º, de Bogotá;

d) Fíjese el negocio en lista por el término legal;

e) Solicítense a la Secretaría Técnica del Comité de Regalías (División de Industrias de la Superintendencia de Industria y Comercio), el envío de los antecedentes administrativos que dieron origen a la aprobación contenida en las Actas números 749, ordinal 3º, 770, ordinal 11 y 777, ordinal 7º, acusadas en el presente proceso.

2º *Suspender provisionalmente* las decisiones contenidas en los siguientes actos administrativos, expedidos por el Comité de Regalías del Ministerio de Desarrollo Económico:

a) Ordinal 3º del Acta número 749 de junio 19 de 1984;

b) Ordinal 11 del Acta número 770 de diciembre 4 de 1984; y

c) Ordinal 7º del Acta número 777 de febrero 12 de 1985.

3º La suspensión provisional decretada se extinguirá conforme a las previsiones del artículo 156 del Código Contencioso Administrativo y su pronunciamiento será oficioso.

4º Reconócese al doctor Helmer Zuluaga Vargas como apoderado judicial del señor Ancízar Gutiérrez Baquero, en los términos del poder otorgado.

Notifíquese y cúmplase.

Luis Antonio Alvarado Pantoja.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

AGENTES DIPLOMATICOS Y CONSULARES.— Importación de vehículos.

Los automóviles que se permite importar al país por los funcionarios señalados, no están sometidos a ningún precio máximo. Luego no es dable que se establezca alguno, por circulares.

SUSPENDESE PROVISIONALMENTE los efectos de las Circulares números P/C 410 de 2 de octubre de 1986 P/C 246 de 12 de julio de 1987 expedidas por el Director General de Protocolo del Ministerio de Relaciones Exteriores.

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

Consejero ponente: *Doctor Simón Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Proceso número 898. Actora: Sociedad Autogermana S. A.

El ciudadano y abogado doctor Juan Manuel Arboleda Perdomo, actuando en nombre propio y en el de la Sociedad Autogermana S. A., según poder otorgado por esta última (fls. 1 y 25), en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, ocurre ante esta Corporación para demandar la nulidad, con solicitud de suspensión provisional, de las Circulares números P/C 410 de 2 de octubre de 1986 y P/C 246 de 12 de julio de 1987, expedidas ambas por el Director General de Protocolo del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Mediante la Circular P/C 410 y con fundamento en el artículo 4º del Decreto legislativo 3135 de 1956, se fijan los límites "en el valor FOB para la importación de vehículos automotores para los honorables Miembros del Cuerpo Diplomático y Consular..." Y mediante la Circular P/C 246 se hace otro tanto en relación con funcionarios de los Organismos Internacionales y de Asistencia Técnica acreditados ante el Gobierno de Colombia.

Consideraciones:

I. La demanda reúne los requisitos exigidos por la ley para su aceptación y así se proveerá.

II. Acerca de la suspensión provisional deprecada observa el Despacho:

La sustentó el actor en los siguientes términos:

"Suspensión provisional.

"Con fundamento en el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, solicito se sirvan suspender provisionalmente los actos acusados, suspensión que fundo en:

"1º El Decreto legislativo 3135 de 1956, adoptado como legislación permanente por la Ley 141 de 1961, establece los Privilegios y Prerrogativas de los agentes diplomáticos acreditados en Colombia.

"2º Entre los privilegios que tal ley establece, está el de importar vehículos automotores exentos de pago de derechos e impuestos y sin sujeción a precio o condiciones distintas a las determinadas por los artículos 31 a 40 que se resumen en: Número de vehículos, plazos para la venta con y sin franquicia, formulario especial de importación, inscripción en protocolo y procedimiento para su venta.

"3º El Ministerio de Relaciones Exteriores por conducto de la Dirección General de Protocolo, fijó mediante las notas circulares P/C 410 de 1986 y P/C 246 de 1987 los precios máximos FOB de los vehículos que pueden ser importados por los agentes diplomáticos acreditados ante el Gobierno nacional.

"4º Las circulares que fijaron tales precios violan de manera ostensible los artículos 20, 120 numeral 3º de la Constitución nacional, artículos 1º, 4º, 31 a 40 del Decreto legislativo 3135 de 1956 y 84 del Código Contencioso Administrativo, porque:

"a) La ley no estableció como condición que tales importaciones se sujetarían a los precios que ella o el Gobierno señalaran;

"b) El funcionario que expidió las circulares no tiene competencia para reglamentar la ley, toda vez que ella es privativa del señor Presidente de la República;

"c) Las notas circulares acusadas modifican la ley, al establecer condiciones que ella no contempla. La ley no puede ser modificada sino por otra ley o por la Constitución;

"d) La importación de los automotores no está sujeta al régimen de reciprocidad, sino que es un derecho de todos los agentes diplomáticos.

"Reitero, por lo aquí expuesto, la solicitud de suspensión provisional de los actos acusados" (fls. 19 y 20).

Se considera:

La Circular P/C 410 se apoya en el artículo 4º del Decreto legislativo 3135 de 1956 "por el cual se determinaron los privilegios y prerrogativas de los agentes diplomáticos y consulares acreditados en Colombia" y que es del siguiente tenor:

"La aplicación de régimen de reciprocidad internacional compete únicamente al Ministerio de Relaciones Exteriores, el cual, por conducto de la Dirección General del Protocolo, podrá ampliar o restringir determinadas prerrogativas, en aquellos casos en que a juicio del Gobierno se requiera, y absolver cualquier duda que surja sobre la interpretación de las disposiciones aquí consignadas".

Entre los privilegios concedidos a tales funcionarios y dentro del captíulo de exenciones aduaneras está el acápite 3 denominado "automotores" (arts. 31 a 40) en que se dispone que los funcionarios diplomáticos podrán importar libre de derechos de aduana y adicionales, cada dos años un automóvil para su uso particular, salvo el Jefe Titular de la Misión Diplomática, quien podrá importar dos automóviles, previa causa justificada" (art. 31). Este precepto es repetido por el Decreto 232 de 11 de febrero de 1967 "por el cual se reglamenta el régimen de importación de vehículos destinados al uso oficial o personal de los miembros de las Misiones Diplomáticas y Consulares, o de los representantes de Organizaciones Internacionales y de Asistencia Técnica, debidamente acreditados en el país" (art. 1º).

Para los funcionarios consulares el artículo 8º del Decreto 232 previene igualmente la importación de vehículos para su uso particular cada cuatro (4) años libres de impuesto de aduana.

En relación con los funcionarios a que se contrae la otra Circular P/C 246, esto es, pertenecientes a Organismos Internacionales y de Asistencia Técnica, hay lo siguiente:

El Director y Subdirector titulares de la Sede Regional de un organismo y el representante principal de cada una de las Organizaciones Internacionales acreditadas en el país, podrán introducir un vehículo exento de derechos de aduana para su uso particular cada dos años (art. 8 del Decreto 232). Los demás funcionarios dentro de esta clase tendrán igual prerrogativa pero por una sola vez (art. 10 *ibídem*).

Como se ve del ordenamiento citado, los automóviles que se permite importar al país por los funcionarios señalados, no están sometidos a ningún precio máximo. Luego no es dable que se establezca alguno, como ocurre en las circulares acusadas. Y en cuanto hace al sustento que éstas pudieran tener en el artículo 4º del Decreto 3135 de 1956, se anota que tampoco puede servir de apoyo por las siguientes razones:

Dicho artículo 4º se refiere al régimen de reciprocidades internacionales, lo que de suyo entraña, como lo acotó la parte actora, que ellas miren a los sistemas que sobre la materia establezcan los distintos países, para en cada caso determinar la reciprocidad que corresponda al Gobierno colombiano frente a cada uno de ellos.

Luego no es dable concebir un *régimen uniforme* de reciprocidades con todos los países a los cuales representan los funcionarios diplomáticos en cuestión, cual es lo previsto en las Circulares enjuiciadas.

Además en ninguna parte de éstas se dice que se dictan para regular reciprocidades de privilegios. Más aún: La norma exige que no obstante atribuir las determinaciones sobre prerrogativas al Director General de Protocolo, ello será "a juicio del Gobierno" que en el caso *sub júdice* lo conforman el señor Presidente de la República y el Ministro de Relaciones Exteriores (art. 57 de la Carta Política). Y no aparece en tales Circulares que se hubieran adoptado teniendo en cuenta ese "juicio".

De donde resulta en conclusión que las Circulares impugnadas al pretender establecer topes de precios a los vehículos importados por los funcionarios mencionados, desconocen la inexistencia de límites que al respecto contempla el Decreto 232 de 1967. Fuera de que tampoco son aplicables a las mismas los presupuestos que conforman el artículo 4º del Decreto 3135 de 1956.

Por ello habrá el Despacho de suspender provisionalmente los efectos de dichas Circulares por darse el quebranto ostensible de normas superiores, según lo previene el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo.

En mérito de lo expuesto esta Sala Unitaria decide lo siguiente:

1º Admítese la demanda anterior contra las Circulares números P/C 410 de 2 de octubre de 1986 y P/C 246 de 12 de julio de 1987 dictadas ambas por el señor Director General de Protocolo del Ministerio de Relaciones Exteriores y que promueve el actor en nombre propio y en nombre de la Sociedad Autogermana S. A.

Para su trámite se dispone:

a) Notifíquese personalmente el auto admisorio de la demanda al señor Fiscal Primero de la Corporación;

b) Notifíquese personalmente al señor Ministro de Relaciones Exteriores, con entrega de copia de la demanda y sus anexos;

c) Fíjese este asunto en lista por el término de diez (10) días para que la parte demandada y los intervinientes puedan contestar la demanda, proponer excepciones y solicitar la práctica de pruebas;

d) Solicítese al Ministerio de Relaciones Exteriores los antecedentes administrativos del acto acusado, si los hubiere;

e) Suspéndese provisionalmente los efectos de las Circulares números P/C 410 de 2 de octubre de 1986 P/C 246 de 12 de julio de 1987 expedidas ambas por el señor Director General de Protocolo del Ministerio de Relaciones Exteriores;

f) Reconócese como parte demandante en el presente proceso al doctor Juan Manuel Arboleda Perdomo en nombre propio y a la Sociedad Autogermana S. A., en cuyo nombre y representación actúa también aquél.

Notifíquese y cúmplase.

Simón Rodríguez Rodríguez, Consejero de Estado.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.— LEGITIMACION ACTIVA. Prueba.

Cuando se pretende una indemnización del Estado por daño en un inmueble, la prueba para la legitimación activa la constituye la copia de la escritura pública de adquisición acompañada del certificado de libertad.

DEMANDA. CUANTIA.— Estimación razonada.

Cuando el Código Administrativo exige la estimación razonada de la cuantía en su artículo 137, numeral 6, no está imponiendo una carga sin sentido. Está invitando al demandante a que concrete, estime o evalúe lo que pretende le sea reconocido.

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

Consejero ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente número 4665. Minas. Actor: Mario Ríos del Valle y otros.

En escrito de 21 de marzo de 1988 los señores Oscar Ríos del Valle y otros, en ejercicio de la acción de restablecimiento, solicitan:

"A) Que es nula la Resolución número 002515 expedida el 5 de diciembre de 1984 por el Ministerio de Minas y Energía por medio de la cual otorga permiso número 6040 a 'Metromezclas de Medellín Ltda.' para la exploración y explotación de anfibolita en una zona de 30 hectáreas situada en el municipio de Copacabana, Antioquia;

"B) Que como consecuencia se condena a la Nación a indemnizar los perjuicios materiales y morales ocasionados a cada una de las siguientes personas: César Ríos del Valle, Bertha Ríos del Valle, Lucía Ríos del Valle, Luz Elena Ríos del Valle, Argemiro Ríos del Valle, Ofelia Ríos del Valle, Gabriela Ríos del Valle, Gilberto Ríos del Valle, Oscar Ríos del Valle, Mario Ríos del Valle, y María del Rosario Duque, mediante el pago de las sumas de dinero que determine el honorable Consejo de Estado con base en las pruebas del proceso y según su ilustrado criterio de apreciación de los perjuicios morales;

"C) *Subsidiaria.* Para el caso de que el proceso no arroje luces suficientes sobre la cuantía de la indemnizcaión:

"Que, como consecuencia, se condena en abstracto a la Nación a pagar los perjuicios ocasionados a cada una de esas personas, en la cuantía que se determine como se dispone en los artículos 172 y 178 del Decreto 01 de 1984, artículos 307 y 308 del Código de Procedimiento Civil".

En la demanda se narran, en síntesis, los siguientes hechos:

a) Que los señores Oscar, César, Bertha, Gilberto, Lucía, Luz Elena, Argemiro, Ofelia, Gabriela y Marío Ríos del Valle son propietarios inscritos de dos lotes de terreno en la vereda Ancón, Municipio de Copacabana (Antioquia), con matrículas inmobiliarias números 012-0012274 y 012-0012-275 de la Oficina de Registro de Instrumentos de Girardota;

b) Que la señora María del Rosario Duque es igualmente dueña de otro lote enclavado en los anteriores;

c) Que a lindes con el primer lote de los Ríos del Valle existe otro lote ocupado, no se sabe a qué título, por la sociedad Metromezclas de Medellín Ltda., sociedad formada por entes públicos pero sometida al derecho privado;

d) Que la región donde están situados los predios mencionados está conformado en su subsuelo por roca, cuyo nombre técnico es la anfibolita;

e) Que por espacio de más de 40 años, los Ferrocarriles han mantenido en explotación dicha piedra, para el sostenimiento de sus vías férreas, sin invadir predios ajenos;

f) Que Metromezclas luego de ocupar el lote continuó con su explotación, pero ya para la producción de mezcla asfáltica;

g) Que no contenta con lo que tenía invadió los terrenos ajenos, en forma arbitraria;

h) Que ante el reclamo de los dueños se inició negociación de venta del inmueble; la que fracasó por culpa del Municipio de Medellín;

i) Que el 31 de enero de 1985 se enteraron los demandantes que el Ministerio de Minas había concedido permiso a Metromezclas de Medellín Ltda., para la explotación de "yacimientos de anfibolita" en una zona demarcada por un polígono dentro del cual quedaba inscrita no sólo la mayoría de la finca "La Divisa" sino también el otro lote, el de la señora Duque y otros más;

j) Ese permiso se concedió mediante Resolución número 002515 (expediente 6040) de fecha 5 de diciembre de 1984, y publicado en el *Diario Oficial* el 6 de febrero de 1985. En ella nada se advierte sobre el recurso y, al día siguiente, mediante auto se declaró su firmeza; olvidándose que contra dicha resolución cabía el recurso de reposición (art. 290 del Decreto 1275 de 1970 y 28 de la Ley 10 de 1961);

k) Que la resolución está viciada de nulidad y ha producido serios perjuicios a los actores.

El capítulo "Normas violadas y concepto de violación" desarrolla la fundamentación jurídica de las pretensiones en torno a los artículos 20 de la Constitución; 33 del Decreto 1275 de 1970; 6º del Decreto 2181 de 1972; Ley 51 de 1942; artículo 2º literal m del Decreto 3161 de 1968; y 659, 755, 843 y 2447 del Código Civil.

Cumplido el trámite de rigor y no existiendo causal alguna de nulidad qúe invalide lo actuado, se entra a decidir. Para ello, se considera:

Para la señora fiscal la resolución cuya nulidad se pretende no debe ser anulada por encontrarse en un todo conforme a la ley. De esa vista fiscal de 31 de agosto de 1988 (a fl. 290 y siguientes) se destaca:

> En primer lugar los demandantes se presentan en el juicio como propietarios de un lote de terreno, circunstancia esta que no demostraron pues no allegaron al expediente la escritura pública contentiva del título que los acredite como propietarios del mencionado lote. Aparece anexado únicamente el certificado de registro que por sí solo no demuestra propiedad. Así lo establecen las normas pertinentes del Código Civil artículos 699, 673, 756 y 2342.
>
> "Lo anterior impediría un pronunciamiento de fondo en el presente asunto.
>
> "Pero en la hipótesis de que la Sala considere, que existe prueba suficiente de legitimación en la parte que demanda, esta Fiscalía anota lo siguiente:
>
> "En la Resolución 002515 de diciembre 5 de 1984 que se acusa, y qué otorgó el permiso para explorar y explotar los yacimientos de anfibolita, únicamente se señala la extensión, que fue de 30 hectáreas y 1.902 metros cuadrados y en ella se dice que según los linderos que aparecen descritos en la Resolución número 001940 de septiembre 19 de 1984 visible al folio 118 del cuaderno uno. Pues bien, los linderos a que se refiere la resolución, determinan la zona objeto del permiso, lo que no quedó determinado en el proceso, fue la coincidencia entre la zona objeto del permiso y el terreno que se dice es de propiedad de los demandantes. Máxime si en la demanda se dice que parte de esos terrenos corresponden a un lote de propiedad de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia.
>
> "Respecto al problema jurídico que plantea la demanda consistente en afirmar que el Ministerio carecía de competencia para conceder el permiso en mención, por tratarse de la explotación de una cantera de piedra común, se anota que aunque en el aspecto teórico jurídico las argumentaciones de la actora resultan acertadas, para que prosperara el cargo hubiera sido necesario probar, que en el presente caso, la llamada anfibolita a que se refiere la Resolución 002515 de diciembre 5 de 1984 que otorgó el permiso es realmente la llamada piedra común.

"El hecho de que el mineral denominado anfibolita se utilice para mezcla asfáltica, no cambia la naturaleza del mismo. En el presente caso tanto el dictamen extraproceso, visible al folio 26 cuaderno uno, como el resultado de la visita técnica realizada por orden del Ministerio de Minas visible al folio 188 y siguientes del anexo, coinciden en afirmar, que se trata de una roca denominada anfibolita que en su composición mineralógica predomina la horblenda y la plagioclass, y como accesorios aparece el cuarzo y el óxido de hierro.

"Es decir, que no es la piedra común o el llamado cascajo que usualmente se extrae de las canteras y es utilizado como material de construcción. El mineral llamado anfibolita tiene otros componentes que la diferencian de la piedra común. Ahora bien, la circunstancia de que en este caso específico la anfibolita se esté utilizando para mezcla asfáltica, no cambia el hecho de que es anfibolita ni por eso deba ser considerada y tratada como piedra común. Pues no es la utilización de la materia lo que determina su naturaleza, ésta subsiste no obstante el uso que se le de, el que puede coincidir, como en el presente caso, con el uso que se le suele dar a la piedra común.

"Como únicamente la llamada piedra común está sustraída al régimen minero, y como la anfibolita por su composición no es piedra común, los permisos para la exploración y explotación de la misma corresponden al Ministerio de Minas y Energía".

Durante la instancia también alegaron las partes. El alegato de Metromezclas figura a folios 281 y siguientes; el del Ministerio de Minas, a folios 270 y siguientes; y el de conclusión del demandante a folios 265 y siguientes.

Tal como fue planteado el asunto y vistos los escritos de las partes y del Ministerio Público, estima la Sala que se deben dilucidar previamente dos aspectos: el primero que toca con la prueba de la legitimación de la parte actora; y el segundo, con la inclusión de los inmuebles que se afirma son de los demandantes dentro de la zona del permiso otorgado mediante la Resolución 002515 de 5 de diciembre de 1984, aquí impugnada.

Para la Sala la parte demandante no acreditó adecuadamente su legitimación. Los distintos litisconsortes, al presentarse al proceso como propietarios de los inmuebles afectados con la resolución demandada, debieron probar esa calidad en la forma exigida por la ley y no lo hicieron.

Para el efecto no se estima suficiente la copia del folio de matrícula inmobiliaria porque éste equivale o se asimila al certificado del registrador (artículo 54, inciso 2º del Decreto 1250 de 1970); y este, por sí solo, no acredita dominio, y es bien sabido que la prueba de la propiedad de los inmuebles requiere algo más que esa certificación, o sea la escritura pública (o título de adquisición).

La Sala ratifica su jurisprudencia, expuesta en similares términos en fallos como el de 20 de octubre de 1987 (proceso número 5025. Actor: Pedro José Sarmiento R.). Allí se lee:

"Ha dicho la Sala en forma reiterada que cuando alguien pretende una indemnización del Estado por daños en un inmueble (bien con motivo de obras o trabajos públicos o por hechos que pueden implicar el rompimiento del principio de la igualdad frente a las cargas públicas), debe precisar no sólo a qué título presenta la demanda, ya que puede ser propietario, usufructuario, habitador, arrendatario etc. etc., sino también acreditarlo en forma adecuada.

"En casos como el *sub judice,* en el que los actores alegan el carácter de dueños de los inmuebles que sufrieron daños por hechos de la administración, se ha exigido como prueba para la legitimación activa, la copia de la escritura pública de adquisición del inmueble acompañada con el certificado de libertad expedido por el registrador de instrumentos públicos. Se ha hecho esa doble exigencia, porque se estima que la escritura pública prueba la existencia del contrato pero no la tradición. Como también se ha sostenido que esa escritura con la nota de registro demuestra que se efectuó la tradición en favor del adquirente, pero no la vigencia del título de dominio en cabeza de la persona que quiera hacer valer judicialmente los derechos derivados de su propiedad. En otras palabras, con ese certificado del registrador se acredita la vigencia del título alegado por el demandante al momento de la presentación de la demanda y prueba de su legitimación activa".

Fuera del vacío probatorio anotado (la falta de las escrituras públicas correspondientes) el derecho de propiedad de la señora María del Rosario Duque, quien se afirma es dueña de otro predio igualmente afectado, situado entre los lotes de los señores Ríos del Valle, no fue demostrado en forma alguna ya que sólo se trajo al expediente la copia del folio de matrícula correspondiente (a fls. 160).

Los obstáculos analizados impiden el pronunciamiento sobre el fondo del litigio, porque la legitimación en la causa constituye un presupuesto material o sustancial de la sentencia de mérito.

Aunque lo precedente sería suficiente para resolver este asunto, en gracia a la amplitud del debate cabe observar también:

La demanda presenta un vicio de ineptitud en el *petitum,* en lo que toca con la pretensión indemnizatoria, por falta de discriminación frente a cada uno de litisconsortes que conforman la parte actora y que habría impedido la condena en el caso de que el asunto hubiera prosperado.

Cuando el Código Administrativo exige la estimación razonada de la cuantía en su artículo 137, numeral 6 (norma que hay que armonizar con el inciso final del 138 que exige la enunciación clara de la condena pretendida) no está imponiendo una carga sin sentido. Está invitando al demandante a que concrete, estime o evalúe lo que pretende le sea reconocido. Así, cuando formula varias pretensiones de restablecimiento (acumulación objetiva) las debe individualizar y cuantiar; porque la mayor será, además, el factor determinante para la fijación de la competencia por el factor objetivo de la cuantía. Y si debe hacerlo así cuando se presenta al proceso como demandante

singular, con mayor razón deberá hacerlo cuando la demanda presenta varios demandantes o litisconsortes activos (acumulación subjetiva) con pretensiones únicas o plurales (artículo 20 numeral 1º del Código de Procedimiento Civil).

En el estimativo que trae la demanda se habla en cifra superior a los 20 millones, sin explicación alguna, con lo que se entiende para todos los demandantes, ya que el libelo no permite precisar cuál sería su distribución entre los interesados, porque ni siquiera se habla de que los derechos de éstos eran de igual categoría y fueron afectados uniformemente. Tan cierta fue esa imprecisión que a simple vista y con base en lo simplemente afirmado, el derecho de la señora María del Rosario Duque no podía ser igual cuantitativamente al de los demás. Ni siquiera se indicó cuál es la pretensión mayor.

Y en gracia de discusión, si no existieran esos escollos, tampoco se habría podido acceder a las súplicas de la demanda por vacíos de carácter probatorio. Incumbíale a la parte demostrar, en primer término, que sus predios quedaron total o parcialmente cobijados dentro de la zona territorial objeto del permiso concedido por la Resolución 002515. En otras palabras, si hubo o no superposición entre los citados inmuebles.

Para el efecto la prueba por excelencia debió ser la inspección judicial.

Si bien es cierto el Tribunal administrativo de Antioquia practicó una inspección como prueba anticipada, con la pericial, no lo es menos que no se refirió al punto específico anotado atrás y se cumplió sin la citación o audiencia de la contraparte, por petición expresa del interesado, quien alegó para ello que aunque "la eventual contraparte sería la Nación (Ministerio de Minas); por las dificultades y el apremio del tiempo, ruego se practique la diligencia sin su citación, según permite el artículo 300 del Código de Procedimiento Civil".

La circunstancia de haberse practicado la inspección y el peritazgo sin audiencia de la Nación, reduce el valor demostrativo a un mero indicio (artículo 300 del Código de Procedimiento Civil).

Y si a esto se le suma que dentro de esa inspección no se hizo la confrontación de las distintas áreas (la del permiso y la de los lotes afectados) para clarificar el punto de la superposición, hay que concluir que el hecho quedó insuficientemente establecido.

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

Falla:

Deniéganse las súplicas de la demanda.

Costas a cargo de la parte demandante.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 23 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.

MILITARES.— Ascenso.

Solamente pueden optar al título de Oficial de Estado Mayor quienes realicen el curso de Estado Mayor y no el de Información Militar.

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

Consejera ponente: *Doctora Aydée Anzola Linares.*

Referencia: Expediente número 698. Resoluciones Ministeriales. Actor: José Joaquín Ardila Dimaté.

José Joaquín Ardila Dimaté, a través de apoderado y en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, en demanda presentada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, impetró la declaración de nulidad de la Resolución número 420 expedida el 9 de marzo de 1979 por el Ministro de Defensa Nacional, en cuanto por ella se le niega el otorgamiento del título de Oficial Diplomático en Estado Mayor y que, como consecuencia, se le restablezca en su derecho ordenando al citado Ministerio que le confiera el mencionado título a partir de 14 de octubre de 1971, con su inscripción en el Escalafón de Oficiales del Ejército Nacional; se le expida el Diploma respectivo y se le tenga en cuenta dicho título para todos los efectos legales relacionados con su carrera profesional de oficial del Ejército Nacional, con el reconocimiento y pago de haberes de actividad y prestaciones sociales desde la citada fecha.

Esa demanda se fundamentó en los hechos visibles a folios 24 a 26 del cuaderno principal.

Se citaron como normas violadas, y el respectivo concepto de su violación, los artículos 16, 17, 30, 45 y 169 de la Constitución Nacional; 1º y 18 del Decreto 2733 de 1959; 45, inciso 2º, 46, 47 y 70 del Decreto 3071 de 1968; 42, 25, 26, 30 y 32 del Decreto 73 de 1970 (fls. 26 a 39 del cuaderno principal).

La demanda fue admitida y tramitada por dicho Tribunal, hasta proferir su sentencia de 23 de julio de 1982 que accedió a las súplicas de la demanda en la cual se consideró, en síntesis, que: "Estando como lo están debidamente acreditados los hechos en los cuales se funda la demanda, por cuanto es verdad procesal que cuando el actor fue llamado a curso de Teniente Coronel tenía la calidad de Abogado titulado, era Oficial de los Servicios Especiales de Justicia, aprobó debidamente el curso de Información Militar y estos hechos se cum-

plieron cuando aún no regía el Decreto extraordinario 2337 de 1971, dentro de las circunstancias analizadas, tendrán que prosperar las pretensiones de la demanda. Por lo que el acto acusado resulta violatorio del artículo 45 del Decreto 3071 de 1968, al darle a esa norma que tiene fuerza de ley, una interpretación equivocada" (fl. 73, cuaderno principal).

Esa sentencia fue apelada por la entidad demandada, originando la segunda instancia que se tramitaba en esta Corporación cuando el expediente resultó destruido durante los trágicos hechos de 6 y 7 de noviembre de 1985.

Reconstruido el expediente, se dispuso que quedaba en estado de proferirse sentencia de segunda instancia, a lo cual se procede no observándose causal alguna de nulidad procesal, previas las siguientes

Consideraciones:

El asunto *sub júdice* consiste en dilucidar si el actor tiene derecho a optar al título de "Oficial Diplomático en Estado Mayor", a fin de que se tenga en cuenta dicho título para los efectos legales relacionados con su carrera profesional militar de Oficial de su correspondiente Arma, junto con el reconocimiento y pago de haberes de actividad y prestaciones sociales desde el 14 de octubre de 1971 con apoyo en lo dipuesto en los artículos 45, inciso 2º, 46, 47 y 70 del Decreto 3071 de 1968 y 24, 25, 26, 29, 30 y 32 del Decreto 73 de 1970; normas invocadas en la demanda como fundamento jurídico.

El Decreto extraordinario 3071 de 1968, prescribe:

"Artículo 45. Para ascender al grado de Teniente Coronel o Capitán de Fragata se requiere hacer y aprobar un curso que se denominará 'Curso de Estado Mayor', el cual se llevará a cabo en la Escuela Superior de Guerra de Colombia y tendrá una duración mínima de diez (10) meses, de acuerdo con reglamentación que expida el Gobierno".

"Los Oficiales de los Servicios con título universitario de Facultad Mayor que no efectúen el curso de Estado Mayor a que se refiere este artículo para ascender al grado de Teniente Coronel o Capitán de Fragata, deberán hacer y aprobar un curso de 'Información Militar' en la Escuela Superior de Guerra de Colombia, con una duración mínima de doce (12) semanas, de acuerdo con reglamentación que expida el Gobierno".

El Decreto 073 de 1970, reglamentario de algunas disposiciones del Decreto 3071 de 1968, dice:

"Artículo 24. El curso de Estado Mayor tiene por objeto capacitar al Oficial para desempeñarse eficientemente en los Estados Mayores de todos los niveles".

"Artículo 25. Para ser admitido al curso de Estado Mayor se requiere llenar los siguientes requisitos:

"a) Ser seleccionado por el respectivo Comando de Fuerza, con base en sus condiciones profesionales, morales e intelectuales; selección que se efectuará con seis (6) meses de anticipación a la presentación de examenes de ingreso;

"b) Obtener un promedio de clasificación no inferior a Lista tres (3) durante los años que lleve en el grado de Mayor o Capitán de Corbeta;

"c) Tener un mínimo de dos (2) años de antigüedad en el grado;

"d) Presentar exámenes de ingreso en la Escuela Superior de Guerra sobre las materias que este Instituto determina en la directiva anual, aprobada por el Comando General de las Fuerzas Militares. El valor de estos exámenes será el siguiente:

"1. El promedio de todas las calificaciones se computará con un valor del diez por ciento (10%) del total del curso.

"2. La calificación obtenida en cada materia, se computará como un examen de los que se programen para evaluar los conocimientos sobre la respectiva asignatura, o de otra afín, de acuerdo con lo que determine la Dirección de la Escuela de la directiva anual".

"Artículo 26. El Comando General de las Fuerzas Militares, determinará anualmente el cupo de oficiales que le corresponda a cada Fuerza en el Curso de Estado Mayor. Los Comandantes de Fuerza comunicarán al Comando General la relación de los Oficiales seleccionados para llenar dichos cupos. El Comando General propondrá al Ministerio de Defensa Nacional la disposición legal integrada".

Según las normas transcritas, vigentes cuando el actor adelantó el curso de "Información Militar", entre el 16 de julio y el 14 de octubre de 1971, aprobado por Resolución número 05816 de 1971 (fl. 60, cuaderno principal), se tiene lo siguiente:

"Para ascender al Grado de Teniente Coronel o Capitán de Fragata, el artículo 45 del Decreto 3071 de 1968 estableció la posibilidad de adelantar uno de los dos cursos a saber: a) El de *Estado Mayor*, previsto para toda clase de oficiales, de las armas y de los servicios, con o sin título universitario y, b) El de *Información Militar*, previsto con exclusividad para los oficiales de los servicios con título universitario que no efectúen el de Estado Mayor".

De otro lado el artículo 47 del citado Decreto 3071 de 1968, dispuso: "Quienes en el 'Curso de Estado Mayor' obtengan un cómputo general mínimo de ochenta sobre cien (80/100) y nota no inferior de setenta sobre cien (70/100) en cada una de las materias que conforman el programa de instrucción, optarán al título de Oficiales de Estado Mayor", el cual genera, con arreglo al artículo 70 *ibídem*, el derecho a la prima mensual de Estado Mayor.

Como se ve, las normas referidas exigen uno de los dos cursos como requisitos para ascender al grado de Teniente Coronel o de Capitán de Fragata. Pero, la situación cambia para optar el título de Oficial de Estado Mayor, pues según el artículo 47 aludido solamente pueden obtener ese título quienes realicen el curso de Estado Mayor

y no el de Información Militar. Y sobre el tema aparece de perogrullo que si el actor no adelantó el primero sino el segundo fue porque se le seleccionó para éste y no para aquél conforme a los literales a) de los artículos 25 y 3 del Decreto 073 de 1970, ya transcritos.

No es cierto como lo afirma el demandante, que la legislación que regía le daba el derecho que reclama. Es más: Desde la Ley 126 de 1959, la situación ha sido igual.

Además, observa la Sala que para que el demandante hubiera tenido derecho a adelantar el Curso de Estado Mayor a fin de obtener el título de Oficial Diplomado en Estado Mayor y la prima correspondiente, habría sido necesario que oportunamente hubiera impugnado el acto que tácitamente no lo seleccionó con ese fin para que, en su lugar, hubiera sido seleccionado. Pero, ello no ocurrió, o, por lo menos, en el proceso no hay noticia al respecto.

Entonces, necesario es concluir que el curso de Información Militar aprobado por el actor en 1971, no puede producir los mismos efectos del curso de Estado Mayor que no adelantó y frente a los mandatos del artículo 70 del Decreto 3071 aludido esos dos cursos no pueden equipararse para los efectos de la prima de Estado Mayor, como lo pretende el demandante.

A iguales conclusiones ha llegado la Sección Segunda en las sentencias anteriores.

En estas condiciones deberá la Sala revocar el fallo apelado y, en su lugar, negar las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo dicho, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Revócase la sentencia apelada y, en su lugar, se dispone:

Niéganse las pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

El anterior proyecto fue estudiado y aprobado por la Sala en sesión celebrada el día 7 de octubre de 1988.

Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna.

Miguel Antonio Perilla P., Secretario.

ACTO ADMINISTRATIVO.— Obligatoriedad.

La obligatoriedad del acto administrativo de carácter general está supeditada a que sea publicada en un medio de comunicación legalmente idóneo; no puede regir a partir de la fecha de su expedición.

SUSPENDESE PROVISIONALMENTE los efectos del artículo 2º de la Resolución número 0876 de 1988 expedida por el Ministerio de Desarrollo Económico.

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

Consejero ponente: *Doctor José Ignacio Narváez García.*

Referencia: Expediente número 2288. Actor: Ignacio Escobar Uribe.

Autoridades Nacionales. Acción de nulidad y suspensión provisional contra el literal i) del artículo primero; el artículo 2º de la Resolución número 0876 de 6 de septiembre de 1988 expedida por el Ministerio de Desarrollo Económico. Auto.

El doctor Ignacio Uribe Escobar, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, ha instaurado demanda para que se declaren nulos el literal i) del artículo 1º y el artículo 2º de la Resolución número 0876 de 6 de septiembre de 1988 expedida por el señor Ministro de Desarrollo Económico. Solicita así mismo la suspensión provisional del mencionado artículo 2º y al efecto expone:

"De conformidad con lo previsto en los artículos 152 y 154 del Código Contencioso Administrativo, solicito que se decrete la suspensión provisional del artículo segundo (2º) de la Resolución número 0876 de 6 de septiembre de 1988 expedida por el Ministro de Desarrollo Económico. Sustento mi petición en el hecho claro y evidente de que el artículo cuya suspensión provisional solicito, contradice de manera flagrante el inciso primero del artículo 43 del Código Contencioso Administrativo. A través de una sencilla comparación de los artículos 43 (inciso primero) del Código Contencioso Administrativo y 2 de la Resolución impugnada, se percibe de un solo golpe de vista la violación de norma superior, pues el artículo 2º establece la vigencia de la Resolución número 0876 a partir de 6 de septiebbre de 1988, es decir, la fecha de su expedición, en tanto que el artículo 43 del Código Contencioso

Administrativo dispone perentoriamente que actos administrativos como el que nos ocupa, sólo serán obligatorios para los particulares a partir de su publicación".

Como la demanda reúne los requisitos formales exigidos por la ley, debe ser admitida.

En cuanto a la suspensión provisional pedida, es evidente que el artículo 4º del Decreto reglamentario 753 de 1972 adscribió al Ministerio de Desarrollo Económico la función de fijar, mediante Resolución, "las tarifas para las publicaciones que, por mandato legal, deban efectuarse en la Gaceta de Propiedad Industrial". Pero no es menos verdadero que cuando tal acto administrativo se produce, ostenta carácter general y, por ende, su obligatoriedad está supeditada a que sea publicada en un medio de comunicación legalmente idóneo, como los indicados en el primer inciso del artículo 43 del Código Contencioso Administrativo. Ciertamente un acto de tal naturaleza no puede regir "a partir de la fecha de su expedición", salvo en el caso eventual de que ésta coincida con la fecha de su publicación. De manera que como el artículo segundo de la Resolución 0876 de 1988 a que se contrae la demanda, dispone que su vigencia empieza el día en que fue expedida, se ha violado ostensiblemente el precepto antes invocado del Código Contencioso Administrativo. Y como además la acción es de nulidad, la suspensión ha sido impetrada y sustentada explícitamente y no está prohibida por la ley, los efectos del citado artículo 2º en su doble dimensión de señalar la fecha entrada en vigencia y de derogar la Resolución número 039 de febrero 7 de 1983, deben ser suspendidos.

En mérito de lo expuesto, la Sala Unitaria resuelve:

1º Admítese la demanda presentada en su propio nombre por el doctor Ignacio Escobar Uribe y para su trámite se dispone:

a) Notifíquese personalmente al señor Ministro de Desarrollo Económico;

b) Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público;

c) Cumplidas las notificaciones ordenadas, fíjese en lista por el término de diez (10) días para que la entidad demandada conteste la demanda y ella, así como cualquier coadyuvante o impugnador, propongan excepciones o soliciten la práctica de pruebas.

2º Decrétase la suspensión provisional de los efectos del artículo 2º de la Resolución número 0876 de 1988 expedida por el Ministerio de Desarrollo Económico.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

José Ignacio Narváez García.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

SERVIDUMBRE MINERA.—

El conocimiento de los conflictos relacionados con servidumbres mineras está atribuido por la ley y los alcaldes municipales del sitio en que se encuentre la mina y a la jurisdicción civil ordinaria conforme lo dispone el estatuto minero. No aparece norma legal que atribuya al Ministerio de Minas y Energía competencia alguna para declarar el goce de servidumbres mineras y regular las condiciones de ese ejercicio.

SE DECLARA LA NULIDAD de los artículos primero, cuarto, quinto y sexto de la Resolución 000220 de febrero 20 de 1985, originaria del Ministerio de Minas y Energía, y del artículo único de la Resolución 00763 de 12 de julio de 1985, proferida por el mismo Ministerio, en cuanto confirmó los artículos primero, cuarto, quinto y sexto de la mencionada Resolución 000220.

EXPLORACION Y EXPLOTACION DE YACIMIENTOS CARBONIFEROS.— Permiso.

No podía la administración cancelar el permiso de que eran titulares los demandantes para la exploración y explotación de yacimientos carboníferos, dentro de los mismos actos que resuelve su oposición a que se les imponga una servidumbre de mina a mina por procedimientos totalmente reñidos con la ley.

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 Carlos Ramírez Arcila.*

(Proyectó Magistrado Auxiliar: Doctor Héctor Alvarez Melo).

Referencia: Expediente número 4770. Actor: Bernarda Concepción Escobar Restrepo.

Los señores Bernarda Concepción, Rafael Guillermo, Cecilia, Antonio Angel y Ana del Carmen Escobar Restrepo; Hernán Darío Escobar Aristizábal y Ofelia Aristizábal viuda de Escobar —quien obra en su propio nombre y en representación de sus menores hijos Carlos Alberto, Gustavo Adolfo, Diego Alejandro y Patricia Escobar Aristizábal—, por conducto de apoderado, demandan a la Nación —Ministerio

de Minas y Energía— y a la Sociedad Hullera Colombiana Ltda. (fl. 13 cuaderno 2), para que previos los trámites de un proceso ordinario contencioso administrativo, se haga la declaración que formulan así:

"La acción. Ejerzo la ordinaria, dirigida contra la Nación, representada por el señor Ministro de Minas y Energía. Su finalidad es que se decrete la nulidad de las Resoluciones números 000220 y 000763 de 1985, originarias del Ministerio de Minas y Energía, la última de las cuales quedó en firme el 9 de agosto del corriente año (v. Anexos núms. 13 y 16), y que, en consecuencia, *se restablezca el Permiso número 3448,* sobre exploración y explotación de carbones, en favor de mis mandantes (Anexo núm. 8). (fl. 106 vto. cdno. 1).

Como causa de sus pretensiones procesales la demanda narra los siguientes hechos:

"1º Previo los trámites de rigor, el *22 de octubre de 1980* el Ministerio de Minas y Energía, a nombre del Estado colombiano, expidió la Resolución número 0002174, cuya parte dispositiva proveyó lo siguiente:

"*Primero.* Otórgase el *Permiso número 3448* por el término de cinco (5) años prorrogables a petición de los interesados por cinco (5) más a los señores María Cecilia, José de Jesús, Bernarda Concepción, Antonio Emilio, Angel María, Ana del Carmen, Rafael Guillermo y Gabriel Octavio Escobar Restrepo, para la exploración y explotación de los yacimientos *Carboníferos* que se encuentran en una zona de 31 hectáreas y 6013 metros cuadrados, ubicada en jurisdicción del municipio de *Fredonia,* Departamento de Antioquia..." (fls. 106 vto. a 107 fte.).

"..... ".

"4º Esos mismos interesados explotan, hace tiempos, en forma directa, sistemática y eficiente dichos filones, aunque en pequeña escala y con métodos rudimentarios a su alcance, a manera de una modesta micro-industria familiar basada en la razonable y honesta convicción de que los carbones les pertenecen, como inveterados propietarios del suelo. Además para obtener el permiso en referencia, los Escobar Restrepo 'hicieron estudios serios y avanzados de explotación técnica del área respectiva', según dictaminaron, en su oportunidad, los asesores y supervisores del Ministerio de Minas y Energía, en el Proceso Administrativo número 200.

"5º Si, a pesar de ello, mis poderdantes no detentan ahora propiedad privada sobre esas vetas, y tuvieron, en cambio, que optar por la modalidad jurídica del permiso temporal de explotación, fue sólo porque en virtud de la monopolística legislación vigente sobre carbones, el Ministerio del Ramo no pudo acceder al respectivo reconocimiento, pero declaró que los Escobar R. 'iniciaron oportunamente la explotación económica del yacimiento' en mención y, en consecuencia, les brindó 'todas las prioridades y prerrogativas que para el explorador reconoce el Decreto 1275 de 1970'.

"6º A partir de *12 de junio de 1981,* cuando se consumó la entrega oficial de dicha mina a mis mandantes, éstos prosiguieron, con más veras, su laboreo habitual, que es su principal fuente de ingresos; re-

forzaron el personal asalariado, los implementos mecánicos y la inversión pecuniaria allí utilizados; rindieron informes periódicos sobre productividad a 'CARBOCOL', y le pagaron puntualmente al fisco sus contribuciones correspondientes" (fl. 108 del cdno. 1).

"... ... ...".

"9º De todo lo antes expuesto se infiere que mis poderdantes no sólo han ejercido, desde hace muchísimos años y con base en justos títulos, posesión efectiva, plena, constante y exclusiva sobre el yacimiento de carbones ubicados en el entorno de su finca 'La Graciela' o 'Arenosa' de Fredonia (Ant.), sino que lo han explotado económicamente en forma continua y adecuada, como principal medio de subsistencia familiar; lo han defendido con cigor y sin pausa frente a terceros, y se han allanado a los trámites, requisitos y tributos establecidos por ley para el efecto.

"10. Empero, en las postrimerías de 1981, el doctor Douglas Velásquez Jácome, sedicente 'Apoderado de Hullera Colombiana Ltda.', quien obra en calidad de '*explotador* de Industrial Hullera S. A.' (sic), planteó una nueva interferencia, esta vez de orden administrativo, que ni estaba prevista legalmente, ni se formuló en forma oportuna ni ante funcionario competente; que no guardaba siquiera consonancia con el poder recibido; que no tuvo trámite adecuado ni reunía los requisitos formales pertinentes, y que tampoco fue decidida conforme al derecho.

"11. Sin embargo, el Ministerio de Minas y Energía, por medio de la *Resolución número 000220* de 20 de febrero del corriente año, cuya nulidad se persigue con esta demanda, aunque desechó dos (2) de las antagónicas pretensiones de 'HULLECOL' y su apoderado, no sólo acogió la más gravosa e injurídica sino que tomó pretexto en ello para despojar a mis mandantes del Permiso 3448, arduamente conseguido y preservado como atrás se dijo.

"12. En efecto, la acotada Resolución 000220 dispuso:

"'*Artículo primero.* Declarar el goce de la *servidumbre interna* solicitada por la Compañía Hullera Colombiana Ltda. *dentro del Permiso número 3448,* por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

"'La *forma de uso de la servidumbre* será así: 1. Hullera Colombiana Ltda., tendrá la *servidumbre de paso de mina a mina,* no pudiendo explotar los carbones que no le pertenecen y *sólo le servirá como vía de transporte, ventilación, etc.*

"'2. *Algún Tercero* (sic) que necesite el uso de la galería para transportar ventilación etc., podrá hacerlo *siempre y cuando comparta* los costos de equipo y mantenimiento general de ellos, como servidumbre en si, ya que la conservación de la misma corresponde a la parte o partes que de ella reciban beneficio.

"'3. La servidumbre queda sujeta al uso adecuado de elementos de seguridad minera, que establezca el Ministerio de Minas y Energía, u otra entidad competente para garantizar la permanencia de la misma, la seguridad de las personas que allí laboren o transiten, las obras civiles de cualquier índole etc.

"'*Artículo segundo.*— Considerar *infundada la oposición* formulada por Sociedad Hullera Colombiana Ltda. al Permiso número 3448, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

"'*Artículo tercero. No acceder a la protección administrativa* solicitada por la Sociedad Hullera Colombiana Ltda. en el Permiso 3448, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

"'*Artículo cuarto. Cancelar el Permiso número 3448* otorgado a los señores María Cecilia, José de Jesús, Bernarda Concepción, Antonio Emilio, Angel María, Ana del Carmen y Gabriel Octavio Escobar Restrepo, para la exploración y explotación de los yacimientos carboníferos que se encuentran en una zona de 31 hectáreas y 6013 metros cuadrados, ubicada en jurisdicción del Municipio de Fredonia, Departamento de Antioquia y comprendida dentro de las medidas y linderos consignados en el artículo 1º de la Resolución número 002174 de 22 de octubre de 1980, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia" (fls. 108 y 109 vto. cdno. 1).

"... ...".

"13. Contra esta providencia, se interpuso recurso de *reposición,* que sustenté en mi escrito del 22 de marzo último, en el que puntualicé la incoherencia, impropiedad e ilegalidad de las 'solicitudes' que la originaron; demostré que hubo en ellas 'indebida acumulación de pretensiones', falta de competencia y trámite impropio'; pero, ante todo, que la cancelación del Permiso 3448 allí decidida pugna con la simultánea concesión de cualquier servidumbre sobre el yacimiento que detentan mis poderdantes. Que hay factores de conveniencia social y de equidad que aconsejan no amparar demasiado al poderoso en detrimento del desvalido y, en fin, que aunque los Escobar Restrepo dieron pie a la aplicación del artículo 151 del Decreto 1275 de 1970, al no presentar sus informes estadísticos al Ministerio, del inciso 2º de ese mismo dispositivo se colige que la drástica sanción allí prevista es potestativa y no inexorable. Probé, pues, el cumplimiento de lo esencial, que era el laboreo efectivo de la mina por parte de mis patrocinados, con testimonios de nudo hecho, con los informes rendidos a 'CARBOCOL' y con el pago de los impuestos correspondientes, para que resaltase lo injusto e inmotivado de tal decisión, por una simple omisión ritual, secundaria: '*summun jus, summa injuria*', como decían los romanos (v. anexo núm. 14).

"14. Dicho recurso fue resuelto de plano, previa inserción oficiosa de la comunicación número 02185 de *15 de abril de 1985,* dirigida al Ministerio por la Presidencia de 'CARBOCOL' con un listado anexo, en solicitud de que se aplicara el artículo *56* del Decreto 1275 de 1970, entre otros, al Permiso 3448, por presunto 'no pago del impuesto sobre producción' (v. anexo núm. 15).

"Pero esta gestión de 'CARBOCOL' contrasta, a las claras, con los cuatro (4) recibos que acompaño, según las cuales en *enero 25, abril 15, julio 16 y octubre 17 de 1985* mis poderdantes pagaron puntualmente al Fondo del Carbón el impuesto trimestral que les correspondía por las cantidades de mineral extraídas en los períodos anteriores.

Luego mal podía hallarse en mora el *15 de abril de 1985* ni merecer la sanción solicitada, con ostensible ligereza, en el oficio aludido (v. anexo núm. 16)".

"15. Pues bien, el Ministerio emitió, entonces, la *Resolución número 000763* del 12 de julio último, cuya nulidad demando igualmente. En su parte dispositiva ordena:

"'*Artículo único*. Mantener en firme los artículos 1º, 4º, 5º y 6º de la Resolución número 000220 de 20 de febrero de 1985, dictada por el Permiso número 3448, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. En consecuencia, dése cumplimiento a ella...' (Ver anexo núm. 17).

"16. Lo así resuelto agotó la vía administrativa. Pero, al hacerlo, el Ministerio incurrió en una inexcusable anomalía: se prestó a descifrar los ambiguos memoriales del doctor Velásquez J., como son la primera providencia impugnada eran «básicamente iguales, sobre los mismos hechos y con las mismas razones técnicas y económicas, cuya mayor y principal diferencia radica en la denominación de la petición, por cuanto en uno de ellos la llama incidente de servidumbre y en el tercero pide protección administrativa»'" (fl. 110 cdno. 1).

"... ... ...".

"16. (sic) El Ministerio, incluso, interpretó como 'peticiones' estos simples enunciados introductorios: 'Ref. Oposición P. 3448'. 'Ref.: incidente de servidumbre P. 3448' y 'Ref.: Protección administrativa P. 3448', que obviamente eran meras 'referencias' a lo que más adelante debía pedirse en forma inequívoca y circunstanciada. Pero eso fue lo único que dijo, en cada caso, el memorialista. El Ministerio optó por el llamado 'incidente de servidumbre, que era, precisamente, el que requería más y mejores precisiones por parte del petente y, sobre todo, el único para el cual no tenía competencia alguna ese Despacho' (v. anexos núms. 10, 11 y 12).

"17. Primero, porque ni la Constitución Nacional (Tít. XII), ni la ley orgánica del Ministerio de Minas y Energía ni el Código Contencioso Administrativo le otorgan potestad para el efecto..." (fl. 111 cdno. 1).

"... ... ...".

"18. Segundo, porque tampoco existe 'incidente de servidumbre' como instituto jurídico —ni sustantivo ni adjetivo—, en nuestra legislación..." (fl. 111 vto.).

"... ... ...".

"19. Precisamente, porque la imposición de una servidumbre, en caso de desacuerdo entre las partes, implica siempre controversia o litigio, no es válida, ni remotamente, la disculpa que se da en la Resolución 000763, en el sentido de que 'HULLECOL' sólo ejerció el 'derecho de petición' que consagran el Código Contencioso Administrativo y el Decreto 3050 de 1984, ya que esa complaciente versión la contradicen los artículos 39 y 267 del Decreto 01 de 1984" (fl. 111 vto. cdno. 1).

"... ... ...".

"22. Y como si todo ello fuese poco, la mayoría de las servidumbres mineras que establece el Decreto 1275 de 1970 en su Capítulo XVI gravan 'predios', 'terrenos' o 'fundos abiertos' aledaños a la mina que necesita en respectivo servicio; sólo por excepción se 'hacen extensivas a las minas inmediatas *siempre que no les causen un grave perjuicio*' (art. 210). Pero la servidumbre de tránsito o transporte exige otro requisito más, que no se alegó ni comprobó en el presente caso; que no sea discrecional su trayecto para el beneficiario, sino que se fije 'por donde sea necesario transitar o pasar, para su comunicación adecuada con una vía *pública*, para obtener y transportar las minas los materiales y demás elementos que su aprovechamiento requiera, *o para sacar de ella los minerales*' (art. 213). Luego las 'servidumbres *internas*', como la que 'declaró' o impuso el Ministerio en favor de 'HULLECOL', era a todas luces legítima" (fl. 122, cuaderno 1).

Cita la demanda como disposiciones violadas los artículos 20 y 201 de la Constitución Nacional; 905, 2144 y 2157 del Código Civil; 5º de la Ley 157 de 1887; 8º de la Ley 153 de 1887; 210, 213, 215, 219 y 290 del Decreto 1275 de 1970; 33, 35, 39 y 267 del Decreto 01 de 1984; y, 63, 65, 75, 76, 82, 85, 135, 138 y 152 del Código de Procedimiento Civil.

El proceso se tramitó inicialmente sin la citación de la Sociedad "Hullera Colombiana Ltda.", entidad con evidente interés concreto en el resultado del proceso, por lo cual, se declaró la nulidad de todo lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda, ya que puesta la nulidad en conocimiento del interesado éste no la saneó dentro de los tres días siguientes a la notificación del auto respectivo (cdno. 2).

Reiniciado el trámite procesal la demanda fue notificada oportunamente a todos los interesados. El apoderado de los demandantes corrigió la demanda desistiendo de la petición de suspensión provisional quien inicialmente había formulado en escrito que obra al folio 13 del cuaderno 2.

La demanda fue contestada por los demandados, a través de apoderados, oponiéndose a las pretensiones procesales.

Dentro de la oportunidad correspondiente las partes presentaron alegatos de conclusión ratificando sus respectivas posiciones.

Los demandantes se expresan así en lo pertinente:

"Más, todo lo antes expuesto es realmente secundario, y sólo tendía a ponderar el excesivo y sospechoso derroche de larguezas, inadvertencias y condescendencias que el Ministerio tuvo con 'HULLECOL' y con su heterogéneo mandatario. Lo verdaderamente fundamental sobre improcedencia absoluta del 'incidente de servidumbre' que, sin embargo, convalidió MINMINAS con sus resoluciones impugnadas, fue lo que expuso en el hecho 17 de la demanda y que ahora resumo: ni la Constitución Nacional ni el Estatuto Minero vigente, ni la ley orgánica del Ministerio de Minas y Energía ni el Código Contencioso Administrativo facultan a dicho entidad estatal para imponer, negar, variar ni reglamentar servidumbres, de ninguna índole. En sus artículos 207 a 223, Capítulo XVI, el Decreto 1275 de 1970, instituye y regula, es verdad, las 'servidumbres mineras'; pero según el ordinal 5º del

artículo 219 allí incorporado, sólo es potestativo de *'los interesados* acordar(án) lo relativo a la manera *como se deben establecer y ejercer las servidumbres'* e indemnizaciones correspondientes. Estas últimas y las cauciones a que haya lugar, podrá regularlas el respectivo Alcalde Municipal; pero a solicitud del interesado: ordinal 6º *ibídem* y artículo 220" (fl. 173 cdno. 1).

La apoderada del Ministerio de Minas y Energía en su alegato de conclusión se limita a contestar los hechos de la demanda, afirmando, por otra parte, que los beneficiarios del permiso no demostraron que estaban explotando la mina porque no presentaron informe alguno de labores, contraviniendo lo dispuesto por el artículo 151 del Decreto 1275 de 1970, lo cual sirvió al Ministerio de hecho básico para cancelar el permiso (fl. 177-9). Sostiene también que el Ministerio sí está facultado para conceder servidumbres mineras y que habría que demostrar que tal servidumbre causaría daño grave a otra mina para que no fuera procedente; tal conclusión la obtiene de la interpretación del artículo 210 del Decreto 1275 de 1970.

Por su parte la apoderada de "Hullera Colombiana Ltda." expone sus razones así:

"El minero puede usar de esas servidumbres sin acudir previamente a ninguna autoridad que lo autorice, a condición de que pague los perjuicios al dueño o al ocupante. En caso de desacuerdo, se regulan en forma provisional e inapelable, ante el alcalde del respectivo municipio mediante avalúo pericial. Contra esta providencia sólo procede el recurso de reposición y dentro del mes siguiente a partir de la fecha de la ejecutoria, podrán acudir a la vía judicial, mediante el proceso abreviado (numeral 6º artículo 414 del Código de Procedimiento Civil), como única función que corresponde al juez en este asunto.

"Las servidumbres mineras pueden ser de predio a mina y de mina a mina. En éstas últimas, como es el caso de este litigio, la potestad reguladora radica en el Ministerio que tiene la competencia para dirimir las diferencias que ocurran entre los beneficiarios de las minas por permiso, concesión o aporte concedido por el mismo Ministerio. Si los mineros gozan de esos privilegios por ministerio de la ley, llamados servidumbres, es lógico que cuando se requiera una declaración de goce de uno de ellos, corresponda hacerla al Ministerio de Minas y Energía y la regulación de perjuicios, al Alcalde y al Juez" (fl. 182 cdno. 1).

El proceso se ha rituado conforme a las disposiciones que regulan la materia y se encuentra en el momento oportuno para dictar sentencia.

El concepto fiscal:

La Fiscal Segunda de la Corporación conceptúa que se deben anular los actos acusados en cuanto concedieron la servidumbre minera, pero no en cuanto a la cancelación del permiso de explotación la cual considera ajustada a derecho.

Dice así la Colaboradora Fiscal en lo pertinente:

"La resolución acusada resolvió sobre dos aspectos, uno de ellos se refirió a la servidumbre concedida a favor de la Compañía Hullera Colombiana Ltda. dentro del Permiso número 3448 concedido a la familia Escobar Restrepo.

"Otro aspecto de la resolución fue el relativo a la cancelación del Permiso número 3448 otorgado como ya se dijo a los Escobar Restrepo.

"En relación con esta segunda parte de la resolución acusada, los demandantes se limitan a reconocer que realmente no cumplieron con la obligación que tenían de pasar periódicamente los informes ante el Ministerio de Minas y Energía, según lo exige la ley. No obstante consideran que el Ministerio no ha debido llegar al extremo de cancelarles el permiso.

"Según lo establecido en el artículo 151 del Decreto 1275 de 1970, es cierto que el Ministerio podía o no cancelar el permiso una vez que se constatara el incumplimiento por parte de los beneficiarios del permiso. Es pues de la competencia de la administración decidir si cancela o no el permiso. En el presente caso ni aún los beneficiarios niegan haber incumplido con su obligación, así pues la causal se dio y la administración decidió tomar la medida extrema que la ley señala. Interpuesto ante la misma administración el recurso correspondiente, no se cambió la decisión tomada. Así pues que habiendo actuado la administración dentro de su competencia y según lo previsto en la ley y no existiendo causal ninguna para anular tal decisión, debe mantenerse" (fls. 139 y 140 del cdno. 1).

"... ... ...".

"Quiso pues el propio estatuto minero seguir con la norma general sobre servidumbres que trae el Código Civil, en el sentido de permitirles en primer término a los propios interesados llegar a un acuerdo sobre la constitución y forma de ejercer las diferentes servidumbres. En caso de surgir un desacuerdo, la autoridad encargada para dirimirlo, en primer término es el alcalde, así se desprende de la norma transcrita y de otros artículos en donde también se hace alusión al alcalde, como el artículo 220 sustituido por el artículo 13 del Decreto 1620 de 1978 que dice: 'Si las partes no estuvieren de acuerdo con el monto o la indemnización o la forma de pago, ellos se fijarán por el alcalde del municipio en cuya jurisdicción estuvieren situados los terrenos o mejoras...'. Dentro del término de un (1) mes, contado a partir de la fecha de la ejecutoria de la providencia en que se ordene hacer el pago, las partes podrán acudir a la vía judicial para que se señale el monto de la indemnización, mediante proceso abreviado y de conformidad con el artículo 414, numeral 6 del Código de Procedimiento Civil..."

"Así pues que una vez surtido el trámite ante el Alcalde, las partes pueden acudir ante la justicia ordinaria, en la acción de que trata el Código de Procedimiento Civil, de igual manera que cuando surge el conflicto en materia civil, y no existe razón para que sea el Ministerio quien decida, cuando realmente las servidumbres son unas mismas, las que regula el Código Civil y las que contempla el estatuto primero.

"Las normas antes transcritas nos indican, que siguen siendo los jueces civiles los competentes para decidir cualquier demanda en materia de servidumbres, cualquiera que sea su naturaleza, incluyendo las que se relacionan con las exploraciones y explotaciones mineras. El estatuto minero en ningún artículo cambió la competencia que sobre esta materia tienen los jueces civiles de Circuito y por el contrario, como ya se vio, reitera lo ya existente al hacer mención y remisión al artículo 414 del Código de Procedimiento Civil.

"Tiene pues razón la demandante cuando afirma que el Ministerio actuó por fuera de su competencia, cuando decidió lo relacionado con las servidumbres a que el acto acusado se refiere.

"Por lo expuesto, esta Agencia del Ministerio Público se permite solicitar a la honorable Sala se anule el artículo primero de la Resolución 000220 de febrero 20 de 1985 y artículo primero de la Resolución 000763 de julio 12 de 1985 que confirmó el anterior" (fls. 141 a 143 del cdno. 1).

Consideraciones de la Sala:

Como puede observarse, los actos acusados contienen dos decisiones que afectan a los demandantes en forma personal y concreta pero que son totalmente independientes la una de la otra. Es decir, en la Resolución 000220 de febrero 20 de 1985 se encuentran dos actos administrativos absolutamente diferentes el uno del otro, que se pueden separar e individualizar, sin que exista interdependencia y cuyos fundamentos de orden fáctico y legal también distintos. La Resolución 000763 de 12 de julio del mismo año decide la reposición interpuesta contra la primera confirmándola en todas sus partes.

Efectivamente, los actos administrativos demandados, por una parte otorgan el goce de una servidumbre minera interna a favor de la "Compañía Hullera Colombiana Ltda." (artículo primero de la Resolución 220), estableciendo la forma de uso de la misma, y, por otra, cancela el permiso número 3448 de que gozaban los demandantes para la exploración y explotación de los yacimientos carboníferos que allí se mencionan (artículo cuarto de la misma resolución), actos éstos totalmente distintos entre sí (fls. 38 y 39).

Como consecuencia de lo anterior la Sala estudiará separadamente los aspectos relativos a la legalidad de cada uno de ellos, para resolver sobre las pretensiones de la demanda.

1. En cuanto a la declaración, por parte del Ministerio, del goce de una servidumbre minera interna, la entidad administrativa la concede por considerarla "viable y necesaria" sin que el acto administrativo que la otorga se fundamente en norma alguna de carácter legal. Sin embargo, al resolver la reposición que contra tal acto se interpuso, se busca dar un fundamento legal a esa decisión para lo cual se razona así:

"Efectivamente el Capítulo XVI del Decreto número 1275 de 1970 que trata sobre las servidumbres, expresamente no señala quien deberá declarar el goce de éstas; pero si se tiene en cuenta que del cuidado, vigilancia y protección de las Minas de la Nación, se ocupa el

Ministerio de Minas y Energía, no cabe la menor duda que es esta entidad la competente para dicho asunto, mas si se tiene en cuenta las amplias funciones que le confiere el artículo 3º de la Ley 1ª de 1984. Los artículos 219 y 220 del Decreto número 1275 de 1970, citados por el recurrente, dejan a cargo de los interesados, acordar la manera de establecerlas y ejercitar dichas servidumbres y el valor de las indemnizaciones; acuerdo diferente a la declaración del derecho a su disfrute, sobre todo en un caso tan especial, como es el establecimiento de una servidumbre interna de mina a mina, la cual escaparía a las funciones de un Alcalde.

"Por otra parte, los artículos 208, 209, 210 y 213 del Decreto número 1275 de 1970, aún cuando expresamente no se refieren a esta última clase de servidumbre, esto es la interna, pueden aplicarse analógicamente a la misma y así se ve que el artículo 208 habla de socavones y demás obras superficiales o subterráneas; el artículo 209 habla de que el minero puede ocupar fundos abiertos inmediatos '...y también con los socavones o galerías que le permitan el acceso a su mina' (fl. 55 del cdno. 1).

"..... ".

"También tiene el memorialista, una errónea interpretación de las normas mineras, cuando afirma que el Ministerio no es competente para otorgar protección administrativa. Por el contrario, es una de sus obligaciones, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 247 del Decreto número 1275 de 1970. Una cosa es que no la ejerza directamente sino mediante órdenes impartidas a los Alcaldes Municipales. Quedó así, establecido que las tres (3) peticiones elevadas por la Empresa Hullera Colombiana Limitada, si son competencia del Ministerio" (fl. 56 fte. cdno. 1).

A su vez los demandantes fundan su ataque en la ausencia de competencia del Ministerio de Minas para proferir tal tipo de actos.

Ahora bien: El estatuto minero contenido en el Decreto 1275 de 1970 regula lo concerniente a las servidumbres mineras, estableciendo, como norma general, que "las minas gozan de las servidumbres necesarias para su exploración, explotación, beneficio o transformación adecuados..." (art. 207). Las normas subsiguientes reglamentan ciertas servidumbres específicas como, ocupación y uso de terreno, extracción de maderas y otros materiales, de pastaje, de tránsito y transporte, de acueducto, de desagües, de ventilación y de internación (artículos 208 a 218) sin que se contemple en forma clara la existencia de servidumbres de mina a mina como aquella cuyo goce declaró el acto acusado.

Sin embargo, el artículo 210, al hablar de la servidumbre de ocupación y uso del terreno, dice que "esta servidumbre se hace extensiva a la minas inmediatas, siempre que no se cause un grave perjuicio".

No se puede confundir la propiedad del terreno con la de la mina, pero la norma no diferencia entre servidumbre de predio a mina y de mina a mina, por lo cual, cuando la norma anteriormente transcrita hace extensiva la servidumbre de ocupación y uso del terreno a las minas inmediatas debe interpretarse en el sentido de que un minero

puede ocupar parte de una mina ajena subterránea o superficialmente, con el fin de realizar obras necesarias para su propia explotación, con la limitación de que esta servidumbre no puede ejercitarse cuando causa grave perjuicio a la mina sirviente. Puede, entonces, constituirse una servidumbre de mina a mina como aquella a que se refieren los actos acusados de ilegalidad.

Además, conforme están reguladas las servidumbres en el estatuto, como de carácter legal (art. 897 del C. C.), el dueño del predio o de la mina sirviente no puede contradecir la necesidad del gravamen porque éste tiene una finalidad propia determinada por la ley y aquel sólo sería ilegal cuando estuviera ligado a un fin distinto a la exploración o explotación minera.

Lo anterior explica que los artículos 219 y siguientes regulen, en forma por demás clara, las condiciones y los procedimientos para que el minero pague las indemnizaciones a que está obligado por el establecimiento de servidumbres, puesto que siendo éstas imposición legal lo único discutible es la valoración pecuniaria de los perjuicios que causen.

El artículo 219 establece la regulación y la forma de pago de las indemnizaciones y en su ordinal 5º dice: "Los interesados acordarán lo relativo a la manera como se deben establecer y ejercer las servidumbres, así como el valor de las indemnizaciones que se causen y la forma de pago. En caso de desacuerdo, el punto se decidirá por peritos designados, de conformidad con los artículos siguientes".

El ordinal 6º del mismo artículo indica que antes o después de iniciarse las obras y labores referentes a una servidumbre, el explotador de la mina o predio sirviente puede pedir al Alcalde ordenar al minero que otorgue caución para responder por el pago oportuno de la indemnización y si, ordenada por el Alcalde, no se presta las obras o labores no se podrán adelantar.

A su vez el artículo 220 determina que en caso de desacuerdo de las partes sobre el monto de la indemnización o la forma de pago, se fijará por el Alcalde, "en forma provisional e inapelable", pero contra esta providencia procede el recurso de reposición.

Así mismo, según el inciso segundo del mismo artículo, dentro del mes siguiente a la ejecutoria de la providencia de la Alcaldía, los interesados pueden acudir a la vía judicial para que se fije el monto de la indemnización "mediante proceso abreviado y de conformidad con el artículo 414 numeral 6º del Código de Procedimiento Civil". Mientras el pago no se efectúe no se podrá ejercitar la servidumbre a menos que el dueño del predio o mina sirviente lo consienta expresamente.

Para efectos del avalúo correspondiente el alcalde designará un perito.

En el mismo sentido y en forma muy similar se regula lo relativo a servidumbres mineras por la Ley 13 de 1937 en su artículo 4º.

De todo lo anterior se desprende que el conocimiento de todos los conflictos relacionados con servidumbres mineras está atribuido por

la ley a los alcaldes municipales del sitio en que se encuentre la mina y a la jurisdicción civil ordinaria conforme lo dispone el estatuto minero.

No aparece norma legal que atribuya al Ministerio de Minas y Energía competencia alguna para declarar el goce de servidumbres mineras (que como se dijo son de carácter legal) y regular las condiciones de ese ejercicio, como lo hace el acto acusado, y se hace evidente que la entidad administrativa al proferirlo obró sin tener competencia para ello e incurrió en una de las causales de anulación previstas por el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, por lo cual el acto debe ser removido de la vida jurídica para restablecer la legalidad.

En consecuencia, en cuanto concedieron el uso de una servidumbre minera, los actos acusados serán anulados. No se decretará restablecimiento del derecho puesto que en este sentido no se pidió en la demanda y la competencia de la Corporación está restringida por el *petitum* de la misma.

2. El otro aspecto es la cancelación del permiso que había sido otorgado a los demandantes para explorar y explotar yacimientos carboníferos.

El organismo administrativo fundamenta su decisión de cancelar el permiso en que: "revisado el expediente contentivo del Permiso número 3448 se observa que fue otorgado desde octubre de 1980, quedando en firme la providencia que lo otorgó el 1º de diciembre del mismo año, esto es, que a partir de ese día se empezaron los 5 años reglamentarios, de los cuales han transcurrido 3 años largos sin que los beneficiarios hayan dado cumplimiento a sus obligaciones para con este Ministerio, como es la presentación de los informes semestrales, incurriendo así en la causal de cancelación prevista en el artículo 151 del Decreto 1275 de 1970. La solicitud presentada por la Sociedad Hullera Colombiana Ltda., no exime de culpa a los beneficiarios, ya que éstos debían estar alerta en todo el momento al cumplimiento de las obligaciones inherentes al permiso" (fl. 38 fte. cdno. 1).

Dice el artículo 151 del tantas veces mencionado estatuto minero (Decretos 1275 de 1970): "Los beneficiarios de un permiso *deberán informar semestralmente al Ministerio sobre la marcha de los trabajos, los resultados obtenidos y las perspectivas de la explotación con los datos sobre el producto total,* tenor promedio de los minerales y porcentajes promedio total de la explotación y estarán en la obligación de establecer labores normales de explotación dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha en que se publique en el *Diario Oficial* la providencia que conceda el permiso, labores que deberán mantener durante un tiempo de seis (6) meses en cada año.

"Si tales trabajos no se establecieren oportunamente o no se mantuvieren durante el tiempo señalado en este artículo, *si el beneficiario no presentare con regularidad los informes sobre las labores realizadas, el Ministerio de Minas y Petróleos podrá cancelar el permiso, a menos de comprobarse debidamente fuerza mayor o caso fortuito*" (el subrayado es de la Sala).

Pues, bien los demandantes aceptan no haber cumplido con el envío al Ministerio de los informes sobre las labores realizadas (Hecho 13 de la demanda) y se limitan a decir que la sanción impuesta fue excesiva porque la ley no le impone la obligación al Ministerio de cancelar los permisos en estos casos sino que simplemente lo faculta ya que se utiliza el término "podrá" por lo cual la sanción es potestativa.

Si bien es cierto que de la norma transcrita se desprende que para el Ministerio no es imperativo el imponer la suspensión de los permisos cuando los mineros no rinden los informes allí previstos, también lo es que la ley lo faculta para hacerlo y, por consiguiente, la administración simplemente utilizó la potestad que la ley le confiere y no se puede decir que una conducta no se pueda realizar porque se esté solamente facultado para efectuarla ya que precisamente tal facultad implica, por sí misma, el derecho de hacer uso de ella.

Pero lo anterior no indica que el acto acusado se encuentre totalmente enmarcado dentro de la legalidad. La administración tiene competencia para proferir este tipo de actos por las causales previstas en la ley, pero los actos administrativos deben proferirse dentro de las oportunidades que les sean precisas y con las formas y procedimientos propios de cada acto.

No encuentra la Sala argumento alguno que explique adecuadamente la conducta de la administración al cancelar el permiso de que eran titulares los demandantes para la exploración y explotación de yacimientos carboníferos, dentro de los mismos actos que resuelven su oposición a que se les imponga una servidumbre de mina a mina por procedimientos totalmente reñidos con la ley.

Las resoluciones que contienen los actos acusados se produjeron como consecuencia de las peticiones formuladas por una persona jurídica en uso de la facultad que la ley le confiere. Y el alcance de ellas no iba más allá de formular una oposición, solicitar la declaratoria del goce de una servidumbre y una protección administrativa como lo indica claramente el mismo solicitante.

Pero la administración realizando una conducta administrativa que no encuentra asidero dentro de lo razonable, no sólo procedió a declarar ilegalmente el goce de la servidumbre interna de mina a mina, sino que procedió, sin fórmula de juicio, a cancelar el permiso que favorecería a los actores con la exploración y explotación de la mina sirviente. Es decir, se concede la servidumbre y al mismo tiempo se le elimina por sustración de materia, ya que sino existe el permiso de explotación y exploración tampoco hay mina sirviente, lo que por sí mismo es absurdo.

La competencia de la administración, cuando se trata de la resolución de peticiones formuladas por particulares, se encuentra restringida por el contenido de la petición misma y solamente a ellas debe concretarse al proferir los actos respectivos; no se puede, so pretexto de resolver la petición formulada por una persona, entrar a definir otra situación jurídica totalmente ajena a lo que pretende el interesado lesionando el interés particular de un tercero. El hecho de que ese tercero haya intervenido en el procedimiento administrativo porque

considere que la petición inicial, de ser resuelta favorablemente, quebranta su derecho, no legitima en ningún momento a la administración para quitarle, dentro del mismo procedimiento, el derecho concreto y personal en que funda su oposición, como se hizo a través de los actos acusados.

Es que tal proceder administrativo es evidentemente violatorio del derecho de defensa. Efectivamente, mientras el titular de un estatus jurídico lo defiende ante la entidad pública porque considera que va a ser vulnerado si se atiende la petición de otro particular, la administración le responde cancelándoselo, yendo mucho más allá de lo que el peticionario inicial busca. Así no solamente se le niega su facultad de oponerse a la perturbación sino que se le cercena el derecho mismo dentro de un procedimiento administrativo encaminado a otro fin.

Lo anterior permite concluir que también este acto administrativo es nulo como se declarará. Así mismo se restablecerá a los demandantes el permiso para la exploración y explotación de los yacimientos carboníferos tal como lo solicita la demanda.

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

Falla:

Primero. Declárase la nulidad de los artículos Primero, Cuarto, Quinto y Sexto de la Resolución 000220 de febrero 20 de 1985, originaria del Ministerio de Minas y Energía, y del artículo Unico de la Resolución 00763 del 12 de julio de 1985, proferida por el mismo Ministerio, en cuanto confirmó los artículos Primero, Cuarto, Quinto y Sexto de la mencionada Resolución 000220.

Segundo. Restablécese a los demandantes el Permiso número 3448, sobre exploración y explotación de carbones que les otorgó el Ministerio de Minas y Energía por medio de la Resolución 02174 del 22 de octubre de 1980.

Cópiese y notifíquese.

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.

SUBSIDIO FAMILIAR.— Finalidad.

El subsidio familiar tiene como finalidad el beneficio del núcleo familiar y por eso se concede a las personas casadas o viudas, con hijos legítimos. Pero al desprenderse de ese núcleo familiar los hijos si los hubiere o desaparecer el cónyuge, la ley prevé la desaparición o disminución del subsidio, según el caso.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., nueve de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejera ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente número 574. Resoluciones Ministeriales. Actora: Beatriz Leguízamo de Laverde.

La señora Beatriz Leguízamo viuda de Laverde interpuso mediante apoderado, recurso de apelación contra la sentencia de 25 de abril de 1983, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Reconstruido el expediente mediante auto de 1º de diciembre de 1987, quedó en estado de dictar sentencia, a lo cual procede mediante las siguientes

Consideraciones:

Se solicitó en la demanda la nulidad parcial de las Resoluciones números 0648 de 20 de febrero de 1978 y 3286 de 30 de mayo de 1978, mediante las cuales la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y el Ministerio de Defensa reconocieron a la actora la sustitución de la asignación de retiro que devengaba su esposo Luis Arturo Laverde Gouberth, fallecido; pero sólo en cuanto se dejó de incluir el subsidio familiar reconocido. Se pidió igualmente el restablecimiento del derecho consistente en el pago de las sumas dejadas de percibir por dicho concepto.

El Tribunal en la sentencia apelada, encontrando que la demanda no había sido presentada dentro de los cuatro meses siguientes a la notificación de los actos acusados, después de hacer un amplio análisis sobre la materia, declaró caducada la acción.

La Sala estima que la decisión del *a quo* debe revocarse por las siguientes razones:

En numerosos fallos ha sostenido el Consejo de Estado y particularmente esta Sección, que las demandas atinentes al reconocimiento de prestaciones sociales o a la sustitución de éstas, tenían bajo el régimen de la Ley 167 de 1941, un término de caducidad más amplio; el mismo que señala la ley para la prescripción del derecho.

Lo anterior por cuanto la caducidad de 4 meses se aplicaba salvo disposición legal y especial en contrario.

Estando el punto suficientemente dilucidado por la jurisprudencia, no se hacen necesarias mayores consideraciones para concluir que la demanda presentada el 17 de mayo de 1980, es decir, dos años después de la fecha de expedición de la última de las resoluciones acusadas, lo fue oportunamente. En consecuencia habrá de revocarse la sentencia apelada y entrar al fondo del asunto.

La inconformidad de la accionante con los actos acusados radica en la disminución de la pensión sustituida, por no inclusión de la partida correspondiente al subsidio familiar, decisión que la Caja de Retiro tomó "en razón de no haber hijos menores de edad, legítimos del matrimonio".

Ciertamente, como lo indica el libelo, de conformidad con el artículo 183 del Decreto 612 de 1977, vigente cuando ocurrió el fallecimiento del militar en goce de asignación de retiro, la pensión que por tal causal correspondía a sus beneficiarios debía ser equivalente a la totalidad de la prestación que venía percibiendo el militar fallecido.

Al no incluir en la pensión sustituida la partida correspondiente al subsidio familiar, se concedió ésta disminuida.

Interesa entonces establecer si esa disminución tiene o no justificación legal.

El subsidio familiar, como en repetidas oportunidades lo ha sostenido esta Corporación, tiene como finalidad el beneficio del núcleo familiar y por eso se concede a las personas casadas o viudas, con hijos legítimos.

Pero al desprenderse de ese núcleo familiar los hijos si los hubiere o desaparecer el cónyuge, la ley prevé la desaparición o la disminución del subsidio, según el caso.

Es así como el artículo 68 del Decreto 612 de 1977 dispuso que desaparece por muerte del cónyuge si no hubiere hijos legítimos, o por razón de los hijos cuando mueren, se emancipan, contraen matrimonio o hacen profesión religiosa, se independizan económicamente o llegan a la edad de 21 años, salvo las hijas célibes, los estudiantes hasta la edad de 24 años cuando demuestren que dependen económicamente.

Al Coronel Luis Arturo Alfredo Laverde le había sido reconocida la asignación de retiro desde el año 1958; y cuando falleció se le transmitió solamente a su viuda, por no existir hijos menores ni hijas célibes; en una palabra, que tuvieren derecho a ser beneficiarios de la pensión.

Ello indica, que se había producido la causal contemplada en la ley para la desaparición del subsidio familiar, por fallecimiento del cónyuge y no existencia de hijos menores o dependientes económicamente.

Entonces, a pesar de ser el subsidio familiar una de las partidas computables para asignación de retiro, según el artículo 131 del Decreto 612 de 1977, se operó la causal que la ley prevé pra su desaparición y por tanto no resulta ilegal la supresión que de ella se hizo en la pensión sustituida.

Si dicha partida no fuera de aquellas susceptibles de disminución o desaparición, habría resultado contraria a derecho la decisión impugnada; pero estando precisamente sujeta a tales contingencias, las resoluciones acusadas se ajustaron a la ley.

Para infirmarlas hubiera sido menester probar la existencia de hijos legítimos económicamente dependientes o en la situación contemplada en la ley para tener derecho al subsidio; pero como no se aportó, los actos acusados conservan su presunción de legalidad.

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

Falla:

1º Revócase la sentencia apelada proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 25 de abril de 1983.

2º Niéganse las súplicas de la demanda presentada por la señora Beatriz Leguízamo de Laverde.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada el día dos (2) de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

Aydée Anzola Linares, Ausente; *Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna.*

Miguel A. Perilla P., Secretario.

CAPITULO III

ACTOS ADMINISTRATIVOS DE OTRAS AUTORIDADES DEL ORDEN NACIONAL

PENSION DE JUBILACION.— Sustitución por muerte en misión de servicio.

Dice el artículo 79 del Decreto número 2340 de 1971 que si el fallecimiento se presenta por accidente en misión de servicio y el agente ha cumplido 12 años o más de servicios, los beneficiarios tienen derecho a que se les pague una pensión mensual liquidada como la asignación de retiro, de acuerdo con el grado y tiempo de servicio del causante.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., siete de julio de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejera ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente número 1477. Autoridades Nacionales. Actora: Carmen Cecilia Castro viuda de Castro.

La señora Carmen Cecilia Castro viuda de Castro otorgó poder para reconstruir el proceso en el cual figuraban como demandantes ella, y sus menores hijos José Luis, César Luis, Mauro Manuel y Delmides Castro Castro.

Dado que la señora Carmen Cecilia solamente confirió poder en su propio nombre y no se conoce el que hubiera otorgado para la presentación de la demanda, solamente se reconoció personería a su apoderado para actuar mediante auto de 29 de abril de 1986 en su nombre y no en el de sus hijos, de los cuales actualmente solo Delmides es menor, según se observa en los registros civiles aportados.

Será entonces la señora Carmen Cecilia Castro viuda de Castro la que se tenga como parte en este proceso reconstruido y no sus hijos.

En la demanda se solicitó lo siguiente:

"a) Que son nulas las Resoluciones números 3814 de 23 de agosto de 1974 y 5786 de 14 de septiembre de 1977 proferidas por la Dirección General de la Policía Nacional que niegan la pensión sustitutiva de Carmen Cecilia Castro viuda de Castro y de sus hijos menores José Luis, César Luis, Manuel y Delmides Castro Castro, por servicios policivos del Agente César Luis Castro, y se declara que hay silencio administrativo en cuanto a la apelación interpuesta;

"b) Que se restablece su derecho a una pensión jubilatoria con carácter vitalicio y sustitutiva a cargo de la Policía Nacional,

dentro del término del artículo 121 del Código Contencioso Administrativo, en cuantía al 50% todos los haberes de actividad del grado de Cabo Segundo de la Policía Nacional, a partir de la fecha en que se causó la muerte al servicio de esta institución y por causa y misión del servicio, en combate, o del 12 de julio de 1973;

"c) Que se restablece su derecho al pago dentro del término del artículo 121 del Código Contencioso Administrativo, de una indemnización equivalente a setenta y dos (72) meses de los haberes de un Cabo Segundo de la Policía Nacional, y a una cesantía doble de veintiocho meses de dicho sueldo, valores liquidados en julio de 1973 y que para efectos de su pago deben cuantificarse tomando en cuenta su valor constante a la fecha en que se rinda el peritazgo que fije en definitiva el valor real monetario y a partir de esta fecha, los intereses comerciales que se tomen en cuenta por los respectivos peritos, como compensación debida y como compensación futura".

La acción se fundamenta en los siguientes

Hechos:

"a) La señora Carmen Cecilia Castro viuda de Castro es cónyuge sobreviviente del Agente César Luis Castro, siendo representante de sus hijos menores José Luis, César Luis, Mauro Manuel y Delmides Castro Castro, cuyos registros civiles de su estado obran en los cuadernos administrativos correspondientes a las Resoluciones números 3814 de 23 de agosto de 1974 y 5786 de 14 de septiembre de 1977 de la Dirección General de la Policía Nacional y que obrarán en este juicio, por tratarse de prueba indispensable e insustituible;

"b) La Policía Nacional mediante las Resoluciones números 3814 de 1974 y 5786 de 1977 negó la petición de pensión jubilatoria sustitutiva y de indemnización en cuantía de 72 meses y el reajuste de la cesantía, teniendo en cuenta que el causante solamente sirvió un tiempo de 14 años, 2 meses, 26 días en la institución y no reconoció que la muerte se había producido en combate, en orden al restablecimiento del orden público;

"c) La hoja de servicios policivos del Agente Cesar Luis Castro se halla radicada bajo el número 62896 de la Policía Nacional con tiempo de 14 años, 2 meses, 26 días, causándose su baja por defunción el día 12 de julio de 1973 (Radicación número 09523 de 6 de septiembre de 1976);

"d) El Agente de Policía Nacional César Luis Castro se encontraba de guardia en el Puesto de Tierra Adentro, guarnición de Líbano, Departamento de Córdoba con finalidad de restablecer el orden público en actividades de contraguerrilla, y en momentos en que se aprestaban para repeler un ataque se produjo la muerte;

"e) Ante el Consejo de Estado se demandó en acción de plena jurisdicción la nulidad de los actos que ahora demanda, y con

fecha 17 de septiembre de 1980 se produjo sentencia inhibitoria por cuanto no se habían acreditado las situaciones de estado civil de los demandantes. No se tuvo en cuenta la documentación que obraba en los cuadernos administrativos que constituían la prueba de su estado civil con relación al Agente César Luis Castro;

"f) La indemnización reclamada de 72 meses sobre un sueldo de un Agente de la Policía Nacional de $ 1.100.00 según Decreto 2418 de 1970, es de $ 72.000.00. Por cesantía de 28 meses $ 30.000.00. Por pensión sustitutiva básica, sin tener en cuenta reajustes entre el 1º de agosto de 1973 al 1º de agosto de 1981, y en cuantía de $ 550.00, da un valor de $ 52.800.00. Lo anterior asciende básicamente a la suma de $ 162.800.00, lo que le da competencia al Consejo de Estado".

Como disposiciones violadas se citan: Artículos 52 y 79 literales a), b), c) del Decreto 2340 de 1971 y el artículo 17 de la Carta.

Según el concepto de la violación los herederos del Agente César Luis Castro, por estar éste ubicado en una zona de orden público cuando ocurrió su fallecimiento, tienen derecho a que se les aplique en la liquidación de las prestaciones por muerte, los artículos 78 y 79 del Decreto 2340 de 1971 y no el 80, pues en eso consiste hallarse en operaciones de orden público, es decir, estar en la zona señalada para combatir actividades guerrilleras.

Habiendo quedado el expediente en estado de dictar sentencia, a ello procede la Sala mediante las siguientes

Consideraciones:

Cuatro son las peticiones de la demanda:

1º Nulidad de las Resoluciones 3814 de 23 de agosto de 1974 y 5786 de 14 de septiembre de 1977, proferidas por el Director General de la Policía Nacional.

2º Sustitución pensional, prestación equivalente al 50% de todos los haberes de actividad de un Cabo Segundo de la Policía Nacional.

3º Indemnización por muerte, equivalente a 72 meses los haberes de un Cabo Segundo

4º Pago doble de cesantía equivalente a 28 meses.

Prestaciones estas liquidadas al 12 de julio de 1973 y teniendo en cuenta el valor monetario real, con los reajustes correspondientes.

Sea lo primero anotar, que la acción contra la Resolución número 3814 de 23 de agosto de 1974, por la cual se reconoció a los beneficiarios del Agente César Luis Castro —fallecido—, indemnización por muerte y cesantía ya estaba caducada cuando se presentó la demanda el 9 de septiembre de 1981.

En efecto, no hay constancia de que contra este acto ni contra la Resolución número 5786 de 14 de septiembre de 1977, proferida tres

años después, se hubiera interpuesto recurso de apelación como se afirma en la demanda. Faltando esa prueba, no es del caso admitir la configuración del silencio administrativo.

Por tanto, habiendo quedado en firme el acto por medio del cual se reconocieron las prestaciones unitarias de indemnización y cesantía, la situación a ese respecto se torna inmodificable.

En cuanto a la pensión que se hubiera podido originar por la muerte del Agente se observa lo siguiente:

Su tiempo de servicios fue de 14 años, 2 meses y 26 días, según documento que obra a folio 38.

Son las pruebas que aparecen a folios 43 y siguientes se establece que la muerte del Agente no ocurrió en misión de orden público. Fue un desafortunado suceso, un accidente el que le causó la muerte, al dispararse la carabina de uno de sus compañeros de trabajo cuando estaba en "misión de servicio".

La Sala no comparte la apreciación de la demanda, según la cual debe entenderse por muerte en misión de orden público la que ocurre en el sitio de trabajo, si está ubicado en zona en donde se encuentre turbado el orden público.

Eso no basta; pero lo que ocurre es que la demanda refunde en uno solo los artículos 78 y 79; el 78 trata ese sí, de muerte ocurrida en servicio activo por heridas o accidentes en actos extraordinarios o meritorios del servicio de vigilancia o encontrándose en operaciones de orden público, y el 79 trata de la muerte por accidente en misión de servicio únicamente.

Dice el artículo 79 del Decreto 2340 de 1971 que si el fallecimiento se presenta por accidente en misión de servicio y el agente ha cumplido 12 años o más de servicios, los beneficiarios tienen derecho a que se les pague una pensión mensual liquidada como la asignación de retiro, de acuerdo con el grado y tiempo de servicio de causante.

En el documento que obra al folio 43 se concluye que la muerte del Agente César Luis Castro no tuvo como causa el cumplimiento de una misión de servicio. Pero en ninguno de sus apartes se afirma que el Agente no estuviera de servicio, por el contrario, al folio 44 se afirma que estaba de servicio.

El artículo 79 citado, reza:

> "Prestación por muerte en misión del servicio. A la muerte de un Agente de la Policía Nacional en servicio activo, causada por accidente en misión de servicio, en circunstancias distintas a las enunciadas en el artículo anterior, sus beneficiarios en el orden preferencial establecido en este Decreto, tendrán derecho a las siguientes prestaciones:
>
> ".....;
>
> "c) Si el Agente hubiere cumplido 12 años o más de servicio a que por el Tesoro Público se les pague una pensión mensual,

la cual será liquidada y cubierta en la misma forma de la asignación de retiro, de acuerdo con el grado y tiempo de servicio del causante".

Estar en "misión de servicio" es, a juicio de la Sala, lo que exige el artículo 79 del Decreto 2340 de 1971 para que haya lugar a reconocer pensión a los herederos con 12 años de servicio. Esa es la diferencia que existe entre el artículo 78 y el 79; mientras el primero exige actos extraordinarios o meritorios de servicio o alguna operación de orden público, el segundo contempla el caso de un accidente durante una misión de servicio, lo cual resulta también diferente a la muerte simplemente en actividad, artículo 80, es decir, sin que medie un accidente y sin que necesariamente en ese momento se encuentre prestando servicio.

En este orden de ideas se concluye, que en el presente caso se cumplen los supuestos contemplados en el artículo 79 del Decreto 2340 de 1971, y por tanto la Resolución número 5786 de 14 de septiembre de 1977 no se ajusta a derecho.

En consecuencia, la vida del fallecido Agente César Luis Castro, tiene derecho, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 79 del Decreto 2340 de 1971, en concordancia con los artículos 52 y 55 del mismo estatuto, a que le sea reconocida una pensión mensual equivalente al 50% del monto de las partidas computables según el mencionado artículo 52, de acuerdo al sueldo de actividad de un Agente de la Policía Nacional, a partir de 12 de julio de 1973.

Considera la Sala que no hay lugar a ningún reajuste de la prestación derivado de la desvalorización monetaria, pues no hay ninguna norma legal que lo autorice; lo único que consagra la ley es la pensión oscilante y los intereses cuando la sentencia no se ejecute oportunamente, de conformidad con el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.

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

Falla:

1º Declárase caducada la acción contra la Resolución número 3814 de 23 de agosto de 1974, expedida por el Director General de la Policía Nacional.

2º Declárase nula la Resolución número 5786 de 14 de septiembre de 1977, proferida por el Director General de la Policía Nacional.

3º Como consecuencia de la anterior nulidad, la Dirección General de la Policía Nacional reconocerá y pagará a la señora Carmen Cecilia Castro, en su calidad de esposa legítima del fallecido Agente Luis Castro, una pensión mensual equivalente al 50% del monto de las partidas computables de que trata el artículo 52 del Decreto 2340 de 1971, de acuerdo al sueldo de actividad que en todo momento devengue un Agente de la Policía Nacional, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 79 del mismo Decreto.

4º Esta pensión se hará efectiva a partir de 12 de julio de 1973, pues no hay lugar a prescripción de mesadas.

5º Niéganse las demás súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase, y una vez ejecutoriada esta providencia archívese el expediente.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada el día primero (1º) de julio de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

Aydée Anzola Linares, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Alvaro Díaz Granados, Conjuez.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

CARRERA ADMINISTRATIVA.— Nombramiento en otro cargo. Derechos del Escalafón.

Para la Sala no hay duda acerca de que, mientras no se produzca cesación definitiva de funciones por las causas anotadas, el empleado inscrito conserva los derechos propios de la Carrera, aún pasando a otro u otros cargos. La garantía de estabilidad se mantiene, pero referida a los términos exactos del Escalafón.

FALLO EXTRA PETITA. *REINTEGRO.*

No se incurre en éste porque los derechos se reconocen en la medida en que tengan fundamento legal y no siempre será posible hacerlo como lo solicitan los demandantes.

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

Consejera ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente número S-031. Actor: Hernando Medina Avila. Autoridades Nacionales. Empate.

Llega a la Sala Plena de la Corporación, por empate producido en la Sección Segunda, el recurso de apelación interpuesto por el señor Hernando Medina Avila contra la sentencia de 29 de octubre de 1982, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se accedió parcialmente a las súplicas de la demanda. El expediente fue objeto de reconstrucción a términos del Decreto 3825 de 1985 habiendo quedado en situación de ser dirimida la segunda instancia por virtud de dicha apelación.

En la demanda presentada ante el Tribunal se hicieron las siguientes peticiones:

"1. Declarar la nulidad de la Resolución número 0699 de 13 de abril de 1976, expedida por el señor Superintendente Bancario, por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento de mi poderdante del cargo que desempeñaba en la misma Superintendencia.

"2. Ordenar el reintegro de mi poderdante al mismo cargo que venía desempeñando, o a otro de igual o superior categoría.

"3. Ordenar el reconocimiento y pago, a mi poderdante, de las sumas que por todo concepto (sueldos, viáticos, vacaciones, primas, subsidios, bonificaciones, etc.), hubiere dejado de devengar desde el 13 de abril de 1976, hasta el día en que sea reintegrado al mimo cargo, o a otro de igual o superior categoría.

"4. Declarar que para todos los efectos legales y, en especial, para efectos de prestaciones sociales, se considere que no ha habido solución de continuidad en el tiempo de servicio de mi poderdante, desde la fecha de declaración de insubsistencia, hasta el día de reintegro".

Como hechos la demanda relacionó los siguientes:

"1. El señor Hernando Medina Avila desempeñaba, el 13 de abril de 1976, el cargo de Auditor II-20 de la Oficina de Control del Banco de la República División Análisis, Inspección y Revisión, de la Superintendencia Bancaria.

"2. El señor Medina Avila estaba inscrito en el escalafón de la Carrera Administrativa, según Resolución 469 de 19 de junio de 1972 del Departamento Administrativo del Servicio Civil, la cual había sido comunicada a la Superintendencia Bancaria.

"3. Mi poderdante desempeñaba las funciones de su cargo en forma por demás brillante, eficiente, leal y honesta.

"4. Por medio de la Resolución número 0699 de 13 de abril de 1976, el señor Superintendente Bancario declaró insubsistente el nombramiento del señor Hernando Medina Avila del cargo que venía desempeñando en la mencionada Superintendencia, Resolución que carece de motivación y que fue dictada sin seguir procedimiento alguno.

"5. Dicha providencia fue comunicada a mi poderdante por Oficio JP número 298 de 13 de abril de 1976.

"6. Además de vacaciones, primas, viáticos, subsidios y bonificaciones, mi poderdante devengaba una asignación mensual de $ 7.200.00.

"7. Con las actuaciones de la Superintendencia Bancaria, se le causaron a mi poderdante perjuicios de todo tipo, morales y materiales".

No encontrándose causal de nulidad que invalide la actuación procesal, es del caso entrar a desatar el recurso de apelación previas las siguientes

Consideraciones:

El *a quo* en el fallo que puso fin a la primera instancia se pronunció en la parte resolutiva en los siguientes términos:

"1. Declárase la nulidad de la Resolución 0699 de 13 de abril de 1976 de la Superintendencia Bancaria.

"2. La Superintendencia Bancaria, procederá a reintegrar a Hernando Medina Avila, con el número 119.379 de Bogotá al cargo de Técnico en Contabilidad I-20 o a otro equivalente.

"3. La Superintendencia Bancaria, procederá a reconocer y pagar a Hernando Medina Avila, los sueldos, con sus respectivos aumentos, bonificaciones y prestaciones sociales que se hubiesen causado desde el día en que surtió sus efectos legales la Resolución 0699 de 13 de abril de 1976 de dicha Superintendencia hasta la fecha en que fuere reintegrado.

"4. Declárase, para todos los efectos legales que no ha habido solución de continuidad en la prestación de los servicios durante el período a que se refiere el ordinal anterior.

"5. Se dará cumplimiento al presente fallo dentro del término legal del artículo 121 del Código Contencioso Administrativo".

Y para fundamentar su decisión, discurrió así:

"Sin embargo, el reintegro del demandante no será ordenado al cargo de Auditor II-20 que desempeñaba al momento de producirse el acto administrativo demandado, sino al de Técnico de Contabilidad I-20, pues es en este cargo donde se encontraba inscrito en el Escalafón de la Carrera Administrativa, según lo que aparece en el proceso, y no en el de Auditor II-20, salvo si este último es equivalente a aquél. Por consiguiente, es en el cargo de Técnico en Contabilidad I-20 donde el actor disfrutaba de estabilidad y al cual se ordenará su reintegro".

Contra el fallo el apoderado del actor interpuso apelación en lo desfavorable, con los siguientes argumentos:

"...*inexplicablemente*, el honorable Tribunal sólo ordenó un restablecimiento parcial de los derechos del señor Medina Avila, pues no ordenó el reintegro al cargo que desempeñaba al momento de producirse la destitución disfrazada, el de Auditor II-20, sino al de Técnico en Contabilidad I-20, en el que se encontraba inscrito en el Escalafón de la Carrera Administrativa.

"El restablecimiento del derecho debe ser pleno, debe colocar al demandante en la misma situación en que se encontraba al producirse la destitución, como si este acto no se hubiera producido.

"Anulado el acto de destitución, se impone ordenar el reintegro al mismo cargo que venía desempeñando el señor Hernando Medina Avila. De otra forma, como lo ordena, por ejemplo, la sentencia recurrida, el *restablecimiento* de los derechos *es parcial, incompleto y no pleno*" (Subrayas del recurrente).

Estima la Sala que cuando un funcionario inscrito en el Escalafón de la Carrera Administrativa en un determinado cargo, es nombrado en otro, no pierde por ese solo hecho su escalafón y en consecuencia continúa gozando de todos los derechos inherentes a la Carrera, entre los cuales está el de estabilidad.

El artículo 47 del Decreto 2400 de 1968 da fundamento a la anterior afirmación, pues indica claramente en qué casos se pierde la condición de funcionario de Carrera, y ello sólo ocurre por cesación definitiva en el ejercicio de las funciones, ocasionada por: Declaración de insubsistencia, renuncia regularmente aceptada, retiro con derecho a jubilación, invalidez absoluta y retiro forzoso por edad.

No está contemplada en esta norma ni en ninguna otra, la pérdida del escalafonamiento por pasar a otro cargo, así sea este de superior categoría a aquél en el cual se halla escalafonado el empleado.

Es preciso tener en cuenta, que el artículo 49 del Decreto 2400 de 1968, según el cual los empleados inscritos en el Escalafón perdían los derechos propios de éste por pasar a ocupar un cargo de libre nombramiento y remoción, fue declarado inexequible por la Corte Suprema de Justicia, precisamente al considerar que esa sería una forma fácil para que la Administración por su propia iniciativa pusiera fin a la Carrera Administrativa valiéndose de la imposibilidad práctica del empleado, de negarse a aceptar tal nombramiento.

Para la Sala no hay duda acerca de que, mientras no se produzca cesación definitiva de funciones, por las causas anotadas, el empleado inscrito conserva los derechos propios de la Carrera aún pasando a otro u otros cargos.

Sin embargo, es necesario precisar, cuál es, en esa situación, el alcance de la protección derivada de la Carrera.

El escalafonamiento garantiza al funcionario, que no será removido del cargo en el cual está escalafonado, sino por causas legales y previo el adelantamiento de un proceso disciplinario.

Si ha sido trasladado a otro, la garantía de estabilidad se mantiene, pero referida a los términos exactos del Escalafón. Por eso, el empleado trasladado podría por ejemplo, ser devuelto a su cargo inicial, sin que con ello se le vulnerara ningún derecho.

Y no puede ser de otra forma, puesto que para lograr reclasificación en el Escalafón por ascenso, sería indispensable comprobar que se tienen los requisitos para desempeñar el otro cargo y merecerlo mediante concurso.

No existe reclasificación automática en el Escalafón, como no existe tampoco inscripción automática en el mismo; es necesario obtenerla por los medios legales.

Siendo ello así, cuando el empleado es ilegalmente separado del servicio, como en el presente caso, el reintegro debe ordenarse al cargo en el cual estaba escalafonado, pues ninguna norma obliga a mantenerlo en otro diferente y respecto al cual no goza de esa garantía de estabilidad.

Podría surgir un reparo a lo anterior, consistente en que se reconoce un derecho no pedido por el demandante, quien solicitó como consecuencia de la nulidad del acto de desvinculación, ser reintegrado al cargo de Auditor II-20 o a otro de igual o superior categoría.

No considera la Sala que se incurra en fallo *extra petita*, puesto que lo fundamental, que es el reintegro, está pedido.

Obviamente los derechos se reconocen en la medida en que tengan fundamento legal, y no siempre será posible hacerlo como lo solicitan los demandantes. El reconocimiento parcial se ajusta a derecho.

Por tanto la Sala encuentra acertada la decisión del Tribunal, pues el restablecimiento ordenado es pleno en relación con el derecho que al actor le confirió su inscripción en la Carrera Administrativa.

Por 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:

Confírmase la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 29 de octubre de 1982.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en cesión verificada el día seis (6) de julio de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

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

Nubia González Cerón, Secretaria General.

CARRERA ADMINISTRATIVA.—

El funcionario inscrito en la carrera administrativa lo es para un cargo determinado, de suerte que al pasar a otros, no continúa amarrado indefinidamente a ese cargo inicial ni arrastra consigo el fuero que imprime la carrera, a no ser que el acceso a los nuevos se efectúe conforme a los requisitos exigidos por la carrera.

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

Salvamento de voto.

Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker.

Referencia: Expediente número S-031. Empate. Actor: Hernando Medina Avila.

Con profundo respeto por la decisión adoptada en Sala Plena para dirimir el empate que se presentó en la Sección Segunda al fallar el proceso, deseo exponer mi criterio adverso, que se recoge en dos planteamientos, a saber:

1º Si la justicia que se imparte en esta jurisdicción es *rogada* (palabra horrenda!), es posible conceder o negar al accionante lo que pide pero no es posible darle *lo que no pide* y, menos aún, imponerle aquello contra lo cual expresamente se rebela.

2º El funcionario inscrito en la carrera administrativa lo es para un cargo determinado, de suerte que, al pasar otros, no continúa amarrado indefinidamente a ese cargo inicial ni arrastra consigo el fuero que imprime la carrera a no ser que el acceso a los nuevos cargos se efectúe conforme a los requisitos exigidos por los reglamentos de la carrera, con lo cual se crea una nueva situación frente al nuevo cargo.

Expongo estos criterios a continuación en relación con el *sub lite.*

1. Se narra en la demanda que el actor había sido inscrito en el escalafón de la carrera administrativa por Resolución 469 de 19 de junio de 1972 y que por Resolución número 0699 de abril 13 de 1976 fue declarado insubsistente en el cargo de *Auditor* II-20 (fls. 11-21). En el *petitum* se solicita la anulación del acto administrativo y "ordenar el reintegro de mi poderdante al *mismo cargo que venía desempeñando,* o a otro de igual o superior categoría".

Se reitera esta solicitud de reintegro, en los mismos términos, en numerosos memoriales, particularmente en el alegato de conclusión ante el Tribunal ("...se deberá, en especial, ordenar su reintegro *al mismo cargo* que venía desempeñando o a otro de igual o superior categoría" fl. 27) y al censurar el concepto de la Fiscalía (fl. 31), etc.

2. Contra la sentencia del *a quo* por la cual se ordenó "reintegrar a Hernando Medina Avila... al cargo de *Técnico en Contabilidad I-20* o a otro equivalente" (fls. 3-10), apeló el actor "en lo desfavorable", explicando en el alegato de conclusión de la segunda instancia el propósito de que "se revoque parcialmente la sentencia apelada, ordenando el restablecimiento pleno de los derechos de mi poderdante en la forma como fue solicitada en la demanda inicial y en su adición y corrección y, en especial, ordenando el reintegro del señor Medina Avila *al mismo cargo que venía desempeñando al momento de su remoción,* o a otro de igual o superior categoría..." (fl. 41).

Allí mismo agrega:

> "No obstante lo anterior, *inexplicablemente* el honorable Tribunal sólo ordenó un restablecimiento parcial de los derechos del señor Medina Avila, pues no ordenó su reintegro al *cargo que desempeñaba al momento de producirse la destitución* disfrazada, el de Auditor II-20, sino al de Técnico de Contabilidad I-20, en el que se encontraba inscrito en el escalafón de la carrera administrativa. El restablecimiento del derecho debe ser pleno, debe colocar al demandante en la misma situación en que se encontraba al producirse la destitución, como si este acto no se hubiere producido..." (fls. 46-47).

Similar encarecimiento se lee en los memoriales de folios 48 y 53.

Así pues, está claro que el accionante no pretendía ni quería su reintegro al cargo en que se encontraba inscrito como funcionario de carrera, sino a otro, de distinto nivel y del que había sido separado por declaración de insubsistencia.

El primero de estos destinos no era desempeñado al momento de la desvinculación y, por lo mismo el actor no pudo haber sido separado "ilegalmente" de un cargo que no estaba desempeñando. Fue separado del segundo, al cual no se encontraba vinculado como funcionario de carrera: fué esta desinvestidura ilegal?

Dijo al respecto el Tribunal:

> "El demandante, al proferirse el acto administrativo enjuiciado, se encontraba amparado por la carrera administrativa, pues ingresó a ella mediante el cumplimiento del trámite establecido por la ley en el cargo de *Técnico en Contabilidad I-20.* El demandante gozaba de estabilidad en el cargo referido... Por tanto, no podía la administración declarar insubsistente el nombramiento del demandante... Como el demandante gozaba de estabilidad en el cargo de Técnico en Contabilidad, si quería prescindir de sus servicios ha debido iniciársele un proceso disciplinario...
>
> Sin embargo, el reintegro del demandante no será ordenado al cargo de *Auditor II-20* que desempeñaba al momento de pro-

ducirse el acto administrativo demandado, sino al de *Técnico en Contabilidad I-20,* pues en este cargo donde se encontraba inscrito en el escalafón de la carrera administrativa, según lo que aparece en el proceso, y no al de *Auditor II-20,* salvo si éste último es equivalente a aquél. Por consiguiente, es en el cargo de *Técnico en Contabilidad I-20* donde el actor disfrutaba de estabilidad y al cual se ordenará su reintegro" (fls. 7-8).

No puedo compartir el criterio de que haya de reintegrarse al demandante a un cargo que no desempeñaba, al cual no quería volver, sólo porque años atrás había sido inscrito en la carrera administrativa *en ese cargo.* Sostenerlo equivaldría a suponer que la vinculación a la carrera, que necesariamente es en relación con un determinado cargo, implica la posibilidad de que, sin estar desempeñando ese cargo específico, el funcionario continúe vinculado a la carrera en cargos diferentes. No resiste análisis serio.

3. Son muchas las normas que contemplan la situación que se ventila en este proceso, a algunas de las cuales cabe hacer referencia.

En el Decreto 2400 de 1968 podrían destacarse las que a continuación se transcriben parcialmente.

"Artículo 40. La carrera administrativa tiene por objeto mejorar la eficiencia de la administración y ofrecer a todos los colombianos igualdad de oportunidades para el acceso al servicio público, la estabilidad en sus empleos y la posibilidad de ascender en la carrera *conforme a las reglas* que el presente título establece.

"Para alcanzar estos objetivos el ingreso, permanencia y ascenso en los empleos que no sean de libre nombramiento y remoción se hará *exclusivamente con base en el mérito*...

"Artículo 42. La selección para el ingreso a la carrera o *la promoción dentro de ella se efectuará siempre mediante oposición o concurso*..."

"Artículo 44. Toda vacante de los empleos de carrera se llenará por el sistema de *concurso abierto,* para establecer la idoneidad de los aspirantes conforme a lo previsto anteriormente, pero los empleados inscritos en el escalafón gozarán, de conformidad con las condiciones que se señalen en la *reglamentación de los concursos para ascenso,* de prelación respecto a otros servidores públicos y a las personas ajenas al servicio civil..."

"Artículo 46. El empleado inscrito en el escalafón de la carrera tendrá, además de los derechos previstos en el artículo 7º de este decreto, el de permanecer en el servicio siempre que cumpla con lealtad, eficiencia y honestidad los deberes de su cargo y el *de ascenso por mérito de acuerdo con los reglamentos de la carrera*".

Del Decreto 1950 de 1973 conviene citar las siguientes:

"Artículo 180. La carrera administrativa es un sistema de administración de personal que tiene por objeto mejorar la eficiencia de la administración y ofrecer a todos los colombianos

igualdad de oportunidades para el acceso al servicio público, la estabilidad en sus empleos y la posibilidad de *ascender conforme a las reglas que el presente decreto establece".*

"Artículo 181. Para alcanzar estos objetivos, el ingreso a empleos de carrera y *los ascensos se harán exclusivamente con base en el mérito, mediante concursos u oposiciones;* la permanencia en ellos se determinará por calificación de servicios".

"Artículo 222. Los empleados de carrera administrativa escalafonados gozarán de prelación respecto de los otros servidores públicos y de las personas ajenas al servicio civil para ser ascendidos a los empleos vacantes de la categoría inmediatamente superior.

"Los ascensos se determinarán *mediante concursos...*"

"Artículo 223. *Los concursos* para ascensos se harán anualmente..."

"Artículo 224. Sólo cuando verificado el concurso ninguno de los participantes haya obtenido las calificaciones necesarias para ascender o cuando la naturaleza del cargo lo exija, podrán proveerse los cargos vacantes por concurso abierto".

"Artículo 226. Para la provisión de las vacantes definitivas se realizará primero *el concurso para ascenso.*

"Cuando se hayan vencido las listas de elegibles para ascenso o cuando verificado el concurso ninguno de los participantes haya obtenido las calificaciones necesarias para ascender, deberá convocarse a concurso abierto".

"Artículo 227. El empleado inscrito en el escalafón que apruebe un concurso abierto, tendrá derecho a que su nombramiento se efectúe *como ascenso* dentro de la carrera administrativa, cuando el empleo para el que concursó sea de la misma serie o de series afines o complementarias o del mismo cuadro ocupacional de la carrera especial en que está escalafonado..."

4. Para el suscrito no existe duda alguna de que el demandante estaba desempeñando, al momento de su retiro del servicio, un cargo *de superior jerarquía* al que tenía cuando fue escalafonado. Tampoco es objeto de cuestionamiento el que, en el segundo cargo, no había sido actualizada la vinculación a la carrera administrativa.

Declarado ésto, declarado queda, por ende, que:

I) El accionante fue desvinculado de un cargo al cual no estaba ligado como funcionario de carrera.

II) El cargo al cual inicialmente se vinculó el actor para el ingreso a la carrera, no estaba siendo desempeñado por él al momento del retiro.

III) El reintegro del actor al servicio, en el supuesto de que su desvinculación hubiese sido ilegal, era procedente solamente para el cargo que desempeñaba al ser ilegalmente desinvestido de sus funciones.

Reynaldo Arciniegas Baedecker.

Salvedad de voto.

Del Consejero *Alvaro Lecompte Luna* en el fallo de fecha ocho de julio de mil novecientos ochenta y ocho, de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Expediente número S-031. Actor: Hernando Medina Avila. Autoridades Nacionales. Empate.

Dado que el criterio del suscrito consejero coincida en un todo con el expresado por el honorable consejero doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker en su salvamento de voto en relación con el caso *sub judice*, a él se remite, no sin antes dejar constancia del profundo respeto que lo asiste a la decisión mayoritaria adoptada por la Sala Plena.

Muy cordialmente,

Alvaro Lecompte Luna, Consejero de Estado.

Bogotá, D. E., dieciocho de julio de mil novecientos ochenta y ocho.

SEGURO DE DEPOSITO.— Cobertura, sujetos.

El precio del seguro han de cubrirlo quienes desarrollan la actividad financiera con la plenitud de los riesgos que le son propios, y no quienes les entregan y encomiendan sus disponibilidades o recursos.

DECRETASE LA SUSPENSION PROVISIONAL del numeral 2º literales a, b, c, e, f y h del artículo 2º del artículo 5º del artículo 6º, del artículo 7º y del artículo 8º de la Resolución número 1 de 1988 de la Junta Directiva del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., once de julio de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor José Ignacio Narváez García.*

Referencia: Expediente número 2191. Actores: Marcela Monroy T. y Juan Manuel Charry U. Autoridades Nacionales. Auto.

Marcela Monroy Torres y Juan Manuel Charry Urueña, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, demandaron la nulidad de la Resolución número 1 de 1988 "por la cual se organiza el seguro de depósitos", proferida por la Junta Directiva del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras. Así mismo solicitaron la suspensión provisional de la misma, y al efecto argumentaron:

"1. Consideramos indispensable la suspensión provisional de la Resolución 1ª de 1988 expedida por la Junta Directiva del Fondo de Garantías dado que viola en forma manifiesta evidente y flagrante el artículo 120 ordinal tercero de la Constitución. Dicha violación consiste en que, el Fondo de Garantías, en su carácter de establecimiento público carece de potestad reglamentaria y el objeto de dicha resolución no es otro que reglamentar la Ley 117 de 1985. Esto sin duda rebasa su simple facultad de emitir sus resoluciones o circulares de emitir sus resoluciones o circulares (sic) de carácter interno. Es al Presidente de la República a quien compete la reglamentación de la Ley 117 de 1985".

"2. Como una segunda causal de suspensión provisional de la Resolución 1ª de 1988, consideramos que en su artículo 5º se desbordan los límites fijados por la Ley 117 de 1985, en cuanto ésta no dispuso en forma expresa la obligatoriedad del seguro, lo cual implica una

violación manifiesta, clara y flagrante de dicha ley por parte de la Resolución número 1 de 1988, por cuanto resulta impensable que una carga de tal magnitud, cuya obligatoriedad no consagró la ley, sea impuesta a través de una simple resolución, que la 'deduce' del texto de la ley" (fl. 16).

Consideraciones:

La omisión de anexar a la demanda "una copia del acto acusado, con las constancias de su publicación", como lo ordena el artículo 139 del Código Contencioso Administrativo, fue subsanada por los demandantes con un ejemplar del Diario Oficial número 38.355 de 30 de mayo y copia autenticada de la Resolución impugnada.

Por lo demás, la demanda reúne los requisitos y formalidades previstos en la ley.

Ahora bien, conforme al artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, cuando la acción incoada es de nulidad, para suspender los efectos del acto demandado, bastará que aparezca violatorio de una norma superior, de modo ostensible y que pueda percibirse en una sencilla comparación.

Los actores afirman que la Resolución número 1 de 1988 expedida por la Junta Directiva del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras vulnera manifiesta y flagrantemente el ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución Política de Colombia porque el objeto de la misma "no es otro que reglamentar la Ley 117 de 1985". No obstante, el órgano del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras que aprobó tal Resolución, fue legalmente facultado para organizar y regular el seguro de depósitos. En efecto, en el artículo 2º de la Ley 117 de 1985 se enuncia el objetivo general del mencionado Fondo y entre sus funciones se señala la de *"organizar y desarrollar el sistema de seguro de depósito"* (literal d); el artículo 9º adscribe a la Junta Directiva del Fondo —entre otras— estas atribuciones: b) *Fijar las comisiones, primas, tasas y precios que cobre por todos sus servicios;* c) *Regular el seguro de depósitos cuando decida crear éste".* Y el artículo 10 comienza así: *"La Junta Directiva podrá organizar el seguro de depósitos..."*

Las frases subrayadas suscitan *prima facie* la necesidad de elucidar si la Junta Directiva del Fondo se arrogó la potestad reglamentaria que incumbe al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa, o si obró en ejercicio de una competencia que le adscribió explícitamente la citada Ley 117. Pero como la dilucidación de tal disyuntiva sólo es pertinente en el fallo definitivo, por este aspecto no se satisface la exigencia del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo.

Respecto del cargo de violación de la Ley 117 de 1985 por cuanto el artículo 5º de la Resolución acusada desborda los límites de aquélla, sirven como puntos de referencia los preceptos que contienen las directrices a las cuales debía ceñirse la Junta Directiva del Fondo de

Garantías de Instituciones Financieras para organizar y regular el seguro de depósitos, a saber: El artículo 10 de dicha Ley 117 y el 7º del Decreto reglamentario 032 de 1986. El primero dispuso:

"*Artículo 10*. La Junta Directiva podrá organizar el seguro de depósitos con base en los siguientes principios:

"a) Ofrecer una garantía adecuada a ahorradores y depositantes de buena fe, dentro de los topes que señale la Junta Directiva. La garantía no podrá exceder del 75% de los topes fijados;

"b) Cumplir con los postulados de austeridad y eficiencia en la asunción del riesgo;

"c) Las primas se establecerán de manera diferencial o se preverá un sistema de devoluciones, atendiendo, en ambos casos, a los indicadores financieros y de solvencia de cada entidad inscrita, con base en los criterios técnicos que periódicamente determine la Junta Directiva;

"d) Cuando existan circunstancias que demuestren la relación o participación de algún depositante con las causas motivadoras de quebrantamiento de la entidad financiera, podrá dejarse en suspenso el reembolso de los respectivos depósitos, mientras se declare judicialmente, a instancia de parte, tal relación o participación;

"e) Las primas a cargo de las entidades financieras inscritas no podrán pasar de una suma equivalente al cero punto cinco por mil (0.5/1.000) del monto de sus depósitos a la vista, de ahorro o a término, según el caso".

Y el artículo 7º del Decreto 032 de 1986, ordenó:

"*Artículo 7º* La Junta Directiva del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras podrá regular lo concerniente al seguro de depósitos, teniendo en cuenta que los cobros de la prima del seguro de que trata el literal e) del artículo 10 de la Ley 117 de 1985 se harán mensualmente".

A la luz de estas pautas legales resplandece como principio cardinal del seguro de depósitos el de brindar una protección a los ahorradores y depositantes de buena fe en las entidades financieras inscritas en el Fondo de Garantías. Se trata de un medio para garantizarles la devolución de sus depósitos a la vista, de ahorro o a término, o por lo menos de aminorar eventuales pérdidas sobrevinientes por conductas imputables a la gestión de esas entidades que, debidamente autorizadas por el Estado, se dedican profesionalmente a la actividad de intermediación consistente en la captación masiva, manejo, inversión y administración de activos financieros, asumiendo permanentemente todas las contingencias implícitas e inherentes a esa riesgosa actividad. Por eso la Ley 117 de 1985 las vinculó expresamente a esta modalidad de seguro, que en verdad ostenta peculiaridades *sui géneris*, pero cuyos elementos esenciales son los que enumera el artículo 1045 del Código de Comercio. Desde luego, en esta nueva modalidad de seguro tienen interés asegurable no sólo las entidades financieras sino también el Estado, en procura de mantener la confianza pública en un sector vital de la economía y de la comunidad

en general, así como para constituir reservas en un Fondo que permitan conjurar o atenuar efectos de situaciones críticas susceptibles de desatar reacciones en cadena de alarma colectiva o de pánico económico.

Otra orientación explícita contenida en el artículo 10 de la citada Ley 117 es la relativa a *"las primas a cargo de las entidades financieras inscritas"*, pues se basa en que el precio del seguro han de cubrirlo quienes desarrollan la actividad financiera con la plenitud de los riesgos que le son propios, y no quienes les entregan y encomiendan sus disponibilidades o recursos. Estos, *strictu sensu*, son y deben ser siempre beneficiarios del seguro, pues la Ley 117 lo concibe como "una garantía adecuada a ahorradores y depositantes". Precisamente el artículo 7º del Decreto 032 de 1986 se refiere a la prima a cargo de las entidades financieras inscritas. Pero ninguno de tales preceptos menciona a los depositantes y ahorradores como sujetos pasivos de la obligación de tomar el seguro y, por ende, de pagar prima alguna, ya que quienes trasladan el riesgo asegurable al Fondo de Garantías son las entidades inscritas en el mismo. Ciertamente los intermediarios financieros, tanto en la teoría como en la praxis, asumen las contingencias y responsabilidades de la actividad que desarrollan y no quienes confiando en su profesionalidad y responsabilidad, les suministran activos para la custodia, manejo, inversión y/o administración. Y son los comportamientos o conductas imputables a sus gestores los que determinan eventuales tomas de posesión o de liquidaciones o de otras medidas previstas en la ley cuando las entidades financieras que ellos dirigen, orientan y administran han incurrido en prácticas temerarias, inseguras o ilícitas.

Pues bien: La Resolución número 1 de 1988, por la cual la Junta Directiva del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras organizó el seguro de depósitos contiene disposiciones que rebasan los parámetros que le trazaron normas jerárquicamente superiores. Es precisamente lo que se observa al primer golpe de vista en el artículo 2º que impone la obligación de tomar el seguro a los titulares de las acreencias puntualizadas en los literales a, b, c, d, e, f y h del numeral 2; en el artículo 5º que obliga a los titulares de dichas acreencias a pagar una prima anual en porcentajes no contemplados en la ley y que exceden en gran proporción los fijados para las entidades financieras; en el artículo 6º que establece la forma de determinar tales primas; en el artículo 7º que señala el monto hasta el cual "estarán obligados a pagar primas" los titulares de las mencionadas acreencias; y en el artículo 8º, según el cual, las primas a cargo de ahorradores y depositantes, serán cobradas por los entidades financieras a nombre del Fondo de Garantías, en la forma como su texto indica. Además, en algunos de estos preceptos se prevén cobros anticipados de las primas o de modo ostensiblemente contrario a lo dispuesto en el artículo 7º del Decreto 032 de 1986.

En consecuencia, la Sala Unitaria decide:

1º Admítese la demanda instaurada por los doctores Marcela Monroy y Juan Manuel Charry, y para su trámite se ordena:

a) Notifíquese personalmente al señor Director del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, quien ejerce su representación (Decreto 1112 de 1987, art. 1º);

b) Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público;

c) Cumplido lo ordenado en los literales a) y b) que preceden, fíjese en lista por el término de diez (10) días, para que la entidad demandada conteste la demanda y ella, así como cualquier coadyuvante o impugnador, proponga excepciones o soliciten la práctica de pruebas.

2º Decrétese la suspensión provisional del numeral 2 (literales a, b, c, e, f y h) del artículo 2º; del artículo 5º; del artículo 6º; del artículo 7º y del artículo 8º de la Resolución número 1 de 1988 (mayo 27) "por la cual se organiza el seguro de depósitos", dictada por la Junta Directiva del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

José Ignacio Narváez García.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

CAMARAS DE COMERCIO.— ACTOS DE REGISTRO.

El artículo 159 del Código de Comercio modificado por el artículo 13 de la Ley 44 de 1981, prohíbe a las Cámaras de Comercio registrar las escrituras de reforma sin la previa autorización de la Superintendencia de Sociedades sometidas a su control.

SUSPENDESE PROVISIONALMENTE los efectos de la Resolución número 913 de 24 de mayo de 1988, proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio.

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

Consejero ponente: *Doctor Guillermo Benavides Melo.*

Referencia: Expediente número 942. Actor: Sociedad Rafael V. Roa V. y Hermanos Sucesores.

Presentándose a través de apoderado la sociedad colectiva Rafael V. Roa y Hermanos Sucesores, en acción de restablecimiento del derecho persigue la declaratoria de nulidad de la Resolución número 913 de 24 de mayo de 1988, proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio.

Teniendo en cuenta que el libelo se ajusta a los requerimientos meramente formales que la ley exige, la demanda será admitida.

Suspensión provisional:

Se entra a estudiar la solicitud de suspensión provisional que del acto acusado hace la actora en el mismo libelo de demanda, por reputar que transgrede ostensiblemente los artículos 159 del Código de Comercio y 73 del Código Contencioso Administrativo.

El acto acusado dispone en su parte resolutiva: Reconocer a Luis Manrique Naranjo y Saúl Sotomonte Sotomonte como "apoderados en las presentes diligencias" (sic): "Revocar la Resolución 058 de 11 de diciembre de 1987, proferida por la Cámara de Comercio" (sic), y ordenar a la Cámara de Comercio de Bogotá inscribir la escritura pública número 5296 de 11 de agosto de 1987 de la Notaría Sexta del Círculo de Bogotá.

Son hechos: La sociedad actora, en reunión de 22 de agosto de 1985 decidió excluir como socios a Aníbal y Ramón Hernando Roa

Villamil; como tal sociedad está sometida a la vigilancia e inspección de la Superintendencia de Sociedades, ésta la autorizó para el otorgamiento de la respectiva escritura pública de reforma estatutaria, según la Resolución SL-DAL 09327 de 17 de octubre de 1985, conforme a los artículos 267-f del Código de Comercio y 2º del Decreto 584 de 1983; contra la citada Resolución de Supersociedades, Aníbal y Ramón Hernando Roa Villamil interpusieron el recurso de reposición (art. 282 del C. de Co.), que fue resuelto confirmando la resolución recurrida; mediante la Escritura Pública número 0689 de 13 de febrero de 1986, de la Notaría 27 de Bogotá, la actora solemnizó la reforma estatutaria de exclusión de los dos socios citados; esta escritura 0689 de 1986 fue registrada en la Cámara de Comercio de Bogotá bajo el número 185.647 de 20 de febrero de 1986; contra el acto administrativo de registro mercantil, el señor Aníbal Roa Villamil interpuso el recurso de reposición, el cual fue resuelto por la Cámara de Comercio de Bogotá mediante la Resolución número 016 de marzo 6 de 1986, que confirmó el citado acto de registro número 185.647 y en subsidio concedió apelación ante la Superintendencia de Industria y Comercio (C. de Co., art. 94); al desatar la apelación, mediante la Resolución 945 de junio 10 de 1986, la citada Superintendencia confirmó la inscripción (número 185.647) de la escritura 0689 de 1986. En tales circunstancias, la confirmatoria de la inscripción apareja la firmeza de la exclusión de los señores Aníbal y Ramón Hernando Roa Villamil, lo cual "surtía plenos efectos respecto de terceros y creaba una situación jurídica individual y concreta para la sociedad Rafael V. Roa V. y Hermanos Sucesores respecto de sus socios". No obstante, los dos exsocios excluidos de la sociedad, acudieron tanto a la jurisdicción contencioso administrativa, como a la ordinaria y a la Superintendencia de Sociedades con el fin de infirmar dicha exclusión "sin que hayan tenido éxito". Empero, los dos citados excluidos "acudieron a la Notaría Sexta del Círculo de Bogotá y, dado que en el certificado de constitución y gerencia de la sociedad (...) sigue apareciendo el aporte de capital de ellos, cosa bien distinta a que sigan siendo socios de la sociedad, manifestaron que asumían nuevamente su calidad de socios y procedían a tomar la administración y representación legal de la sociedad demandante, a través de la escritura pública número 5296 de 11 de agosto de 1987. Dado que dicha manifestación de voluntad constituye sin duda un fraude, toda vez que en el certificado de la Cámara de Comercio que exhibían aparece registrada la exclusión como socios de los otorgantes de la escritura, el Notario Sexto dejó expresa constancia en la escritura en el sentido de que *'no asume responsabilidad alguna por el contenido y alcance jurídico de las declaraciones emitidas por los comparecientes'* " (Subrayas del demandante).

En agosto 20 de 1987 solicitaron los citados dos excluidos de la sociedad la inscripción de la escritura 5296 de 1987 a la Cámara de Comercio de Bogotá, entidad ésta que se abstuvo de hacer la inscripción, "por cuanto al ser la sociedad demandante vigilaba por la Superintendencia de Sociedades, se ha debido presentar la Resolución que autorizaba la escritura según lo dispone el artículo 159 del Código de Comercio que a la letra dice: *Las Cámaras de Comercio se abstendrán de registrar las escrituras de reforma sin la previa autorización de la Superintendencia* (de Sociedades), *cuando se trate de sociedades*

sometidas a su control" (destaca el actor). Entonces, ante la negativa de inscripción, los dos excluidos de la sociedad "intentaron contra esta indicación de la Cámara en el sentido de que acompañaran la Resolución de la Superintendencia de Sociedades que autorizaba la escritura, el recurso de reposición y en subsidio el de apelación, el cual fue desatado mediante Resolución número 050 de 9 de octubre de 1987, en el sentido de rechazar por improcedentes los recursos interpuestos, ya que se consideró que la indicación de la Cámara era un simple auto de trámite no susceptible de ser recurrido según el artículo 49 del Código Contencioso Administrativo, mediante el cual no se había hecho un pronunciamiento de fondo". En 22 de septiembre de 1987, el señor Ramón Hernando Roa Villamil presentó memorial a la Cámara de Comercio de Bogotá insistiendo en la inscripción de la escritura 5296 de 1987, solicitud que resolvió la Cámara por Resolución 058 de diciembre 11 de 1987, en el sentido de "no acceder a la petición de inscripción (...) por las razones expuestas en la parte motiva. Entre estas razones se encuentra la perentoria exigencia del artículo 159 del Código de Comercio" antes transcrito. Las tantas veces mentados dos exsocios excluidos interpusieron recurso de apelación ante la Superintendencia de Industria y Comercio contra la citada Resolución 058 de 1987 de la Cámara de Comercio; dicha Superintendencia desató la apelación a través de su Resolución número 913 de 24 de mayo de 1988, aquí acusada, que dispone revocar la Resolución 058 de 1987 de la Cámara de Comercio y ordena a ésta inscribir la escritura número 5296 de 1987. El actor aclara que los dos exsocios excluidos "sí tienen derechos sobre la sociedad (...), pero a lo sumo como acreedores por el monto de sus aportes, si es que la causal de exclusión no determina su pérdida, pero esto en ningún momento significa que puedan asumir la administración y representación legal de la sociedad (...), toda vez que son unos extraños frente a ella". El actor agrega: "Además a través de la resolución acusada se hizo una revocatoria directa en relación con la Resolución número 945 de 10 de junio de 1986 de la misma Superintendencia de Industria y Comercio, mediante la cual confirmó la inscripción de la escritura pública número 689 de 13 de febrero de 1986 de la Notaría 27 de Bogotá, por la cual se solemnizó la exclusión de Aníbal y Ramón Hernando Roa Villamil de la sociedad (...), sin que se haya dado, además porque jamás lo pidieron, el consentimiento escrito y expreso" de la actora, "a cuyo favor se había creado una situación jurídica de carácter particular y concreto por parte de la Resolución 945 ya citada. Igualmente, virtualmente pretende revocar las dos Resoluciones de la Superintendencia de Sociedades, mediante las cuales se autorizó la exclusión de los señores Roa Villamil". Finalmente, a través del acto acusado la Superintendencia de Industria y Comercio "está invadiendo competencias privativas de la Superintendencia de Sociedades que le han sido atribuidas por el artículo 1166 de Código de Comercio".

El posible perjuicio eventual exigido por la ley para pretender la medida cautelar impetrada surge de "la escritura que ordena inscribir el acto acusado" por cuanto "se dispone entregar la representación legal (de la actora) a unas personas que fueron excluidas de la misma por sus procederes abiertamente fraudulentos tal como aparece en la respectiva Acta de exclusión, que también debidamente

autenticada se anexa a la demanda. Esta espuria representación legal significaría la libre disposición de las cuentas corrientes de la sociedad y demás activos sociales".

El Despacho considera que el asunto *sub exámine* bien puede resumirse del siguiente modo, para hacer la claridad que el caso exige en orden a determinar lo necesario:

La exclusión de dos socios fue autorizada por la Superintendencia de Sociedades y con base en ello la escritura pública de reforma estatutaria se inscribió en la Cámara de Comercio de Bogotá bajo el número 185.647. Se recurrió contra esta inscripción y la Cámara la confirmó, a la vez que al desatar la apelación que se le propuso, la Superintendencia de Industria y Comercio confirmó tal exclusión por la Resolución número 945 de 1986. Los dos exsocios excluidos corrieron la escritura pública número 5296 de 1987 mediante la cual se tomaron la administración y representación legal de la sociedad, escritura a la cual el Notario le dejó una constancia que hace resaltar la actora y que obra a folio 77 vuelto. Dichos dos socios pidieron a la Cámara la inscripción de la escritura 5296 de 1987 y la Cámara negó la inscripción por faltar la respectiva autorización de la Supersociedades que exige el artículo 159 del Código de Comercio. Habiendo después acudido de nuevo ante la Cámara de Comercio los dos socios excluidos para que se inscribiera la citada escritura 5296 de 1987, la Cámara negó la inscripción por Resolución número 058 de 1987. Al apelar dichos dos socios contra esta resolución ante la Superintendencia de Industria y Comercio, esta entidad dictó su Resolución 913 de 1988, aquí acusada, mediante la cual revocó la Resolución 058 de 1987 de la Cámara de Comercio y le ordenó inscribir la escritura 5296 de 1987.

De lo anterior clara y espontáneamente surge lo siguiente: Con el acto acusado y sobre el cual además pesa la petición del decreto de la medida cautelar suspensiva, la Superintendencia de Industria y Comercio ciertamente quebranta de manera manifiesta tanto el artículo 159 del Código de Comercio, modificado por el artículo 13 de la Ley 44 de 1981, que prohíbe a las Cámaras de Comercio registrar las escrituras de reforma sin la previa autorización de la Supersociedades, en tratándose de sociedades sometidas a su control, como ocurre en el presente caso; como igualmente lesiona de modo ostensible dicha Superintendencia de Industria y Comercio el artículo 73 del Código Contencioso Administrativo, al haber revocado una situación jurídica particular y concreta de la actora (el registro número 185.647 y los derechos que comporta) sin el consentimiento expreso y escrito de ésta. Además, tal situación jurídica subjetiva y concreta de la actora, revocada contra lo ordenado por el artículo 73 del Código Contencioso Administrativo, había sido reconocida anteriormente por la misma Superintendencia de Industria y Comercio a través de su Resolución 945 de 1986. Con su acto administrativo aquí acusado, por contera esta Superintendencia invadió, tomando para sí, competencias que la ley le entrega a la Superintendencia de Sociedades. Prospera, pues, la medida precautelativa impetrada por el actor.

En consecuencia, el Despacho *decide:*

1º *Admitir la demanda.*

2º *Suspender provisionalmente* los efectos de la Resolución número 913 de fecha 24 de mayo de 1988, proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio.

3º Tener a la sociedad colectiva Rafael V. Roa V. y Hermanos Sucesores como parte demandante.

4º El abogado Gabriel de Vega Pinzón es mandatario judicial de la actora.

5º La Nación colombiana es parte demandada, representada en este caso por la Superintendencia de Industria y Comercio.

6º Notificar personalmente esta providencia al Fiscal Primero del Consejo de Estado.

7º Notificar igualmente de modo personal este proveído al Superintendente de Industria y Comercio y a los ciudadanos Aníbal y Ramón Hernando Roa Villamil por tener interés en el proceso.

8º Fijar en lista este negocio por el término legal de diez (10) días, para los efectos señalados en el artículo 207-3 del Código Contencioso Administrativo.

9º *Prevenir a la Superintendencia de Industria y Comercio* de la prohibición expresa que establece el artículo 158 del Código Contencioso Administrativo sobre reproducción en forma alguna de contenido idéntico, semejante o equivalente al de su Resolución 913 de 1988 cuyos efectos quedan suspendidos de modo provisorio.

10. La suspensión provisional aquí decretada se extinguirá pasados treinta (30) días hábiles a partir de la notificación de esta providencia, si la parte actora no continúa las gestiones propias del proceso.

11. Enviar copia *in integrum* de este proveído a la Superintendencia de Industria y Comercio y a la Cámara de Comercio de Bogotá.

12. Por Secretaría solicítense los correspondientes antecedentes administrativos a la Superintendencia de Industria y Comercio.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Guillermo Benavides Melo, Consejero de Estado.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

INTRA.— Procedimientos administrativos.

De conformidad con el inciso 2º del artículo 1º del Código Contencioso Administrativo "los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se regirán por éstas".

SUSPENDESE PROVISIONALMENTE los efectos de la Resolución número 1766 de 26 de octubre de 1987 del Director General de Intra.

REVOCACION DIRECTA DE ACTOS ADMINISTRATIVOS. Situación consolidada.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., diecinueve de julio de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Guillermo Benavides Melo.*

Referencia: Expediente número 874. Actor: Sociedad Expreso Trejos Limitada.

Por conducto de apoderado acude a esta Corporación la sociedad Expreso Trejos Limitada en acción de restablecimiento del derecho contra la Resolución número 1766 de 26 de octubre de 1987, expedida por el Director General del Instituto Nacional del Transporte, INTRA, con solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto acusado.

Por satisfacer las exigencias de mera forma que señala el Código Contencioso Administrativo, la demanda será aceptada.

Suspensión provisional:

A folios 90 y 91 de su demanda el actor solicita y sustenta la medida cautelar extraordinaria en la forma como, abreviadamente, se indica a continuación: Mediante la Resolución número 1048 de 1987, el INTRA determinó "reestructurar el servicio público de transporte autorizado a las empresas Expreso Trejos Ltda. y Expreso Palmira S. A.", les asignó los respectivos horarios y rutas, dejó sin vigencia "las autorizaciones que sobre estas rutas y horarios" se habían otorgado a dichas empresas transportadoras con anterioridad y señaló que contra la resolución misma "procede por la vía gubernativa el recurso de reposición para ante este despacho" (Ver fls. 10 a 15).

Contra tal Resolución 1048 de 1987 la entidad actora interpuso en término el recurso de reposición para que se modificara parcialmente en la forma señalada en el correspondiente escrito del recu-

rrente, por cuanto hacía variaciones diversas respecto de horarios y rutas antes asignados, hallando en consecuencia una situación individual y concreta de la actora, situación jurídica "que no puede ser modificada ni desconocida por el INTRA sin el consentimiento expreso y escrito del titular del derecho, como lo estatuye el artículo 73 del Código Contencioso Administrativo". Este recurso de reposición "no se refiere a la parte de la providencia acusada" en lo que respecta "a las rutas y horarios Cali-Armenia-Manizales y viceversa", puesto que Expreso Trejos Ltda. "acepta lo previsto (sobre este particular) en la mencionada Resolución 1048" de 1987 impugnada en reposición en sede administrativa, conforme se aprecia en la copia del escrito autenticado aportado por el recurrente junto con su demanda y que obra a folios 23 a 28.

El Despacho anota lo siguiente:

El acto acusado y cuya suspensión provisional se impetra, dispone "rechazar los recursos de reposición interpuestos (..) contra la Resolución número 1048 de 1987" y "revocar de oficio" esta resolución "por las razones expuestas en la parte motiva". Entre tales razones o motivaciones se indica que los recursos de reposición nó fueron presentados personalmente como lo ordena el artículo 52 del Código Contencioso Administrativo y que como "en el proceso de reestructuración (de adjudicación de rutas y horarios) que culminó con la Resolución 1048 de 1987 se contrariaron manifiestamente" varias disposiciones legales allí citadas, entonces "procede la revocación (oficiosa) del acto administrativo", de acuerdo con lo dispuesto en los preceptos 69-a y 71 del citado Código Contencioso Administrativo.

Sin necesidad de estudio especial, es evidente que el recurso de reposición fue interpuesto oportunamente y por quien tenía derecho a hacerlo, como se desprende de la boleta o documento que obra a folio 22 del expediente y según el cual, a las once y veintiún minutos del día 27 de junio de 1987, el señor César Córdoba O., depósito en las oficinas de radicación de documentos su escrito de reposición contra la Resolución número 1048 del mismo año, y obrando en su calidad de Gerente de Expreso Trejos. Si el edicto destinado a notificar dicho acto administrativo fue fijado el 29 de julio de 1987, pero la providencia fue expedida el día 15 de los mismos mes y año, no se ve cuál pueda ser la razón valedera para decir en el acto acusado que el recurso fue irregularmente interpuesto.

Por otra parte, tampoco es válida la motivación de la Resolución número 1766 de 1987, acusada a través de esta acción, cuando pretende justificar su revocatoria directa en supuestas fallas de procedimiento, por no haberse ajustado al señalado por el actual Código Contencioso Administrativo y específicamente a las previsiones de los artículos que allí se mencionan, toda vez que la Resolución revocada por la que ahora se acusa, no tenía necesidad de apoyarse en las disposiciones de la primera parte del Decreto 1 de 1984. En efecto, olvidó el INTRA que de conformidad con el inciso segundo del artículo 1º del Código, "los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se regirán por éstas", y que tal previsión es desarrollo y aplicación del artículo 5º de la Ley 58 de 1982 (invocada también por el Instituto), según el cual, el procedimiento y los principios que en

dicho texto se incorporan, son supletorios o "a falta de procedimiento especial (en) las actuaciones administrativas de nivel nacional, departamental y municipal".

Tanto el Decreto 1393 de 1970, como el 2245 de 1976, establecen procedimientos especiales para el otorgamiento de rutas y horarios a las empresas que en ello tengan interés, según puede observarse en los artículos 62 y siguientes del primer estatuto citado, y en todo el texto del Decreto 2245 de 1976, y a ellas se ajustó el Instituto. De manera que existiendo normas especiales, y habiéndolas aplicado, no es legítimo invocar aquellas que tienen carácter supletivo, como lo hizo el INTRA, violando ostensiblemente norma superior.

Por lo demás existe contradicción al dar aplicación a los artículos 69 y siguientes del Código Contencioso Administrativo, y especialmente al artículo 73 que se refiere a la revocatoria de actos creadores de situación jurídica individual y concreta, porque para que tal posibilidad pudiera plantearse, sería necesario que dicha situación particular hubiese sido creada y consolidada por el acto de cuya revocatoria se trate, independientemente de la juridicidad o no del retiro del mismo a través del revocatorio. Y cabe aquí la jurisprudencia del Consejo de Estado, contenida en la sentencia de 15 de junio de 1984 (Sección Primera, Expediente número 4217, Actor Expreso Trejos Ltda. Consejero ponente, doctor Jacobo Pérez Escobar), cuyo texto fue agregado a este expediente.

"Pretende la demandante que en tales condiciones se generó para él un derecho que sólo podía ser modificado con su consentimiento. Sin embargo, es sabido que la interposición de recursos contra los actos administrativos, cuando sean procedentes, impiden transitoriamente la ejecutoriedad de tales actos. Es decir, la Resolución 121, a raíz del recurso de reposición oportunamente interpuesto por Expreso Palmira, impidió que en su momento se concretara el derecho alegado por el demandante, derecho que fue definitivamente rechazado por medio de la Resolución 538.

"

"En síntesis, el recurso oportunamente presentado por Expreso Palmira S. A., impidió la concreción del derecho que por medio de la Resolución 121 recurrida se le había otorgado a la demandante. Por lo tanto no puede ésta alegar la violación de las normas constitucionales y del Decreto 2733 de 1959 antes citados, que protegen los derechos adquiridos con justo título, pues ésta nunca se generó a favor de la demandante".

Si contra la Resolución número 1048 de 1987 fue interpuesto el recurso de reposición antes de su ejecutoria, no pudo consolidarse situación jurídica concreta alguna, hasta el momento en el cual se produjo (en un mismo acto, el acusado) tanto el rechazado del recurso como la revocación directa. Y si tal situación particular no se produjo, mal podía la Resolución 1766 de 1987, acusada, revocar un acto administrativo que no había alcanzado a producir efectos en derecho ni en favor de ninguna persona, porque antes de que tal cosa ocurriera, fue interpuesto el recurso de reposición, impidiendo así la posible ejecutoria del mismo, según se ha visto.

En consecuencia de todo lo anterior, prospera la solicitud de suspensión provisional, y el Despacho, por lo expuesto,

Decide:

1º *Admitir la demanda* propuesta.

2º *Suspender provisionalmente* los efectos de la Resolución número 1766 que con fecha 26 de octubre de 1987 profirió el Director General del Instituto Nacional del Transporte, INTRA.

3º Tener a la entidad Transportadora Expreso Trejos Limitada como parte demandada.

4º Tener el abogado José María Marmolejo como mandatario judicial especial de la actora.

5º Tener como parte demandada a la Nación colombiana —INTRA—, representada en este caso por el Ministro de Obras Públicas y Transporte.

6º Notificar personalmente este proveído al Fiscal Primero del Consejo de Estado.

7º Notificar igualmente de manera personal esta providencia al Ministro de Obras Públicas y Transporte y al Director del Instituto Nacional del Transporte, INTRA.

8º Fijar en lista este negocio por el término legal de diez (10) días, para los efectos previstos en el artículo 207-3 del Código Contencioso Administrativo.

9º Solicitar por Secretaría los correspondientes antecedentes administrativos al Instituto Nacional del Transporte, INTRA.

10. Prevenir al Instituto Nacional del Transporte, INTRA, de la prohibición expresa que establece el artículo 158 del Código Contencioso Administrativo sobre reproducción alguna de contenido idéntico, semejante o equivalente al de la Resolución 1766 de 1987 cuyos efectos quedan suspendidos provisionalmente.

11. La suspensión provisional aquí decretada se extinguirá pasados treinta (30) días hábiles a partir de la notificación de esta providencia, si la parte a quien favorece no continúa las gestiones propias del proceso, de conformidad con lo previsto en el artículo 156 del Código Contencioso Administrativo.

12. Enviar copia *in integrum* de este proveído al Director General del INTRA y al Ministro de Obras Públicas y Transporte.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Guillermo Benavides Melo, Consejero de Estado.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA.— Funciones.

A la Contraloría le compete ejercer la vigilancia de la gestión fiscal de la administración, exclusivamente, y le está vedado el ejercicio de funciones propias de la administración activa. Reiteración jurisprudencial.

DECLARASE LA NULIDAD de la parte dispositiva del acto de la Contraloría General de la República contenido en el oficio número 41289 de 2 de diciembre de 1986, autorizado por el Contralor General.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., veintidós de julio de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Guillermo Benavides Melo.*

Proyectó: *Doctor Luis Miguel Quiñones F.*, Magistrado auxiliar.

Referencia: Expediente número 623. Actor: Asociación de Ingenieros Consultores Colombianos —AICO—.

La Sección Primera de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado entra a decidir en el fondo el proceso iniciado por conducto de apoderado por la Asociación de Ingenieros Consultores Colombianos —AICO— en acción popular de anulación, con medida precautelar suspensiva, contra "el acto administrativo contenido en el Oficio número 41289 de diciembre 2 de 1986, contentivo del concepto número 75 de la Oficina Jurídica, dirigido por el Jefe de la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República, previa autorización expresa del señor Contralor General, al Auditor Especial ante CORELCA".

1. El acto acusado:

El tenor literal de la parte dispositiva del acto administrativo materia de la pretensión anulatoria de la actora dice formalmente lo que sigue:

"Contraloría General de la República —Oficina Jurídica— numeral 41289, Bogotá, D. E., 2 de diciembre de 1986 (...)

"Por lo anteriormente expuesto, se *conceptúa:*

"1º Para aquellas entidades oficiales como los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias y Estableci-

mientos Públicos (como lo es CORELCA de acuerdo al Decreto 963 de 1972), que obran exclusivamente con arreglo al Derecho Público y celebran *contratos administrativos*, no es viable el pacto de intereses sino en casos expresamente autorizados por la ley.

"1.2. Pero si estas mismas entidades celebran *contratos de derecho privado de la administración* pueden pactar intereses moratorios, puesto que se rigen por las normas civiles, comerciales o laborales.

"2º Para organismos cuya actuación se sujeta a las reglas del derecho privado, como son las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, pueden pactar intereses de mora cuando estén celebrando contratos regulados por normas del derecho privado.

"3º Dentro de las anteriores diferencias debe actuar el señor Auditor ante CORELCA para la refrendación u objeción fiscal a las cuentas de cobro por concepto de cancelación de intereses de mora" (Lo destacado pertenece al texto).

Se anota que, como expresamente lo observa el mismo concepto jurídico de la Contraloría, además de hallarse autorizado por el Contralor General de la República, tales conceptos "son de obligatorio cumplimiento para todos los funcionarios" de dicho ente.

2. Suspensión provisional del acto:

Como se dijo en el proveído del Consejero ponente que admitió la demanda y suspendió de modo provisorio el acto administrativo acusado, de fecha 28 de julio de 1987 (fls. 41 a 45), "en el mismo libelo de demanda la sociedad actora, mediante apoderado, impetra el decreto de la medida provisional suspensiva del acto acusado por reputar que viola directa y ostensiblemente los artículos 20, 59 y 60 de la Constitución Nacional, 1, 2 y 3 de la Ley 20 de 1975, 1, 2 y 3 del Decreto 925 de 1976 y 298 del Decreto 222 de 1983, toda vez que con dicho acto la Contraloría extralimitó sus funciones propias al adoptar decisiones de índole administrativo y desconoció el contenido de decisiones anteriores del Consejo de Estado sobre el mismo punto de que trata el acto acusado".

Tal medida precautelativa de suspensión provisional del "concepto jurídico" obligatorio materia de la demanda, fue combatida a través de la Contraloría como parte demandada, mediante el recurso ordinario de súplica. La Sala de Decisión por providencia de 2 de octubre de 1987, al desatar la impugnación suplicatoria, confirmó el proveído que suspendió el acto (Ver fls. 62 a 65).

3. Alegatos:

La mandataria judicial de la actora estuvo presente para defender sus pretensiones que, como se vio, fueron ya acogidas en parte por el Consejo de Estado al decretar la medida cautelar ante vista. En su alegato final reitera sus pedimentos explayados en el libelo de demanda.

Por su parte, el apoderado especial de la demandada al alegar en forma conclusiva (Ver fls. 73 a 78) endereza sus razonamientos a que "se mantenga incólume el acto acusado y se niegue la nulidad solicitada". Adelante se tocarán dichos razonamientos, que equivocadamente los sustenta sobre un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

4. La vista Fiscal:

El señor Fiscal Primero del Consejo de Estado, al emitir su concepto de fondo (fls. 82 a 84), solicita que se acceda a las súplicas de la demanda. En su oportunidad se verá el argumento esencial del colaborador del Ministerio Público.

Habiéndose observado en el plenario las ritualidades de índole procedimental establecidas en la ley, procede la Corporación a pronunciarse en el fondo del asunto, previas las siguientes

Consideraciones:

Primeramente se acotarán las alegaciones que hace el mandatario de la demandada. Las fundamenta en el concepto de 10 de agosto de 1987 que, radicado bajo el número 115, emitió la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, conforme al cual, frente al régimen de contratación administrativa que nos rige, por no ser de la naturaleza del contrato administrativo y no existir previa autorización legal, no es posible pactar intereses moratorios en los contratos administrativos.

La Sala no entra a estudiar o analizar si son o no viables legalmente los intereses de mora que se incorporen en los contratos administrativos, porque el punto está por fuera del elenco. Lo que aquí se debate es la legalidad de un acto administrativo de la Contraloría General de la República que incursiona en campos de la administración, sin que importe la bondad legal misma o, por el contrario, el desacierto jurídico del concepto obligatorio. Así las cosas, el apoderado de la demandada no toca el punto fundamental materia del debate y en esta forma penetra en otra área diferente de la aquí cuestionada: En el caso *sub exámine* la controversia radica alrededor de la intervención, por parte de la Contraloría General, en la órbita de la administración pública, a la luz del aparato legal que nos rige. Como se verá, tal intervención es ilegal y lesiona mandatos fundamentales de la Constitución Nacional.

La Sala acoge los siguientes pasajes del concepto de fondo de su colaborador Fiscal:

"Como bien lo dice el Consejero ponente en el presente caso, las órdenes dada al Auditor Especial y contenidas en el oficio demandado, constituye una clara intromisión de la agencia controladora en áreas que no competen ni en razón de la función administrativa general de la Contraloría, ni en razón de las funciones específicas de su agencia ante la entidad controlada.

"La Fiscalía quiere hacer énfasis una vez más ante la Sección Primera del Consejo de Estado que a pesar de que son varios los fallos por medio de los cuales se ha definido claramente que esta conducta ilegal de la Contraloría es una intromisión en las funciones administrativas que no le son propias, dicha dependencia continúa repitiendo este tipo de actuaciones administrativas que solamente entraban el funcionamiento propio del control fiscal y obstaculiza no solamente el servicio público de las entidades administrativas, sino el logro de los fines de las entidades controladas, desbordando así las funciones que le son propias por la Constitución y las leyes, y desconociendo el obligatorio cumplimiento contenido en los reiterados fallos del Consejo de Estado sobre la materia".

Igualmente la Sala hace suyos los siguientes apartes de la providencia atrás aludida y mediante la cual dispuso el Consejero que ha conducido el proceso suspender en forma provisional los efectos del oficio atacado:

"Dice el canon 59 de la Constitución Política:

" 'La vigilancia de la gestión fiscal de la administración corresponde a la Contraloría General de la República y se ejercerá conforme a la ley.

" 'La Contraloría no ejercerá funciones administrativas distintas a las inherentes a su propia organización (...)'

"No es menester hacer lucubraciones semasiológicas de tipo jurídico para evidenciar cómo el mentado concepto extravasa la función contralora de la gestión fiscal de la administración, a zonas o campos puramente administrativos, vale decir, que la Contraloría General está incursionando en ámbitos que le están claramente vedados por el preinserto inciso segundo del artículo 59 de la Superley. Pero es más, todavía: Con tal incursión, la Contraloría quebranta también otros mandatos superiores que le impiden, mediante terminante prohibición, reproducir actos suyos que habían sido suspendidos provisionalmente, cobijados después por la correspondiente sentencia de nulidad, como lo recuerda la actora. En efecto, dijo el Consejo de Estado en sentencia de 5 de noviembre de 1979, con ponencia del Consejero doctor Carlos Galindo Pinilla, recaída en el proceso número 2896, en el cual figura como actora la misma entidad AICO que ahora está accionando:

"A la Contraloría le compete ejercer la vigilancia de la gestión fiscal de la Administración, exclusivamente, y le está vedado el ejercicio de funciones propias de la Administración activa (art. 59 de la C. N.). Una de las modalidades que ofrece esa vigilancia es el llamado 'control previo', que le permite a la Contraloría verificar el cumplimiento de las normas fiscales antes de la realización del gasto. Por consiguiente, es perfectamente claro que el punto de referencia de tal control no puede extenderse a normas reguladoras de actividades diferentes a la del gasto mismo, como serían por ejemplo, las disposiciones que gobiernan la actividad administrativa generadora del gasto.

"El control numérico legal, previo al gasto, surge frente a una orden de pago, para verificar su legalidad por el aspecto puramente

fiscal y no habilita al órgano que lo ejerce para discutir o controvertir el Acto administrativo que pretende ejecutarse a través de la orden de pago, pues esto equivaldría a una intromisión en la actividad propia de la Administración.

"En el caso planteado en la demanda, la Contraloría desconoce la competencia del Ministerio de Obras Públicas para disponer y liquidar reajustes por mora en el pago de obras ya entregadas, y por tales razones ordena que no se refrende la erogación, con lo cual se hace imposible la ejecución del acto de la administración.

"Ello implica que la Contraloría haga un juicio que desborda el marco fiscal y que, con fundamento en ese juicio, impida la ejecución de un acto que sólo podría controvertirse por la vía jurisdiccional".

En la misma sentencia dice más adelante el Consejo de Estado, en punto que empalma justamente con el aquí acusado:

"Pero cuando el Oficio número CJ-000322 de febrero de 1978 (la Oficina Jurídica) dice: 'El señor Auditor ante el Ministerio de Obras Públicas y Transporte debe abstenerse de refrendar cualquier reajuste sobre el valor de los contratos que se hagan por concepto de mora en el pago de actas de obra entregada, porque la Administración carece de facultades legales para convenir y reconocer tales reajustes', no está (se refiere a la Contraloría General) simplemente buscando la correcta ejecución de transacciones, operaciones, actos o documentos o que se verifique el cumplimiento de las leyes, reglamentaciones y procedimientos establecidos, sino que está asumiendo funciones distintas de las relativas al control numérico legal y, por tanto, contrariando el artículo 59 de la Carta: Implica un juicio jurídico sobre la competencia del Ministro de Obras Públicas en relación con la materia a que se refiere".

"Conforme al artículo 76-11 del Código Contencioso Administrativo, en lo atinente a responsabilidad de los funcionarios públicos, es causal de mala conducta, que motivará multas hasta de un millón cuatrocientos cuarenta mil pesos ($ 1.440.000.00), o la destitución del responsable, reproducir actos suspendidos provisionalmente por la jurisdicción de lo contencioso administrativo mientras tanto no hayan desaparecido los fundamentos legales de la suspensión.

"Así, pues, sin necesidad de examinar o confrontar el concepto obligatorio demandado con otras disposiciones de índole superior, surge *prima facie* la gruesa violación en que incurre del artículo 59 de la Constitución Política, por lo cual amerita disponer la excepcional medida precautelativa provisoria".

Como se dijo arriba, al desatar el recurso de súplica contra el auto que decretó la suspensión provisional, la Sala de Decisión confirmó la medida provisoria por reputar que evidentemente el concepto jurídico obligatorio objeto de la acción ciudadana quebranta de manera palmaria mandamientos de orden superior. Estos razonamientos pertenecen a la providencia de 2 de octubre de 1987 de la Sala de Decisión:

"Ha sido constante y reiterada la jurisprudencia de la Corporación en torno al alcance de los dos primeros incisos del artículo 59

de la Carta, según la cual a la Contraloría le está vedada cualquier actividad que exceda el ámbito meramente fiscal: 'Ha sido reiterada la jurisprudencia nacional y la doctrina en el sentido de fijar el alcance de las normas constitucionales y legales sobre competencia de las Contralorías departamentales, como de la General de la Nación, a la sola, exclusiva y única función de vigilancia de la gestión de la misma, porque ésta es una actividad reservada a las autoridades nacionales, departamentales y municipales, que tienen a su cargo la conducción administrativa y la prestación de los servicios a los gobernados'. La Contraloría, en consecuencia, sólo debe ejercer el control fiscal que, como lo ha dicho el Consejo de Estado, 'tiene por objeto evitar que los gobernantes se excedan en las partidas que el presupuesto les ha asignado y que se empleen los fondos públicos en fines distintos de los que la misma ley les ha señalado' (Sentencia, julio 21 de 1984, Sección Primera, Magistrado ponente, doctor Samuel Buitrago Hurtado, Expediente número 4593)".

El concepto jurídico obligatorio *sub júdice* reprodujo actos (también disfrazados como conceptos jurídicos, pero obligatorios) suspendidos provisionalmente hace diez años y luego declarados nulos por el Consejo de Estado, *verbi gratia,* como aconteció con el acto involucrado en las providencias de junio 9 y septiembre 8 de 1978 (suspensión provisional del oficio-concepto jurídico-obligatorio número C.J. 000322 de 1978 de Contranal) y con la sentencia de 5 de noviembre de 1979 (anulatoria de tal oficio-concepto obligatorio 000322 de 1978), recaídos dentro del proceso de Radicación número 2896, en el que figuraba como actora la misma "Asociación Colombiana de Ingenieros Consultores —AICO—", demandante en el proceso que se está desatando, y que obran en fotocopia a folios 11 a 25 de este expediente. La transgresión legal aparece de bulto ante claras y precisas prohibiciones legales establecidas en los artículos 99 de la Ley 157 de 1941 (vigente para la época de las mentadas providencias) y 158 del Código Contencioso Administrativo que rige en la actualidad y también regía cuando se emitió por la Contraloría General el Oficio 41289 de 1986 que tiene suspendidos sus efectos.

Veamos: En ambos casos anotados, se imparten órdenes de índole impersonal, general y abstracta a Auditores de la Contraloría General para que en todos los contratos administrativos que caigan bajo el ámbito del "concepto jurídico obligatorio" se inmiscuya el agente contralador en áreas estrictamente administrativas del organismo controlado. Y en ambos casos, de modo semejante, concluyen los "conceptos jurídicos" obligatorios recordándoles a los Auditores que dichos conceptos son de inexcusable cumplimiento para los funcionarios fiscalizadores y que "su inobservancia dará lugar a las sanciones previstas en el numeral 4º del artículo 40 del Decreto 937 de 1976".

Decisión:

Con fundamento en las consideraciones que anteceden, la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado, por su Sección

Primera, en acuerdo con su colaborador del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Primero. Declárase la nulidad de la parte dispositiva del acto de la Contraloría General de la República contenido en el Oficio número 41289 de 2 de diciembre de 1986, suscrito por el Jefe de la Oficina Jurídica y autorizado por el Contralor General, preinserto en la parte motiva de esta decisión.

Segundo. Una vez ejecutoriado este fallo y previas las anotaciones de rigor, archívese el expediente.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veintidós de julio de mil novecientos ochenta y ocho.

Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Samuel Buitrago Hurtado, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

DESVIACION DE PODER.—

Se presenta cuando el agente administrativo realiza un acto que cabe dentro de sus atribuciones; observa todas las formalidades prescritas por la ley; el acto se ajusta en sus términos a las normas superiores; pero al proferirlo, se han tenido en miras motivos distintos de aquellos para los cuales se confirió el poder.

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

Consejero ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente número 1672. Autoridades Nacionales (Reconstrucción). Actor: Luis Alfonso Tabares Becerra.

Se decide en el proceso iniciado mediante demanda incoada, a través de apoderado, por el señor Luis Alfonso Tabares Becerra, en acción de plena jurisdicción o de restablecimiento del derecho según el nuevo Código Contencioso Administrativo (Decreto-ley 01 de 1984) contra el acto administrativo contenido en la Resolución número 2039 de 1983 —25 de abril— emanada de la presidencia de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones —TELECOM— que declaró insubsistente el nombramiento como "profesional III, categoría Z de la Vicepresidencia de Operaciones, División Mantenimiento, Sección Conmutación Telefónica, grupo telegráfica local", cargo que últimamente venía desempeñando.

Además de la nulidad del señalado acto, el demandante solicita que se declare en la misma sentencia, que debe ser restablecido en el empleo en cuestión "o en otro de igual o superior categoría, si lo primero no es posible por alguna circunstancia"; igualmente, que se declare que la empresa demandada le pague todos los salarios, aumentos, primas y prestaciones que haya dejado de percibir desde la separación del cargo hasta el día del reintegro y pago de prestaciones sociales que le correspondan, que se ha de tener en cuenta el tiempo que dure su desvinculación del servicio por causa de la resolución acusada.

El asunto ha sido objeto de reconstrucción a la luz del Decreto extraordinario 3825 de 1985, por haberse destruido durante los luctuosos sucesos de 6 y 7 de noviembre de 1985.

Estima la parte actora que el acto cuestionado viola los artículos 2º, 10, 16, 17 y 26 de la Constitución Política; los artículos 6, 11 y 14 del Decreto 2400 de 1968, y los artículos 107, 130, 131 y 132 y el capítulo III del Decreto 1950 de 1973, argumentando que hubo en su expedición una clara y evidente desviación de poder al hacer uso la autoridad nominadora de la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción; para ello, describe los siguientes hechos:

"1. El ingeniero Luis Alfonso Tabares Becerra ingresó a laborar en Telecom el día 26 de mayo de 1975.

"2. Durante su vinculación a Telecom desempeñó diferentes cargos, entre otros:

"a) Ingeniero Grupo Staff (Telegrafía) Gerencia Regional Bogotá;

"b) Ingeniero Mantenimiento Grupo de conmutación Centrales Locales;

"c) Ingeniero Interventor de Conmutación.

"3. Mi poderdante desempeñó sus funciones y cargos con especial eficiencia y dedicación.

"4. El ingeniero Tabares Becerra, por cuenta de Telecom, realizó estudios de especialización en Sistema Telegráfico Electrónico RX, 6 meses, Munich, Alemania. En los últimos años desempeñaba funciones en la División de Mantenimiento Nacional, Vicepresidencia de Operaciones, pero luego fue comisionado para laborar en la División de Ejecuciones de Proyectos, Vicepresidencia de Telecomunicaciones Locales.

"5. El 6 de abril de 1983, mediante comunicación 095 dirigida al doctor Miguel Antonio Vargas Mayorga, Vicepresidente de Telecomunicaciones Rurales, el ingeniero Tabares solicitó el traslado a la División de Mantenimiento Nacional —Vicepresidencia de Operaciones—, nota en la cual explicaba los motivos de la petición, siendo éstos, especialmente algunas deficiencias estructurales observadas en la Vicepresidencia de Telecomunicaciones Rurales.

"6. Las observaciones las formuló el ingeniero Tabares en cumplimiento del deber de todo empleado público de: '...poner en conocimiento del superior los hechos que puedan perjudicar la administración y las iniciativas que se estimen útiles para el mejoramiento del servicio...'

"7. El 12 de abril de 1983, mediante comunicación 1.000, firmada por el Vicepresidente de Telecomunicaciones Rurales, doctor Miguel Antonio Vargas Mayorga, se le da respuesta a la nota citada en el punto anterior, pero no se le otorga el traslado y se le recrimina por los conceptos emitidos en su solicitud.

8. Como en la comunicación anterior el Vicepresidente plantea puntos dudosos y contradictorios, además de afirmaciones

inexactas y requerimientos a contestar, mi poderdante envió la nota 117 de 19 de abril de 1983, en ella rotunda y tajantemente explica el motivo de sus comentarios:

" 'Pero uno siempre tiene la esperanza de que al manifestar con franqueza sus planteamientos, y con respeto como se demuestra en mi carta anterior, los jefes hicieran un alto en el camino, un serio análisis para lograr corregir, mejorar lo bueno, y plantear las nuevas y viejas exigencias con claridad meridiana para beneficio de todos'.

"9. La última y definitiva respuesta a las sinceras y positivas observaciones del ingeniero Tabares fue la Resolución 2039 de 25 de abril de 1983, mediante la cual se declara insubsistente su nombramiento.

"10. La Resolución 2039 de 1983 es ilegal puesto que no fue proferida con ánimo sano, desprevenido y bueno, sino con abuso y desviación de poder, para castigar la osadía de hacer unas observaciones en cumplimiento de su deber legal y para acallar una voz diciente a la permanente adulación de los subalternos al funcionario que ostenta el poder y utiliza de él con criterio absoluto y soberano.

"11. El ingeniero Tabares fue sancionado con pena de declaratoria de insubsistencia (destitución) por pretender cumplir con una obligación que la misma ley le imponía.

"12. La desvinculación del ingeniero Tabares se produjo el 26 de abril de 1983.

"13. Al retiro el ingeniero Tabares era Profesional III, categoría Z de la Vicepresidencia de Operaciones, División Mantenimiento, Sección Conmutación Telefónica, Grupo Telegrafía Local.

"14. Al momento de la declaratoria de insubsistencia mi poderdante tenía una asignación mensual básica de ochenta y dos mil ochocientos setenta y siete pesos ($ 82.877.00).

"15. La Empresa Nacional de Telecomunicaciones es una entidad descentralizada del orden nacional, adscrita al Ministerio de Comunicaciones.

"....." (fls. 3 a 6).

Así mismo, el capítulo destinado a "concepto de la violación" de las normas legales arriba citadas, plantas básicamente, lo que seguidamente se transcriben:

".....

"Si un ciudadano común y corriente, sin distinciones del Estado debe ser sometido a la Constitución y a las leyes mayor es la obligación de un funcionario público. A mayor responsabilidad. El ser funcionario público no da ningún privilegio para no respetar la Constitución y las leyes.

"3. Artículo 16 de la Constitución Nacional. 'Las autoridades de la República están instituidas para proteger a las personas en sus vidas, honra y bienes y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares'.

"La misión de las autoridades es proteger a las personas residentes en Colombia, inclusive a los extranjeros, en sus vidas honra y bienes. De tal manera que en la medida en que fallen las autoridades en el cumplimiento de esa misión primordial que le encomienda la ley de leyes habrá consecuencia jurídica en contra del mismo Estado.

"4. Artículo 17 de la Constitución Nacional. 'El trabajo es una obligación social y gozará de la especial protección del Estado'.

"Todo ciudadano tiene derecho al trabajo actividad principal de la razón de existir, el mismo Estado es el mayor empleador y regulador del mercado de trabajo. Si la función del Estado es proteger en forma especial el trabajo debe pensarse que mayor será la protección del Estado cuando las personas que trabajan son sus propios empleados. Desde luego, no se protege al trabajador cuando por pretender cumplir con su deber se le declara insubsistente su nombramiento.

"5. Artículo 26 de la Constitución Nacional. 'Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante el Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio'.

"Es la garantía del debido proceso, consagración del derecho de defensa, base de cualquier organización democrática.

"A mi poderdante Luis Alfonso Tabares Becerra se le sancionó por cumplir con su deber, sin cumplir con las formalidades legales.

"6. Decreto 2400 de 1968, artículo 6º. Fue violado pues él establece que son deberes de los empleados: Vigilar y salvaguardar los intereses del Estado y poner conocimiento del superior hechos que puedan perjudicar la administración y las iniciativas que se estimen útiles para el mejoramiento del servicio.

"Cuando el ingeniero Tabares Becerra redactó y envió la nota el 6 de abril de 1983 no tuvo otro criterio que el cumplimiento del deber, ahorrar fondos del Estado y dar a conocer a su superior lo que creía que mejoraba el servicio.

"Su actitud fue juzgada y castigada *a priori*, sin análisis y sin evaluar siquiera someramente sus positivas críticas u observaciones.

"Cumplir el deber lo sacrificó; no lo enalteció.

"El Estado que impone deberes no puede castigar por el cumplimiento del mismo ni utilizar facultades para usar en forma correcta, con fines personales, *fatuos o minios*.

"Los artículos 11 y 14 hablan de las sanciones por incumplimiento de deberes y no por cumplimiento de los mismos.

"Las sanciones tiene sus causales y procedimientos y formalidades que en este caso no se cumplieron.

"7. Decreto 1950 de 1973, artículos 107, 130, 131, 132 y Capítulo III. Todas estas normas fueron quebrantadas, pues:

"a) El artículo 107 contiene una facultad discrecional pero no limitada ni absoluta, sino que obviamente debe usarse con criterios de buen servicio, motivos sanos, nobles y desprevenidos.

"Nadie más que la administración debe dar ejemplo de buen criterio y justicia en la utilización de los poderes encomendados.

"La facultad de libre nombramiento fue concedida para mejorar la administración no para empeorarla.

"Tan justas, sinceras y verdaderas eran las observaciones formuladas por mi poderdante, que a los pocos días Telecom decidió desvincular también al funcionario observado.

"Los demás artículos contemplan el régimen disciplinario, que debió seguirse si lo afirmado por el ingeniero Tabares fuese un hecho constitutivo de una falta disciplinaria.

"En resumen, al ingeniero Tabares se le declaró insubsistente su nombramiento por cumplir con su deber, es decir se le sancionó con pena de destitución porque la arrogancia de los ostentadores del poder no quisieron o no pudieron tolerar unas sanas opiniones. El poder fue utilizado para motivos diferentes al buen servicio y por ende el acto debe ser anulado" (fls. 7 a 9).

Del alegato de conclusión de la parte actora:

Expresa lo siguiente:

". . . . . .

"La Resolución 2039 de 1983 no fue proferida para mejorar el servicio público, es decir por motivos del 'buen servicio' sino que fue dictada para castigar el 'delito de opinión' cometido por el ingeniero Tabares al haber osado formular algunas observaciones sobre el funcionamiento de Telecom.

"*Pruebas:*

"a) Hoja de vida.

"En la hoja de vida remitida por Telecom se encuentra:

"1. En el folio 20 una comunicación de julio de 1976 en la cual se le avisa que le ha sido conferida una comisión de estudios para Munich, con el fin de especializarse en el Sistema EDX.

"2. En el folio 10 se encuentra los diplomas expedidos por las instituciones donde efectuó las especializaciones, durante la comisión de estudios en Alemania.

"3. Al folio 16 se encuentra una nota de octubre de 1975, en la cual se dice: 'De acuerdo con los resultados finales del curso de la referencia me permito comunicarle que usted ha ocupado el primer (1er.) puesto entre dieciocho (18) participantes' y continúan las manifestaciones de felicitaciones y buenos deseos. Intenciones que más adelante fueron notas abruptamente por la empresa, al declarar insubsistente su nombramiento.

"4. En el folio 9 se encuentra una nota firmada por el Vicepresidente de Operaciones al Presidente de Telecom donde solicita nombrar al ingeniero Luis Alfonso Tabares Becerra y textualmente manifiesta:

"El ingeniero Tabares tiene amplia y variada experiencia en Centrales Semielectrónicas, por lo cual nos puede ser de suma utilidad en el futuro para especializarlo en el sistema EDX de la Siemens.

"En los documentos anteriores se deduce que el ingeniero Tabares no sólo era un preparado y especializado funcionario en sistema EDX sino que la misma institución patrocinó la adquisición de mayores conocimientos mediante estudios en el exterior, ya previstos desde su misma vinculación.

"Un funcionario de las condiciones personales, de los conocimientos y de la experiencia del ingeniero Tabares es difícil conseguirlo o improvisarlo, sin que haya perjuicio en el servicio a la comunidad.

"La decisión de declarar insubsistente el nombramiento de mi poderdante no fue desprevenida y animada en un mejor servicio pues la persona más indicada para manejar el sistema EDX era mi poderdante, de cuyos servicios se prescindió en desafortunada actitud de Telecom;

"(sic) ...una copia auténtica de la Resolución 2039 de 1983, con la cual se declara insubsistente el nombramiento.

"2. En el folio 19 se halla la nota 2528 de 26 de abril de 1983 mediante la cual se comunica al actor la insubsistencia de nombramiento.

"3. En los folios 21 y 22 se halla la nota 095 de 6 de abril de 1983 en la cual mi poderdante hace precisiones sobre algunos inconvenientes que ha notado en el ejercicio de su cargo y como consecuencia de ello solicita su traslado a la terminación de la comisión en la Vicepresidencia de Telecomunicaciones Rurales.

"Como se dejó claro en los hechos el actor fue enviado a la Vicepresidencia de Telecomunicaciones Rurales en comisión siendo su cargo titular en la Vicepresidencia de Operaciones.

"4. En los folios 23, 24 y 25 se halla la comunicación número 1000 de 12 de abril de 1983 firmada por el Vicepresidente de

Telecomunicaciones Rurales, que es respuesta al oficio citado en el punto anterior. Dicha comunicación, confusa por demás, se le da razón total a mi poderdante y en cuanto al traslado manifiesto que más adelante se tomará una decisión teniendo en cuenta sobre todo las implicaciones para Telecom al cambiarse de interventor en los contratos bajo su responsabilidad. Lo anterior indica que de acuerdo al criterio del buen servicio el cambio de interventor afectaría los intereses de Telecom pues desde luego un interventor tendría problemas, precisamente por ser nuevo. Al buen servicio le convenía que el ingeniero Tabares continuara en su cargo sin embargo, por la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento hubo alteración en el cargo y en las funciones a él encomendadas, habiendo desmejora y perjuicio en el servicio público.

"5. En los folios 26, 27, 28, 29 y 30 se halla copia auténtica de la comunicación 117 de 19 de abril de 1983 dirigida por el demandante al Vicepresidente de Telecomunicaciones Rurales en la cual hace precisiones sobre su comunicación 095 y sobre la número 1000 que a su vez le enviara el Vicepresidente de Telecomunicaciones Rurales.

"En dicha comunicación presenta casos concretos sobre actuaciones o situaciones que han causado daño a la empresa y que han tenido poca atención de la alta administración.

"La respuesta a la comunicación anterior fue la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del ingeniero que se atrevió a hacer algunas sugerencias para el mejoramiento de la administración.

"Las constructivas desprevenidas y bien intencionadas observaciones fueron tomadas por la empresa como algo reprochable, digno de castigo por lo cual se decidió prescindir de los servicios del funcionario, a pesar de que nuestra legislación no existe el 'delito de opinión' y por tanto nadie puede ser castigado por él, sabiendo que para imponer una pena debe existir una ley anterior que contemple tal trasgresión legal.

"En una palabra la declaratoria de insubsistencia del nombramiento de mi poderdante no es más que un castigo al delito inexistente de 'opinión'.

"c) Pruebas de ausencia de causa en el buen servicio para la declaratoria de insubsistencia.

"1. En la hoja de vida no existe nota sobre los motivos de la declaratoria de insubsistencia, conforme lo establece el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968.

"2. Posteriormente, al auto que decretó las pruebas, y al auto que ordenó correr traslado para alegar fueron conocidas por la parte actora las comunicaciones 10157 de 9 de noviembre de 1984 dirigida por el Jefe de la División de Personal al Vicepresidente de Telecomunicaciones Rurales de Telecom y la carta 002769 de 22 de noviembre de 1984 dirigida al Jefe de la División de Personal por el Jefe de la División de Ejecución de Proyectos con el

visto bueno del Vicepresidente de Telecomunicaciones Rurales, doctor Pablo Sanabria Carmona. De estas, hasta ahora conocidas comunicaciones se deduce que el ingeniero Tabares fue un magnífico funcionario, ejemplo para los demás funcionarios, esforzado y dueño de especial responsabilidad.

"Copia de las anteriores comunicaciones fueron enviadas para que fueran incorporadas en la hoja de vida del demandante, pero inexplicablemente no fueron remitidas en la hoja de vida que Telecom envió a solicitud del honorable Consejo de Estado" (fls. 14 a 17).

Del alegato de conclusión de la parte opositora:

El apoderado, debidamente constituido, de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, sostiene:

"Analizando los argumentos presentados por el demandante, se encuentra: Las normas constitucionales en comento son exactas en cuanto a su contenido, más no así en cuanto a su aplicación al caso *sub judice*, e igual afirmación cabe hacer, en cuanto a la interpretación de los Decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973, en los artículos referenciados, que nada tienen que hacer frente a la facultad discrecional en cuestión, pues la actuación Administrativa, que culminó con el acto atacado: la Resolución número 02039 de abril 25 de 1983, se expidió de acuerdo a la facultad discrecional del Presidente de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones —TELECOM— de declarar insubsistente el nombramiento de los empleados de ésta, cuando son de libre nombramiento y remoción.

"No obra en este expediente, ni la afirmación, ni la prueba, de que el demandante fuera empleado inscrito y escalafonado en la Carrera Administrativa, por consiguiente, su nombramiento es de libre remoción, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968. Como consecuencia jurídica, lógica e inmediata, se señala que si se observó la ley, ésta no se pudo violar.

"Tampoco hubo abuso de poder, como se insinúa en el libelo inicial, ya que la facultad discrecional, en esencia es eso, discrecional, basada sólo en el servicio público, y de otra parte no está probado en este proceso, que la intención de la Administración fuera otra que el servicio público.

"TELECOM nació a la vida jurídica y fue organizado por las Leyes 6ª de 1943, 83 de 1945, Decretos 247 de 1946, 2684 de 1945, artículo 1º del Decreto 2145 de 1949, artículo 7º del Decreto 1233 de 1960 y Decretos 1184 de 1954, 1635 de 1960, 3267 de 1963. En consecuencia TELECOM es jurídicamente un establecimiento público del orden nacional de creación legal.

"La Empresa Nacional de Telecomunicaciones —TELECOM— al dictar por su Presidente la Resolución número 02039 de 25 de abril de 1983, que declaró insubsistente el nombramiento del de-

mandante, procedió en todo de acuerdo a la ley, pues TELECOM es un Establecimiento Público del orden Nacional, con personería jurídica y administrativa y con patrimonio independiente de acuerdo al Decreto extraordinario número 1950 de 1968. Naturaleza ésta rubricada por el Decreto 1184 de 1969 y demás normas que determinan los Estatutos de la Empresa.

"La ley por los Decretos 3135 de 1968, artículo 5º y 1848 de 1969 en su artículo 1º, determina que las personas que prestan sus servicios en los establecimientos públicos, son empleados públicos.

"Los Estatutos de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones TELECOM, aprobados y modificados por los Decretos 1184 de 1969, 635 de 1960, 3237 de 1963, 2145 de 1976, y 1376 de 1981 en su artículo 39, establecen: 'Las personas que prestan sus servicios a la Empresa Nacional de Telecomunicaciones son empleados públicos'.

"Si el demandante se vinculó por resolución a la empresa, por consiguiente lo hizo en calidad de empleado público, de acuerdo a la prescripción citada de los Estatutos de la Empresa; su cargo era en consecuencia de libre nombramiento y remoción y la empresa procedió de acuerdo a la ley al expedir la resolución atacada.

"Sintetizando:

"La Empresa Nacional de Telecomunicaciones —TELECOM—, es un establecimiento público del orden nacional.

"De acuerdo al Decreto 1184 de 1969, que determina los estatutos de la Empresa, sus empleados, son empleados públicos.

"La Resolución número 02039 de 1983 que declaró insubsistente el nombramiento del demandante, se dictó en ejercicio de la facultad discrecional del Presidente de TELECOM.

"El demandante no estaba inscrito en la carrera administrativa, luego su nombramiento era de libre remoción.

"Por las razones anotadas, me opongo a la interpetación que de los hechos y del Derecho hace la parte actora y solicito respetuosamente al honorable *Consejo* denegar sus pretensiones" (fls. 66 a 69).

Como implícitamente se ha declarado en el auto que tiene por reconstruido el proceso (fl. 79) se tiene que el asunto estaba en estado de situación de sentencia, a ello se procede, observándose, además, que no existe vicio que incida en la validez de lo actuado. De esta suerte,

Se considera:

I. Ha de partirse de la circunstancia admitida inclusive por la parte demandante, que el ingeniero Tabares Becerra era un empleado público de libre nombramiento y remoción y que, por ende, la autoridad nominadora tenía la facultad discrecional de decretar la insubsistencia respecto al cargo que desempeñaba, sin requerir de la mo-

tivación expresa en el acto que tal cosa resolviera. Sin embargo, aun en el caso del ejercicio del denominado "poder discrecional", el acto administrativo puede estar afectado de "ilegalidad relativa al fin perseguido", como dice Laubadére "cuando el agente competente toma una decisión correcta en sí misma, pero en vista de otro fin distinto al previsto por la ley cuando le señala competencia. Es la forma de ilegalidad que ha recibido el expresivo nombre de *desviación de poder*" ("*Manuel de Droit Administratí*", Onziéme Edition —1978—).

Como continúa explicando el mismo autor, "hay *poder discrecional* cuando la ley, habiendo creado una competencia, deja al agente libre de fijar el sentido en el cual ejercerá esta competencia, dejándole apreciar la oportunidad de la medida a tomar". En otras palabras, cuando la ley instituye la facultad discrecional para determinados eventos, aparentemente deja al funcionario la apreciación de si las circunstancias de hechos hacen justificable la medida; esa facultad, entonces permite, por decirlo así, conciliar el principio de la legalidad con la necesidad de una cierta y relativa libertad de acción para la administración; una administración en la que todas las competencias fuesen regladas, se vería reducida a un único papel de ejecutante y caería en niveles deplorables. De otra parte, con el poder discrecional, se disminuye un poco el principio de la legalidad; teniéndose el poder de escoger el contenido de las decisiones, la administración decide libremente. *Pero el poder discrecional no escapa al derecho, pues él no es 'arbitrario'* " (Op. cit.).

Parecidos puntos de vista señala el expositor Maurice Hauriou al indicar que el desvío de poder está constituido por los "hechos de una autoridad administrativa que, observando las formalidades requeridas y realizando un acto de su competencia, *ratione personae*, y no violando la ley, usa de su poder con un fin y por motivos distintos a aquellos en vista de los cuales se le confirió, es decir, con un fin y motivos no admitidos por la moral administrativa" (*Précis élémentarie de droit administratif*, pág. 197), e igualmente lo hacen Berthéley y Roland (*Traité de droit administratif*, pág. 998; *Précis de droit administratif*, respectivamente).

Así, pues, tanto la doctrina francesa, que erigió la desviación de poder como una de las cuatro grandes causales de anulación de un acto administrativo por "exceso de poder", como la colombiana, que la ha acogido con algunas variantes, igual que la jurisprudencia del Consejo de Estado, recalcan que dicha situación se presenta cuando el "agente administrativo realiza un acto que cabe dentro de sus atribuciones; observa todas las formalidades prescritas por la ley; el acto se ajusta en sus términos a las normas superiores; pero al proferirlo, se han tenido en miras motivos distintos de aquellos para los cuales se confirió el poder. Las atribuciones o poderes otorgados por la ley a los funcionarios o corporaciones públicas deben siempre ejercerse en busca del interés general, del "buen servicio público"; el poder ejercido con fines diferentes, es un poder torcido o desviado de sus propios fines" (Sent. 13 septiembre 1968; Sección Cuarta; consejero ponente: Doctor Hernando Gómez Mejía; actor oJsé Betancuort y otro; Anales, Año XLIII, tomo LXXV, núms. 419 y 420, 1968). También pueden citarse, la sentencia de 11 de septiembre 1973, Sección Segun-

da; consejero ponente: Doctor Rafael Tafur Herrán, actor Juan de Dios Uribe, Anales, XLVIII, tomo LXXXV, núms. 439 y 440, y sentencia de 8 de marzo de 1974, Sección Primera, consejero ponente: Doctor Carlos Galindo Pinilla, actor: Ciudadela Industrial de Tibitó, Anales, XLIX, tomo LXXXVI, núms. 439 y 440 y otras.

II. Tratándose de un acto como el que aquí se juzga que carece de motivación expresa, porque así lo permite el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968, concordantemente con el artículo 107 del reglamentario 1950 de 1973, es necesaria que quien pretenda la nulidad del mismo pruebe plenamente que hubo violación de poder, para destruir por los medios adecuados la presunción de legalidad de que está revestido. Es decir, las pruebas han de concluir que, de manera indubitable, el acto no fue dictado o proferido en aras del buen servicio, sino con fines que no se amoldan a él. Y si de esas pruebas allegadas en tiempo emana esa desviación de poder, habrá causal suficiente para anular el acto, en virtud de lo establecido en el inciso 2º del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo.

III. Un ponderado estudio de las pruebas obrantes en el *sub lite*, permite observar que el acto acusado estuvo antecedido de ciertos acontecimientos en los que la parte demandante estructura su tesis bajo cuyos prospectos asevera que dicho acto fue dictado con abuso o desviación de poder. El intercambio de oficios entre el ingeniero Tabares Becerra y el doctor Vargas Mayorga, a la sazón este último Vicepresidente de Telecomunicaciones rurales (fls. 34 a 35; 31 a 33; 22 a 26), aunado a aquél por el que se le comunicó la insubsistencia por el Jefe de la División de Personal de TELECOM (fls. 20 y 21), amén de lo que se dice acerca de las buenas cualidades y del cabal desempeño de Tabares Becerra en el cumplimiento de los deberes a su cargo (fls. 27 y 28, cdno. principal y documentos obrantes en las "hojas de vida"), llevan a concluir que en verdad, la causa o motivo para que se profiera el acto de insubsistencia fue la sinceridad o franqueza que desplegó el ingeniero Tabares al destacar las deficiencias que, en su criterio, había en los servicios encomendados al área de trabajo que se le confiara.

IV. Para la Sala, la documentación mencionada demuestra fehacientemente la desviación de poder, o sea, que cuando fue expedido el acto integrado por la Resolución número 02039 de 25 de abril de 1983, la Presidencia de TELECOM no tuvo en cuenta el buen servicio, sino que ante lo expuesto por Tabares Becerra acerca de los problemas que notaba en las dependencias en las que trabajaba, prefirió no corregir esas deficiencias o comprobar que existían, sino hacer uso de su facultad discrecional de libre remoción del profesional, decretando la insubsistencia del cargo que desempeñaba.

V. Siendo ello así, se impone en esta acción de restablecimiento del derecho, que se falle en el sentido de acceder a las peticiones de la actora.

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

Falla:

1º Declárase nulo el acto administrativo contenido en la Resolución número 02039 de 1983 —25 de abril— por medio del cual el presidente de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones —TELECOM— declaró insubsistente el nombramiento del ingeniero Luis Alfonso Tabares Becerra en el cargo de profesional III, categoría Z de la Vicepresidencia de Operaciones, División Mantenimiento, Sección Conmutación Telefónica, Grupo Telegrafía Local.

2º Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, ordénase la reincorporación del ingeniero Luis Alfonso Tabares Becerra al cargo que desempeñaba o a otro de igual o superior categoría.

3º Igualmente, ordénase que por la Empresa Nacional de Telecomunicaciones —TELECOM— se paguen al ingeniero Luis Alfonso Tabares Becerra, los salarios, aumentos, primas y prestaciones dejados de percibir desde la separación del cargo que desempeñaba hasta su reintegro.

4º Para todos los efectos, téngase en cuenta y compútese como sin solución de continuidad el tiempo durante el cual estuvo desvinculado del servicio.

5º Esta sentencia ha de cumplirse en el término señalado en el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y archívese el expediente. Cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 29 de julio de 1988.

Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

BIENES FISCALES. EXTINCION DEL DOMINIO.— Procedencia.

El carácter de bien fiscal del inmueble aquí cuestionado le imponía al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, las obligaciones inherentes a su explotación, de cumplimiento de la función social de la propiedad impuesto por la Carta Constitucional (art. 30).

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

Consejero ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Expediente número 3466. Ordinario INCORA. Actor: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Demandado: Instituto Colombiano de la Reforma Agraria —INCORA—.

I

Por conducto de apoderado, legalmente constituido, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en ejercicio de la acción consagrada en los artículos 23, 24 y 25 de la Ley 135 de 1961 y 13 de la Ley 4ª de 1973, demandó la nulidad de las Resoluciones número 04246 de 17 de septiembre de 1981 y número 077 de 17 de septiembre del mismo año, proferido por el INCORA, y, como consecuencia de tal declaratoria, impetró que se ordenara la cancelación de la inscripción del registro de las mismas, en la oficina correspondiente.

El negocio fue rituado en la forma establecida en la ley, y como no se observa causal de nulidad que vicie la actuación, es procedente entrar a proferir el fallo de rigor.

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

Causa petendi:

Se recoge a través de la siguiente literatura:

"1º El predio denominado 'La Cabaña', objeto de la extinción, fue adquirido por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en su calidad de heredero, mediante adjudicación que se le hiciera dentro del proceso de sucesión de Ramón Ramírez Salazar adelantado ante el señor Juez Unico Civil del Circuito de Garzón.

"2º Dicho proceso se inició en virtud de la denuncia de vocación hereditaria realizada por el Doctor Jaime Ramírez Serrano, que de acuerdo con el contrato administrativo número 1419 y con base en el Acuerdo 005 de 1972, de la Junta Directiva del ICBF, tiene derecho a una participación sobre el acervo líquido hereditario, en dinero o en especie, la cual no ha sido liquidada ni pagada en su totalidad a la fecha y por lo tanto no le es posible al Instituto cancelar el valor correspondiente, con cargo a otro rubro presupuestal.

"3º El bien objeto de la extinción está ubicado en jurisdicción del Municipio de Garzón Departamento del Huila y comprendido dentro de los siguientes linderos: Por el oriente con los predios de Celestino Ramón o Rosario Parra de Otálora; por el occidente con la finca de Joaquín Sandino y Julio Hoyos y por el sur con las fincas de Modesto Cabrera y Rudensiano Ardila y tiene una extensión aproximada de 112 hectáreas.

"4º El inmueble anteriormente descrito, una vez adjudicado dentro del proceso de sucesión, según sentencia del 1º de marzo de 1975, proferida por el Juez Unico Civil del Circuito de Garzón, ingresó al patrimonio del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, conforme al artículo 39 de la Ley 7ª de 1979.

"5º El bien inmueble objeto de esta demanda fue invadido por algunas personas, por lo cual el ICBF, en ejercicio del derecho adquirido, se vio precisado a entablar, por medio del doctor Jaime Ramírez Serrano, las respectivas acciones legales tendientes a obtener la posesión material del bien antes mencionado, de lo cual se deduce el ánimo de señor y dueño del ICBF, reconocido expresamente dentro del respectivo proceso, por parte de las personas que lo ocupan.

"6º Como consecuencia del ejercicio de estas acciones, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, mediante sentencia, dispuso el lanzamiento de los ocupantes. No obstante, esta sentencia, el Instituto se ha abstenido de hacer efectivo dicho lanzamiento, en consideración a los perjuicios que se ocasionarían a un grupo de familias, actitud que contraría los objetivos del Instituto.

"7º El Director General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar dirigió el Oficio número 023266 de fecha noviembre 4 de 1975 al entonces Gerente General del INCORA doctor Joaquín Vanín Tello proponiéndole la concertación de algún acuerdo sobre la mejor destinación de los inmuebles. En este oficio el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ofrece en venta al INCORA la totalidad de los predios recibidos de la sucesión de Ramón Ramírez Salazar, uno de los cuales es el denominado 'La Cabaña'. Lo anterior, con el propósito de que ambos Institutos cumplieran con los fines específicos de sus respectivos programas.

"8º El señor Leonte Fierro Oviedo, residente en Garzón fue facultado contractualmente en el año de 1975 para desempeñarse como administrador del predio denominado La Cabaña.

"9º Por medio de Oficio número 00807 el Director General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, el día 21 de enero de 1976 encarece al Gerente del INCORA para que dé respuesta al Oficio número 023266 de noviembre 7 de 1975.

"10. El Instituto Colombiano de la Reforma Agraria por medio de Oficio número 05784 de 21 de mayo de 1980, suscrito por su Gerente General manifestó la 'posibilidad de adelantar conversaciones destinadas a la negociación de los inmuebles de propiedad del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, que ofrecen condiciones de aptitud para el desarrollo de los programas de la Reforma Agraria'.

"11. El INCORA realizó el día 10 de abril de 1980 una visita previa al predio rural denominado 'La Cabaña' con el 'fin de constatar los aspectos relacionados con su ubicación, linderos y vías de comunicación, ocupantes y los atinentes a su explotación económica o su estado de inexplotación y abandono' (Resolución número 248 de 30 de abril de 1980 del Director Regional del Proyecto Huila del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, INCORA).

"12. El Director General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar por medio del Oficio número 001070 de octubre 27 de 1980 manifiesta al Gerente General del INCORA que 'el ICBF estaría dispuesto a vender al INCORA los terrenos de su propiedad cuya extinción se pretende, para lo cual se requerirá el avalúo previo de los bienes, efectuado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi y así, tanto el ICBF como el INCORA, cumplirán sus finalidades y sus objetivos'.

"13. El INCORA por mandato de la Resolución número 248 de 30 de abril de 1980 inició 'las correspondientes diligencias administrativas en orden a establecer si conforme a la ley, procede o no declarar extinguido en todo o en parte el derecho de dominio privado sobre el predio rural denominado La Cabaña'. Esta Resolución fue notificada el 17 de junio de 1980 al doctor Raimundo Rivas de Zubiría Director encargado del ICBF.

"La anterior Resolución fue inscrita en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de Garzón (Huila).

"14. Mediante Resolución número 04246 de 17 de septiembre de 1981, el Gerente General del INCORA resolvió 'declarar que se ha extinguido el derecho de dominio privado del ICBF o de cualquiera otras personas naturales o jurídicas sobre el fundo rural denominado «La Cabaña»'.

"15. Mediante Resolución número 077 de 17 de septiembre de 1981, la Junta Directiva del INCORA, con el voto favorable del Ministro de Agricultura aprobó la Resolución número 04246 de la Gerencia General del INCORA.

"16. La anterior Resolución fue notificada al Director General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar el día 15 de octubre de 1981.

"17. Con fecha octubre 28 de 1981 el Director General del ICBF presentó solicitud de revocatoria directa de la Resolución que declaraba extinguido el derecho de dominio privado del predio denominado 'La Cabaña'.

"18. La anterior solicitud de revocatoria directa fue coadyuvada por el Ministerio Público, a través del Procurador Agrario ante el INCORA, mediante Oficio 3745-G de fecha noviembre 5 de 1981.

"19. El ICBF, por no ser el propietario del bien objeto de esta demanda para la época de la expedición del Acuerdo 003 de 1971 de la Junta Directiva del INCORA, no presentó la declaración descriptiva del mismo".

Petítum:

Se concretó por el apoderado de la parte actora, así:

"1º Que es nula la Resolución número 04246 de fecha septiembre 17 de 1981, emanada de la Gerencia General del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria que declaró extinguido el derecho de dominio sobre el predio rural denominado 'La Cabaña' ubicado en el Municipio de Garzón, Departamento del Huila.

"2º Que es nula la Resolución número 077 de fecha septiembre 17 de 1981, emanada de la Junta Directiva del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria que confirmó, con el voto indelegable del señor Ministro de Agricultura, la Resolución anterior.

"3º Que como consecuencia de estas declaraciones se ordene la cancelación de la inscripción del registro de esas Resoluciones, en la Oficina correspondiente.

"4º Que se ordene la suspensión provisional de la Resolución número 04246 emanada de la Gerencia General del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y de la Resolución número 077 de la Junta Directiva del mismo Instituto, ambas de fecha 17 de septiembre de 1981".

II

Alegato presentado por el mandatario judicial de la parte actora:

A folios 65 y siguientes del cuaderno número 1 aparece el escrito en que el Procurador Judicial del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, hace sus valoraciones jurídicas y fácticas respecto de todas las circunstancias legales, generales y particulares del caso, con miras a defender la perspectiva jurídica desde la cual él ha estudiado el asunto. En lo pertinente del mismo se destaca:

"El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar es un establecimiento público del orden nacional, creado por la Ley 75 de 1968 y reorganizado por la Ley 7ª de 1979, como establecimiento

público que es sus bienes, son bienes públicos y por lo tanto sobre estos no puede declararse la extinción del dominio porque, si bien es cierto que el ICBF manejó con autonomía sus bienes, es también cierto que el Instituto de Bienestar Familiar hace parte integrante del Estado y mal podría el propio Estado extinguir el dominio de sus bienes.

"Es cierto que el Bienestar Familiar tiene bienes independientes, pero esto no quiere decir que por esta circunstancia los mismos pierdan su calidad de bienes públicos, y por ende encontrándose afectados a los objetivos que debe prestar la entidad, el cual es el de bienestar a la familia y a la niñez.

"Igualmente, tampoco se puede decretar la extinción del dominio de los bienes públicos, pues tanto la Ley 200 de 1936 como la Ley 4ª de 1973, hablan que sólo se puede extinguir el dominio de los bienes de propiedad privada y no de los bienes del Estado que en este caso está representado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, que hace parte del Estado.

"Con relación a lo anterior el Consejo de Estado en sentencia de 3 de junio de 1976, dijo: 'La extinción es la sanción que el legislador consagró para los propietarios de predios que no los explotaren económicamente. Sanción que consiste en la reversión al estado del predio.

" *'Si como lo ha sostenido el Consejo de Estado en diferentes oportunidades el patrimonio de los establecimientos públicos, es patrimonio del Estado, destinado a fines específicos, cual puede ser la razón para que el mismo Estado produzca un acto que lo revierta a su patrimonio, en que nunca ha salido en forma definitiva'* (subrayamos).

"Aunque ya quedó expuesto que no es procedente que un establecimiento públio, INCORA, que hace parte del Estado, le extinga el dominio a otro establecimiento público, ICBF, que también hace parte del Estado, en gracia de discusión realizamos el siguiente análisis:

"El legislador al establecer la extinción del derecho de dominio privado, sobre los predios rurales en los cuales se deje de ejercer la posesión material busca sancionar a los propietarios de inmuebles privados que no le den una adecuada explotación a los mismos. El ICBF como está demostrado, para la época de la extinción del dominio si estaba ejerciendo la posesión material, tan es así que inició acciones civiles ante el Juzgado de Pitalito para que este Despacho hiciera respetar su calidad de dueño, demanda que se instauró contra el señor Simón Cabrera. Igualmente el Director General del ICBF, como representante legal de la entidad, por esa época en cabeza del doctor Juan Jacobo Muñoz, propuso al INCORA la concertación de las dos entidades para darle un mejor destino, a éste y a otros bienes de propiedad del ICBF, lo que lleva a colegir que el Bienestar Familiar si estaba ejerciendo actos de señor y dueño sobre estos predios.

"De lo expuesto se puede concluir que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, por ser un establecimiento público del orden nacional, sus bienes son bienes públicos, y sobre ellos ejerce un dominio público y no dominio privado, que la extinción del dominio está consagrado a los bienes privados y no a los bienes de dominio público, como lo son los bienes del ICBF.

"Un establecimiento público no puede emitir un acto administrativo que revierta al patrimonio del Estado un inmueble rural de otro establecimiento público, pues este bien en ningún momento ha salido del patrimonio del Estado.

"Aunque no se acepten las anteriores tesis el ICBF sí ejercitó actos de señor y dueño y por lo tanto en ningún momento se dieron las circunstancias para la extinción del dominio.

"Por lo expuesto solicito a los señores Magistrados acceder a las peticiones de la demanda, por encontrarse éstas ajustadas a derecho".

III

Conducta procesal del apoderado del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria —INCORA—:

A folios 68 y siguientes obra el alegato presentado por el Procurador Judicial del centro de imputación jurídica demandado, en el cual se precisa:

"3. Normatividad que regula la figura de la extinción del derecho de dominio privado.

"Según lo enseña la jurisprudencia y la doctrina, la extinción del derecho de dominio tiene su origen en el precepto del artículo 30 de la Constitución Nacional en cuanto prescribe que el derecho de propiedad es una 'función social' que implica obligaciones en aras del bien común; el incumplimiento de la obligación consustancial a la propiedad privada en cuanto a su función social acarrea la pérdida del mismo derecho, en cuanto la inexplotación por carencia de contenido económico resulta francamente lesiva del interés público.

"La figura encuentra su desarrollo legislativo —entre otros— en el artículo 6º de la Ley 200 de 1936, modificado por el artículo 3º de la Ley 4ª de 1973, que consagra en favor de la Nación la extinción del derecho de dominio privado respecto de los predios rurales en los cuales no se haya ejercido posesión material entendida como explotación con contenido económico durante tres (3) años continuos, con lo cual, se pretende que la propiedad rural apta para usos agropecuarios o similares, de por sí limitado, cumpla una función social como fuente generadora de riqueza nacional.

"En el caso que se examina, el hecho de la no explotación en forma directa o indirecta —por precaristas o similares— del predio denominado La Cabaña, por un término que excede las

exigencias mínimas legales, se encuentra debidamente probado en el proceso, es más, reconocido por la propia parte actora en su libelo de demanda de revisión.

"En virtud de la confesión de la parte actora y de lo acreditado en las visitas realizadas en la etapa administrativa, debe concluirse que no existe en este debate jurídico controversia acerca de la legalidad del procedimiento seguido y menos sobre la inexplotación económica por parte del propietario inscrito como sobre el hecho de que el predio es explotado en su totalidad por colonos que no reconocen dominio ajeno.

"La situación a debatirse se concreta a establecer si las normas sobre extinción del derecho de dominio privado son aplicables y resultan imponibles a los inmuebles rurales de propiedad de establecimientos públicos, como en el presente caso.

"Lo anterior y para efecto de la decisión de fondo, exige examinar si las disposiciones agrarias consagran un régimen exceptivo frente a las entidades de derecho público o si él puede deducirse del conjunto normativo que define y regula el carácter, destinación y uso de los bienes de aquellas.

"En el campo estrictamente agrario, es claro que no se consagra ninguna excepción en materia de extinción del derecho de dominio privado frente a los bienes de los establecimientos públicos que tengan el carácter de bienes fiscales, el conjunto normativo específico atiende al concepto de *como se adelanta la explotación* no el de *quien la adelanta o debe efectuarla,* así:

"a) Reza el inciso segundo del artículo 30 de la Constitución Nacional: 'La propiedad es una función social que implica obligaciones':

"Por su parte el artículo 6º de la Ley 200 de 1936, con las modificaciones a él introducidas por el artículo 4º de la Ley 4ª de 1973, dispone:

" 'Establécese en favor de la Nación la extinción del derecho de dominio o propiedad sobre los predios rurales en los cuales se dejare de ejercer posesión en la forma establecida en el artículo 1º de esta ley, durante tres (3) años continuos contados a partir de la vigencia de la presente ley, salvo fuerza mayor o caso fortuito...'

"En similares términos se pronuncia el artículo 1º del Decreto 1577 de 1974:

" 'Será procedente la declaración administrativa de extinción del derecho de dominio de que trata el artículo 6º de la Ley 200 de 1936, respecto de los predios en los cuales se dejare de ejercer posesión en las condiciones previstas en el artículo 1º de dicha ley, durante tres (3) años continuos, contados a partir de 29 de marzo de 1973, fecha en que empezó a regir el artículo 3º de la

Ley 4ª del mismo año, a menos que se acredite la existencia de una fuerza mayor o de un caso fortuito que hayan hecho imposible la explotación...'

"De las normas pretranscritas se deduce claramente, que en derecho agrario no se ha erigido como excepción, ni se ha consagrado como causal justificativa de inexplotación económica de los predios rurales el hecho de ser de propiedad de entidades de derecho público. El legislador solamente señala como circunstancia relevantes del cumplimiento de la función social de la propiedad, los eventos de fuerza mayor o caso fortuito, sólo mientras dichas circunstancias subsistan, siendo de todas maneras de cargo del propietario la de demostrar la explotación económica del fundo en la época anterior a la oportunidad en que hayan sobrevenido tales situaciones exceptivas (arts. 2º y 3º del Decreto 1577 de 1974).

"Es principio de hermenéutica jurídica que las disposiciones de carácter excepcional deben interpretarse con criterio restrictivo, para interpretar su real contenido y alcance. Extender los efectos de una excepción más allá de las previstas en la norma respectiva, la desnaturaliza, convirtiéndola en mayor o menor grado, en regla general.

"En segundo término corresponde establecer el régimen jurídico aplicable a los inmuebles no afectos al servicio de propiedad del Instituto actor para —en consecuencia— establecer, no ya por vía de excepción legal, si están o no sujetos a las normas sobre extinción del derecho de dominio privado.

"Los tratadistas son uniformes al señalar que el denominado patrimonio público está integrado por tres clases de bienes: El territorio; los bienes de uso público y; los bienes fiscales, sobre los cuales el Estado o sus entidades adscritas o vinculadas ejercen distintas categorías de dominio y por ende, que están sujetos a distintos y diferentes regímenes jurídicos. Al respecto se hace la siguiente distinción:

" 'a) *El territorio:* Tiene su fundamento en el artículo 4º de la Constitución Nacional: El territorio, con los bienes públicos que de él forman parte, pertenece únicamente a la Nación. Sobre éstos el Estado ejerce el llamado dominio eminente, sustancialmente distinto del común derecho de propiedad, con contenido más político que económico como expresión de soberanía y obviamente reglado por normas de derecho público;

" 'b) *Bienes de uso público:* A ellos se refiere el artículo 674 del Código Civil, definiéndolos como aquellos cuyo uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, sobre los cuales el Estado ejerce el denominado *dominio público,* indudablemente sometidos a un régimen de derecho público, ellos se encuentran fuera del comercio y son, por tanto, inalienables, inembargables e imprescriptibles.

" 'Los primeros, los de uso público, son aquellos cuyo aprovechamiento pertenece a todos los habitantes del país, como los

ríos, los puentes, las calles, los caminos, etc. Los bienes de uso público lo son por su naturaleza o por el destino jurídico; se rigen por normas jurídicas y legales especiales, encaminadas a asegurar cumplida satisfacción en el uso público. Son inalienables, como que están fuera del comercio e imprescriptibles, mientras sigan asignados a la finalidad pública y en los términos en que esa finalidad pública lo exija'.

" 'Sostienen distinguidos expositores de derecho que en los bienes de dominio público no tiene el Estado lo que propiamente se llama propiedad, ya que analizados los elementos de que ésta se compone, se encuentra: El USUS, no es del Estado, pertenece a todos los habitantes del país; el FRUTUS, no existe, en tesis general y; el ABUSUS tampoco existe con relación con tales bienes, por su condición de inalienables, vale decir, sustraídos del comercio no susceptibles de propiedad privada'.

" 'c) *Los bienes fiscales:* Definidos por el mismo artículo 674 del Código Civil por oposición a los de uso público'.

"Los bienes de la unión cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes de la unión o bienes fiscales, que componen el dominio privado del Estado, aunque bien pueden no pertenecer no solo al Estado propiamente dicho sino a todas las personas públicas.

"Prescindiendo de algunas diferencias doctrinales sobre clasificación, por ejemplo de los baldíos, el criterio unánimemente adoptado tanto por la jurisprudencia como por la doctrina, es aquel según el cual los bienes fiscales —regla general— se rigen por las normas de derecho privado por la similitud del dominio a la propiedad de los particulares.

"Estos son los *bienes patrimoniales* del Estado y de las demás entidades de derecho público, que se hallan en el comercio, sujetos a gravámenes, enajenables, adquiribles por prescripción y en general, sometidos al derecho civil.

" 'Los bienes del Estado son de uso público y fiscales. A estos últimos se les llama también patrimoniales. *Una granja,* por ejemplo, es un bien de esta clase. El Estado los posee y administra como un particular. Son fuente de ingresos y, *como propiedad privada están sometidos al derecho común*' (subrayados nuestros).

"Es claro pues que en el patrimonio de los establecimientos públicos coexisten bienes de uso público, los cuales se requieren y están adscritos a la prestación del servicio mismo por ley o por destinación específica, y, también, bienes fiscales o patrimoniales, los cuales salvo lo dispuesto en normas especiales, pueden ser dados en venta o permutados, es decir, se hallan en el comercio y son susceptibles además de gravámenes y de adquisición por prescripción.

"En materia de inmuebles urbanos o rurales, dispone el actual Estatuto de Contratación Administrativa:

"'*De los inmuebles que se pueden vender o permutar.* Sin perjuicio de lo dispuesto por leyes especiales, los predios rurales o urbanos que las entidades a que se aplica este estatuto no requieran para su servicio, podrán ser dados en venta o permutados' (art. 146, Decreto-ley 222 de 1983).

"Por su parte el mismo estatuto de la reforma agraria, dispone que INCORA podrá adquirir los predios o mejoras que tengan el carácter de bienes patrimoniales de las entidades de derecho público, bajo las mismas condiciones, precio y forma de pago que se sigue en los procedimientos frente a los particulares, así:

"'INCORA podrá... adquirir tierras o mejoras de propiedad privada lo mismo las que tengan carácter de bienes patrimoniales de las entidades de derecho público... agregando que si los propietarios —particular o entidad de derecho público— no las vendieren o permutaren voluntariamente, puede INCORA expropiarlas con arreglo a la ley'.

"Con relación a la naturaleza de los bienes de las entidades de derecho público y, en particular, sobre los predios rurales de propiedad del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, hace un pormenorizado y amplio y suficiente análisis la Resolución demandada número 04246 de septiembre 17 de 1981, la cual, en lo pertinente nos abstenemos de transcribir para no hacernos extensos, solicitando sí a los honorables Magistrados, remitirse a su texto para la decisión de fondo de este proceso.

"Debe puntualizarse que en el debate no se acreditó por la parte actora que el predio objeto material del proceso estuviera adscrito al servicio público, por ley o destinación especial, pero si se demostró encontrarse inexplotado en su totalidad en lo que respecta al propietario inscrito desde la fecha que no lo recibió y adquirió y por el contrario adecuadamente explotado, o mejor económicamente explotado en su totalidad por 27 familias campesinas que lo poseen como colonos, es decir, con ánimo de señor y dueño.

"'*Jurisprudencia sobre la materia de la honorable Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.* Para la decisión de fondo que debe proferirse en este *sub lite,* comedidamente solicitamos a los honorables Consejeros de Estado, reiterar y ratificar la interpretación lógica y jurídica sentada por esa honorable Sección, en los siguientes fallos:

"A. 'Sentencia de julio de 1983, expediente número 3465, proceso ordinario INCORA, actor: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Magistrado ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo';

"B. 'Sentencia de marzo 15 de 1985, expediente número 3469 INCORA, actor: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Magistrado ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo'.

"En dichos procesos seguidos entre las mismas partes, los dos también de carácter revisorio relacionados con predios igualmente adquiridos por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en la sucesión del señor Ramón Ramírez S., esa honorable Sección concluye que dichos bienes, por no estar adscritos al servicio, tienen carácter fiscal o patrimonial, que por tanto la entidad dominante estaba en la obligación de cumplir frente a ellos la función social de la propiedad con explotación económica, que esta función no se cumplió y, que INCORA está facultado, por darse los presupuestos de hecho y de derecho, para declarar extinguido el derecho de dominio privado de tales fundos, por lo cual, deniegan en ambos casos las súplicas de la respectiva demanda.

"No consideramos del caso, para no ser extensos, transcribir en su totalidad las consideraciones que tuvo en cuenta la Corporación para proferir los fallos referenciados, los cuales agregamos en fotocopia informal para efecto de su ratificación y reiteración. Para los dichos efectos, consideramos procedente únicamente consignar los siguientes apartes, que resumen y resuelven de fondo la cuestión debatida, así:

"1. Basa su defensa el Instituto en la no obligación de explotación de sus inmuebles rurales, por no encajar ésta en sus cometidos.

"2. El acto acusado, en cambio, relata en forma satisfactoria la situación que plantea el actor, con apoyo en el artículo 54 de la Ley 135 de 1961. Norma que le permite al INCORA adquirir tierras tanto de propiedad privada como del dominio de las entidades de derecho público, que ostenten el carácter de bienes fiscales o patrimoniales suyos, 'con el objeto de dar cumplimiento a los fines señalados en los ordinales 1º, 2º y 4º del artículo 1º de dicha ley'.

"3. Fines que merecen ser destacados puesto que la Ley 135 sobre reforma social agraria, tiene por objeto, entre otros, los siguientes:

"'*Primero:* Reformar la estructura social agraria por medio de procedimientos enderezados a eliminar y prevenir la inequitativa concentración de la propiedad rústica o su fraccionamiento antieconómico; reconstruir adecuadas unidades de explotación en las zonas de minifundio y dotar de tierras a las que no la posean, con preferencia para quienes hayan de conducir directamente su explotación e incorporar a ésta su trabajo personal.

"'*Segundo:* Fomentar la adecuada explotación económica de tierras incultas o deficientemente utilizadas, de acuerdo con programas que provean su distribución ordenada y racional aprovechamiento.

"'*Cuarto:* Crear condiciones bajo las cuales los pequeños arrendatarios y aparceros gocen de mejores garantías, y tanto ellos como los asalariados agrícolas tengan más fácil acceso a la propiedad de la tierra'.

"4. El carácter del bien patrimonial que ostenta el inmueble 'San José - Los Alpes - El Batán' es inequívoco y lo es porque los bienes que poseen las entidades públicas en las mismas condiciones que los particulares y los adquieren como estos por los distintos modos de adquisición son bienes fiscales por oposición a los de uso público que son aquellos que pertenecen, como su nombre lo indica, al uso de todos los habitantes del territorio y sobre los cuales se predica el dominio eminente del Estado, como las calles, plazas, caminos, etc., etc.

"El carácter del bien fiscal del inmueble aquí cuestionado le imponía al Instituto las obligaciones inherentes a su explotación, al cumplimiento de la función social de la propiedad impuesta por la carta constitucional (art. 30). En esto no existen excepciones (sentencia de marzo 15 de 1985, proceso 3469, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejo de Estado).

"Por las precedentes consideraciones, solicitamos a los honorables Magistrados, denegar las súplicas de la demanda inicial del proceso de la referencia".

IV

Vista Fiscal:

La Fiscal Segundo de la Corporación, doctora Edné Cohén Daza, en su concepto de fondo y bajo el rubro *"consideraciones"*, pone de presente:

"El argumento principal del actor consiste en afirmar, que el INCORA no puede declarar extinguido el derecho de dominio de un bien que pertenece al Instituto de Bienestar Familiar y que por esa razón es un bien público.

"La demanda no ataca el procedimiento administrativo que se efectuó por el INCORA y que terminó con la Resolución número 4246 de 1981 de extinción de dominio del predio La Cabaña.

"Este despacho se permite observar, que ya en otras ocasiones ha tenido oportunidad de estudiar demandas similares a ésta. Así mismo ya la Sala se ha referido y ha decidido sobre ellas. Es así como el apoderado del ente demandado en su alegato de conclusión hace un recuento muy completo sobre el punto, citando y anexando algunas providencias que se relacionan con casos en donde se ha debatido este mismo asunto.

"Para referirnos al argumento principal del actor, es necesario distinguir, que no todos los bienes del Estado son públicos, pues existen los llamados bienes fiscales que son aquellos que posee y administra el Estado como un particular y que están sujetos a las leyes que se aplican a los bienes de los particulares.

"En el caso del predio La Cabaña que le pertenecía al ICBF exclusivamente y que no era público sino fiscal.

"La Ley 135 de 1961 permite al INCORA adquirir tierras de propiedad privada y también aquellas que tienen carácter de bienes particulares de las entidades de derecho público, siempre que se hagan para los fines señalados en la misma ley.

"El INCORA pues está autorizado por la ley para proceder en la forma en que lo hizo.

"Como ya se anotó, en el presente caso no se discute el hecho de existir o no explotación económica del predio, más aún, en la demanda se afirma que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar no tenía dentro de sus funciones o de sus obligaciones el hacerlo.

"El acto acusado, la Resolución número 4246 de septiembre 17 de 1981 y la Resolución 077 que la aprobó se ajustaron a derecho y los argumentos formulados para solicitar su anulación no prosperan.

"En consecuencia, esta Fiscalía se permite solicitar a la honorable Sala se nieguen las súplicas de la demanda".

V

Consideraciones de la Sala:

A) Bajo el rubro "Concepto de la Violación", el apoderado del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar destaca que el centro de imputación jurídica que representa no tiene entre sus funciones "...la explotación económica del suelo por medio de hechos propios de dueño, como las plantaciones o sementeras, la ocupación con ganado, y otros de igual significación económica". Anota luego que, a la luz de lo preceptuado en el numeral 19 del artículo 21 de la Ley 7ª de 1979, tampoco se desprende que tal organismo estatal "... deba dedicarse a la explotación agropecuaria de los inmuebles rurales que ingresen a su patrimonio, razón por la cual con el producto de la venta de los mismos puede llevar a cabo sus programas de protección y fortalecimiento de la familia". Concluye luego su argumentación destacando que: "...el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, por ser un establecimiento público del orden nacional *no ejerce dominio privado sobre sus bienes* y que en el caso concreto de la extinción del dominio se trata exclusivamente de la sanción impuesta *a los particulares* que no han explotado adecuadamente sus tierras".

La perspectiva jurídica anterior no es de recibo para la Sala, como ha tenido ya oportunidad de reiterarlo en varios fallos. Así, en providencia de 17 de julio de mil novecientos ochenta y tres (1983), expediente número 3468, con ponencia del señor Consejero Jorge Valencia Arango, se dijo:

"a) La razón fundamental de la demanda es la que el INCORA no puede declarar extinguido el derecho de dominio de los entes públicos y la de que conforme a la ley el ICBF no está obligado a explotar los predios rurales que posea;

"b) El acto acusado estudia ampliamente y en forma afortunada la situación planteada por el actor, con razones que comparte la Fiscalía Segunda de esta Corporación y prohíja por asertadas, esta Sala;

"c) El artículo 54 de la Ley 135 de 1961 faculta al INCORA para adquirir tierras tanto de propiedad privada como de aquellas *'que tengan carácter de bienes patrimoniales de las entidades de derecho público..., con el objeto de dar cumplimiento a los fines señalados en los numerales 2º y 4º del artículo 4º'* de dicha ley.

"Y patrimoniales son los bienes que poseen los entes de derecho público, cuando los tienen en las mismas condiciones en que los poseen los particulares, como en este caso, los adquiridos por el ICBF por herencia, por oposición a los bienes de uso público del Estado que son aquellos que pertenecen, por su uso, a todos los habitantes del territorio y que sólo pueden reconocer el dominio eminente del Estado;

"d) No hay, pues, razón alguna para invalidar el acto del INCORA, impugnado en este proceso".

También en sentencia de quince (15) de marzo de mil novecientos ochenta y cinco (1985), expediente número 3469. Actor Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Consejero ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo, se recordó:

"El carácter de bien patrimonial que ostenta el inmueble 'San José - Los Alpes - El Batán' es inequívoco y lo es porque los bienes que poseen las entidades públicas en las mismas condiciones que los particulares y los adquieren como éstos por los distintos modos de adquisición son bienes fiscales por oposición a los de uso público que son aquellos que pertenecen, como su nombre lo indica, al uso de todos los habitantes del territorio sobre los cuales se predica el dominio eminente del Estado, como las calles, plazas, caminos, etc., etc.

"El carácter de bien fiscal del inmueble aquí cuestionado le imponía al Instituto las obligaciones inherentes a su explotación, al cumplimiento de la función social de la propiedad impuesta por la carta constitucional (art. 30). *En esto no existen excepciones'* (Subrayas de la Sala).

La filosofía jurídica anterior explica bien que no prosperen las pretensiones de la demanda.

B) Para darle fuerza de convicción a la sentencia, la Sala destaca, igualmente, que dentro del proceso no se demostró explotación económica del predio, en la forma indicada en la ley. Esta conducta omisiva, desde el punto de vista probatorio, se dio también durante

la tramitación administrativa que adelantó el INCORA, como se destaca en la Resolución número 04246 de 17 de septiembre de 1981, donde se lee:

> "Es preciso anotar, que a este trámite administrativo fue vinculado el representante legal de la entidad propietaria, quien como puede apreciarse de su estudio, no constituyó apoderado a efecto de que asumiera la defensa de sus intereses, ni solicitó o aportó prueba alguna para demostrar que ha realizado explotación económica en el precitado inmueble, o que con anterioridad la realizó el causante señor Ramón Ramírez Salazar.
>
> "Dentro de esta clase de procedimientos administrativos, la carga de la prueba sobre la explotación económica del fundo o de una parte de él, corresponde al propietario, según lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 135 de 1961, quien para acreditar que ha efectuado la explotación total o parcial, debe solicitar la práctica de una inspección ocular con intervención de peritos, que según la norma mencionada constituye la prueba principal, y quien podrá también allegar las pruebas complementarias de recibo señaladas en los artículos 16, 18 y 20 del Decreto 1577 de 1974, si al momento de la inspección ocular no existen cultivos, ni el predio está ocupado con ganados en la proporción exigida por el artículo 6º del Decreto 059 de 1938 y el propietario alega que el bien fue objeto de explotación agropecuaria durante el término fijado para la extinción del dominio, debiendo analizarse estas pruebas complementarias por los peritos quienes en su dictamen determinarán si acreditan o no explotación en la extensión que el titular del dominio alega haber cultivado" (cuaderno 1, fls. 20 y 21).

Es verdad que dentro del presente proceso obra el texto del contrato "Administrativo de Prestación de Servicios" número 1978, suscrito el día 28 de octubre de 1975 entre el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y el señor Leonte Fierro, en virtud del cual éste se obligó a "...administrar con el cuidado, la dedicación y el esmero de buen padre de familia, ..." los bienes que allí se enlistan, entre ellos La Cabaña, pero ello no es suficiente, pues la simple firma de actos jurídicos no tiene mérito por sí misma, para acreditar que se está explotando la tierra. Agrégase a todo lo anterior que tanto de la lectura de la Resolución número 0248 de 30 de abril de 1980, que da inicio a las correspondientes diligencias administrativas, en orden a establecer si conforme a la ley, procede o no, la declaratoria de extinción del dominio privado, como de la número 4246 que así lo decide, respecto del inmueble denominado La Cabaña, se desprende que allí había "...24 ocupantes, quienes en su mayoría manifiestan no tener vínculo alguno de dependencia con el titular del dominio y ejercen su posesión mediante explotaciones agrícolas tales como café, plátano y pasto. El tiempo de ocupación ejercida por cada uno de los colonos oscila entre 1 y 9 o más años..." Ahora bien. Si esta era la realidad fáctica el día 30 de abril de 1980, no desvirtuada dentro del presente proceso lógico es concluir que cuando se dictó la sentencia de adjudicación del bien, a favor del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, el día 1º de marzo de 1975, el bien se encontraba ya

con una situación comprometida a la luz de la ley, por falta de explotación económica del dueño. Con esto se quiere significar también que el Instituto de Bienestar Familiar no se debe hacer muchas ilusiones cuando firme los llamados contratos administrativos sobre denuncia de vocación hereditaria, pues por esta vía bien pueden pretender, terceros interesados, crear semilleros de pleitos sin causa, motivo o razón, como el presente, que en la práctica sólo es testimonio vivo de un derroche de jurisdicción.

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:

Deniéganse las súplicas de la demanda, por las razones expuestas en el presente proveído.

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.

FONDO DE GARANTIAS E INSTITUCIONES FINANCIERAS.— Junta Directiva.

La competencia adscrita a esta Junta Directiva es discrecional únicamente en cuanto al tiempo para ejercerla, pero estrictamente reglada en todo lo demás.

SE DECRETA LA SUSPENSION PROVISIONAL del numeral 2º literales a), b), c), d), e), f) y h) del artículo 2º; del artículo 5º; del artículo 6º; del artículo 7º y del artículo 8º de la Resolución número 1 de 1988 (mayo 27) "por la cual se organiza el Seguro de Depósitos", dictada por la Junta Directiva del Fondo de Garantías e Instituciones Financieras.

SE DECRETA LA SUSPENSION PROVISIONAL del artículo 23 de la Resolución mencionada pero sólo en cuanto dispone la destinación de las primas que se recauden por concepto del seguro de depósitos que deben pagar las entidades inscritas en el Fondo, a "ATENDER LOS PASIVOS A SU CARGO".
SEGURO DE DEPOSITO. Naturaleza.

Debe reunir los elementos esenciales de todo seguro, a saber: Interés asegurable, prima o precio del seguro y obligación condicional del asegurador.

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

Consejero ponente: *Doctor José Ignacio Narváez García.*

Referencia: Expediente número 2221. Actor: Alvaro Tafur Galvis.

Autoridades nacionales. Acción de nulidad y suspensión provisional contra la Resolución número 1 de mayo 27 de 1988 expedida por la Junta Directiva del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras. Auto.

El doctor Alvaro Tafur Galvis, en ejercicio de la acción instituida en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, solicita que, previos los trámites legales, se declare la nulidad de los artículos 2º (numeral 2), 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 12, 13, 14, 15, 19, 20, 21, 22 y 23 de la Resolución número 1 de 1988, dictada por la Junta Directiva del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras. Pide también la suspensión provisional, en estos términos:

"El conjunto de transgresiones de las normas superiores en que incurrió el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras al expedir la Resolución número 1 de 1988 pone de manifiesto la antijuridicidad de las disposiciones acusadas y por ello solicito respetuosamente a esa honorable Corporación que decrete, al admitir la presente demanda, la suspensión provisional de las mismas, pues concurren en el presente caso las condiciones exigidas por la ley para ello, conforme a la regulación del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo".

Los argumentos en que sustenta la suspensión son:

"El artículo 10 en el numeral a) determina la precisa finalidad del seguro de depósito expresando que con él se busca 'ofrecer una garantía adecuada a ahorradores y depositantes de buena fe', lo cual significa que los recursos provenientes del seguro han de destinarse a esa garantía. No obstante la Resolución número 1 de 1988, prevé en el artículo 23, que esos recursos se apliquen al pago de los pasivos del Fondo, desvirtuando la finalidad que condiciona la organización y desarrollo del mismo seguro, afectando, muy seguramente la capacidad del Fondo para el cumplimiento del objeto establecido por la ley.

"Si a lo anterior se agrega que el artículo 2º de la Resolución impone la obligación no establecida, ni expresa ni implícitamente en la ley, de que los acreedores, depositantes y ahorradores de las Instituciones Financieras, asuman el pago de una prima de acuerdo con el valor de la acreencia, depósito o título, es claro que bajo la apariencia del seguro previsto en la ley, realmente se ordena, una contribución obligatoria, para que los usuarios del sistema financiero asuman los costos de intervenciones, pasadas o futuras, que hayan generado o generen los pasivos del Fondo de Garantías.

"El numeral c) del artículo 10 de la Ley 117 de 1985 señala las reglas para el establecimiento de las primas, ordenando que cualquiera de los dos sistemas que prevé, el de prima diferencial o el de devoluciones 'debe atender a los indicadores financieros y de solvencia de cada entidad, con base en criterios técnicos que periódicamente determine la Junta Directiva'.

"La Resolución número 1 de 1988, de acuerdo con su artículo 23 parece haber adoptado para la fijación de las primas, el mecanismo de las devoluciones, no obstante es evidente que no previó el sistema de devoluciones a que alude el numeral c) del artículo 10 de la ley, por cuanto, se limita a señalar que 'una vez el Fondo haya recaudado los recursos que le permitan atender los pasivos a su cargo, constituir reservas apropiadas para atender los riesgos que asume y atender sus costos administrativos, la Junta Directiva del Fondo dispondrá la devolución de las primas pagadas por las entidades financieras inscritas y determinará la reducción de las primas a cargo de ahorradores, depositantes y acreedores'.

"Para la devolución se tendrá en cuenta el grado de riesgo de las entidades inscritas y sus indicadores financieros".

"A lo anterior se agrega que el artículo 22 de la Resolución prevé que el Fondo pondrá en vigencia un esquema de seguimiento que le permita evaluar periódicamente el estado y modificación de los riesgos asegurados.

"Las precisiones ordenadas por el artículo 10, literal c), deben adoptarse al momento de organizar, y no después, como lo pretende el Fondo, desconociendo en forma manifiesta los condicionamientos legales.

"El texto de los artículos 22 y 23, niega rotundamente la certeza y la claridad que debe presidir la actividad de las autoridades y la relación de éstas con los particulares, llámense, como en el caso presente, instituciones financieras, ahorradores, depositantes o acreedores.

"Persistiendo en la violación de las reglas que condicionan la organización del seguro de depósito, el mismo artículo 23 transcrito, dispone que mientras a las entidades financieras, de cuya buena, aceptable o deficiente administrativo depende la generación del riesgo pueden aspirar a la devolución de las primas por ella pagadas, los usuarios del sistema financiero, a título de depositantes, ahorradores y acreedores sólo pueden esperar la reducción de las mismas.

"La imposición a los acreedores, depositarios y ahorradores de pagar las primas fijadas por el Fondo, comporta una adición a las disposiciones contenidas en el artículo 10, que sólo podría efectuar el legislador, conforme a los claros principios expresados en el artículo 76, ordinal 1º de la Constitución Nacional, pues sólo al legislador corresponde la interpretación, reforma y derogación de las leyes preexistentes. Esa función dentro de nuestro estado de derecho no se atribuye a prevención, ni puede ser asumida so pretexto de aplicar las disposiciones legales, en el ámbito jurídicamente restringido confiado a las Instituciones Administrativas como lo ha pretendido el Fondo".

Como la demanda reúne a cabalidad los requisitos de ley es procedente su admisión.

Y en cuanto a la suspensión provisional de las normas acusadas, son pertinentes estas consideraciones:

La Ley 117 de 1985 mediante la cual se creó el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras y determinó su estructura, dispuso en el artículo 2º que "el objeto general del Fondo consistirá en la protección de la confianza de los depositantes y acreedores en las instituciones financieras inscritas, preservando el equilibrio y la equidad económica e impidiendo injustificados beneficios económicos o de cualquier otra naturaleza de los accionistas y administradores causantes de perjuicios a las instituciones financieras. Dentro de este objeto general, el Fondo tendrá las siguientes funciones: a) ...; b) ...; c) ...;

"d) Organizar y desarrollar el sistema del seguro de depósito y..."

Así mismo el artículo 9º señaló, entre las funciones de la Junta Directiva del Fondo la de *"regular el seguro de depósitos cuando decida crear éste"* (literal c).

Y en el artículo 10 ordenó: "La Junta Directiva podrá organizar el seguro de depósitos con base en los siguientes principios:

"a) Ofrecer una garantía adecuada a ahorradores y depositantes de buena fe, dentro de los topes que señale la Junta Directiva. La garantía no podrá exceder del 75% de los topes fijados;

"b) Cumplir con los postulados de austeridad y eficiencia en la asunción del riesgo;

"c) Las primas se establecerán de manera diferencial o se proverá un sistema de devoluciones, atendiendo, en ambos casos, a los indicadores financieros y de solvencia de cada entidad inscrita, con base en los criterios técnicos que periódicamente determine la Junta Directiva;

"d) Cuando existan circunstancias que demuestren la relación o participación de algún depositante con las causas motivadoras de quebrantamiento de la entidad financiera, podrá dejarse en suspenso el reembolso de los respectivos depósitos, mientras se declare judicialmente, a instancia de la parte, tal relación o participación, y

"e) Las primas a cargo de las entidades financieras inscritas no podrán pasar de una suma equivalente al cero punto cinco por mil (0.5/1.000) del monto de sus depósitos a la vista, de ahorro o a término, según el caso".

Estos preceptos fueron declarados exequibles en sentencia de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 9 de junio de 1987 —entre otras razones— porque la Ley 117 de 1985 es un instrumento de intervención en la economía general "con multiplicidad de objetos, uno general y otros especiales, íntimamente relacionados, que permite al Estado asegurar el ordenado y regular funcionamiento del sistema financiero institucional, como servicio público concedido, *protegiendo la confianza de los depositantes y acreedores de las instituciones inscritas*" (se subraya). Agrega la Corte: "Son pues, funciones especiales las que consagran los literales b), d), e) y f) del artículo 2º de la Ley 117 de 1985, complementadas por los artículos 6º, 10 y 19 del mismo estatuto que se expresan como previsiones o mandatos de la ley para la intervención del Estado en la distribución y utilización de los bienes para racionalizar la economía a fin de lograr el desarrollo integral y evitar o corregir los factores y las conductas que sean contrarias a este principio constitucional".

Ahora bien, el artículo 9º de la citada Ley 117, entre las funciones de la Junta Directiva del Fondo, señala la de "fijar las comisiones, *primas*, tasas y precios que cobre por todos sus servicios" (literal b). De manera que si se armoniza esta facultad con las apreciaciones antes transcritas de la Corte Suprema, es indudable que sólo en el fallo con que habrá de finalizar este proceso será pertinente analizar si las primas establecidas en la Resolución demandada constituyen "contribuciones obligatorias" para los usuarios del sistema financiero y su fijación vulnera normas superiores en la escala jurídica. Por ahora aparece en altorrelieve que cuando el cuerpo directivo del Fondo aprobó la Resolución número 1 de 27 de mayo de 1988 "por la cual se organiza el seguro de depósitos" ejerció una competencia

que le adscribió expresamente esa ley, ulteriormente reglamentada en el aspecto de las primas en el artículo 1º del Decreto 1021 del año en curso, cuya vigencia empezó dos días antes de la Resolución acusada, y que dispuso:

"Para los efectos del artículo 10, literal c) de la Ley 117 de 1985 y de las normas que en desarrollo de dicho artículo se han dictado, los cobros de las primas a cargo de las entidades financieras inscritas en el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras se efectuarán con la periodicidad que determine la Junta Directiva de dicho Fondo". Y aunque antes de la promulgación de este Decreto y de la Resolución número 1 de 1988, la Junta Directiva del Fondo no había dictado norma alguna sobre el seguro de depósitos, tiene la virtud de corroborar la referencia que hace la ley a las entidades financieras inscritas, como únicas obligadas a pagar las respectivas primas.

Y si se comparan las normas antes transcritas con las contenidas en la Resolución a que se contrae la petición de suspensión provisional, salta a la vista sin esfuerzo mental alguno que varias de las disposiciones de ésta rebasan notoriamente los parámetros expresamente indicados a la Junta Directiva del Fondo en normas de orden superior. Ciertamente la competencia adscrita a ésta era discrecional- únicamente en cuanto al tiempo para ejercerla, pero estrictamente reglada en todo lo demás. En efecto, el literal c) del artículo 9º de la citada Ley 117 de 1985 incluyó entre sus funciones la de "regular el seguro de depósitos *cuanto decida crear éste*". Desde luego una vez decidiera organizar dicho seguro, tenía que acatar las pautas trazadas en el artículo 10.

Esta nueva modalidad debe reunir los elementos esenciales de todo seguro, a saber: Interés asegurable; riesgo asegurable; prima o precio del seguro, y obligación condicional del asegurador, ya que de faltar alguno sería jurídicamente inexistente. De ahí que los artículos 1045 y 897 del Código de Comercio sancionen la deficiencia con la ineficacia de pleno derecho, vale decir, sin necesidad de declaración judicial. Y aunque tales elementos en principio confluyen, las peculiaridades que ostenta han dado asidero a opiniones discordantes respecto de su naturaleza, pues se ha afirmado que no se trata de un seguro de daños ni de un seguro de responsabilidad a pesar de que aquellas indican que sí participa de la índole de los seguros de daños y en especial de la categoría denominada *"seguros patrimoniales"*. Otros han criticado la forma como se explotará puesto que la entidad llamada a otorgarlo es diferente de las aseguradoras, tradicionalmente definidas y reguladas desde la Ley 105 de 1927, y prefieren considerarlo como una simple fianza. Pero si se hace abstracción de estos tópicos puramente doctrinales, el hecho ostensible es que la Junta Directiva del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras no se ciñó estrictamente en todas las disposiciones de la Resolución número 1 de 1988 a los principios básicos instituidos en el artículo 10 de la precitada Ley 117 de 1985.

Si el seguro de depósitos fue concebido por el legislador como un mecanismo apto para aminorar el riesgo que gravita sobre los ahorradores y depositantes por los comportamientos de los gestores de la actividad que con autorización del Estado desarrollan las enti-

dades a las cuales llevan confiadamente sus disponibilidades o recursos, lógicamente los obligados a asegurarse contra dicho riesgo son precisamente quienes realizan la intermediación financiera. Por eso la ley vinculó expresamente a las entidades inscritas en el Fondo al mencionado seguro, precisó los límites máximos tanto de la garantía como de las primas a cargo de ellas y contempló la posibilidad de establecer tarifas diferenciales o un sistema de devoluciones, atendiendo en uno u otro caso, a los indicadores financieros y de solvencia de cada entidad inscrita. En cambio, ninguna disposición de esa ley señala a los depositantes, ahorradores o acreedores de tales entidades como sujetos pasivos en la obligación de tomar el seguro y, por consiguiente, no les fijó topes de garantía mínimos o máximos ni primas que debieran cubrir. Pero en la Resolución acusada mientras los topes de garantía y el máximo porcentual de las primas de las entidades financieras son los previstos en el artículo 10 de la Ley 117 de 1985 —sin facultades y por fuera de las previsiones legales—, se descargó sobre los ahorradores, depositantes o titulares de acreencias gran parte de la responsabilidad que asumen dichas entidades porque los obligó a tomar el seguro de depósitos y a pagar primas que oscilan entre el 0.5 por ciento y el 0.75 por ciento anual, en verdad desproporcionadas frente a las que deben pagar quienes captan los ahorros y depósitos, los administran e invierten a su talante sin la anuencia o la participación de aquellos.

Cabe agregar que algunas disposiciones contenidas en la Resolución demandada han sido sustituidas, ampliadas o derogadas por las Resoluciones 2 de 23 de junio y 3 de 30 de junio del corriente año, aprobadas por la Junta Directiva del Fondo de Instituciones Financieras y publicadas en el Diario Oficial, pero éstas últimas no son objeto de la acción de nulidad instaurada en la demanda.

Desde otro ángulo, la finalidad primigenia y cardinal del seguro de depósitos consistente en "ofrecer una garantía adecuada a ahorradores y depositantes de buena fe, dentro de los topes que señale la Junta Directiva" según lo proclama el literal a) del artículo 10 de la Ley 117, será absolutamente nugatoria durante un lapso indefinido. En verdad conforme al artículo 23 de la Resolución demandada, sólo cuando el Fondo haya amortizado los pasivos a su cargo, procederá a "constituir reservas apropiadas para atender los riesgos que asume y atender los costos administrativos". Esta disposición desvirtúa el fin y la naturaleza del seguro así como del precio que por el mismo se paga, ya que las primas recaudadas las destinará prioritariamente el Fondo a atender los pasivos que hasta ahora ha venido acumulando.

Las consideraciones precedentes bastan para destacar la ilegalidad de las disposiciones de la Resolución número 1 de 1988 acusada que imponen a los titulares de acreencias enunciadas en los literales a), b), c), d), f) y h) del numeral 2 del artículo 2º la obigación de tomar el seguro de depósitos; de las que les ordena pagar una prima anual por ese seguro como dispone el artículo 5º; de las que indican la forma de determinar las primas al tenor del artículo 6º; de las que fijan a los titulares de acreencias a cargo de entidades financieras inscritas en el Fondo el promedio del trimestre calendario como lo ordena el artículo 7º; de las que establecen el cobro de dicha prima como se indica en el artículo 8º, y de las que le dan a las primas

recaudadas por el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras una destinación diferente de las de atender los riesgos que asume por razón del seguro de depósito, como se prevé en el artículo 23.

En mérito de lo expuesto, la Sala Unitaria resuelve:

1º Admítese la demanda presentada en su propio nombre por el doctor Alvaro Tafur Galvis, y para su trámite se dispone:

a) Notifíquese personalmente al Director del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras;

b) Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público;

c) Cumplidas las notificaciones ordenadas, fíjese en lista por el término de diez (10) días para que la entidad demandada conteste la demanda y ella, así como cualquier coadyuvante o impugnador, propongan excepciones o soliciten la práctica de pruebas.

2º Decrétase la suspensión provisional del numeral 2 literales a), b), c), d), e), f) y h) del artículo 2º; del artículo 5º; del artículo 6º; del artículo 7º y del artículo 8º de la Resolución número 1 de 1988 (mayo 27) "por la cual se organiza el Seguro de Depósitos'," dictada por la Junta Directiva del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras.

3º Decrétase así mismo la suspensión provisional del artículo 23 de la Resolución mencionada en el punto 2º que precede, pero sólo en cuanto dispone la destinación de las primas que se recauden por concepto del seguro de depósitos que deben pagar las entidades inscritas en el Fondo, a *"atender los pasivos a su cargo"*.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

José Ignacio Narváez García.

Jorge A. Torrado, Secretario.

PERSONAL INRAVISION.— Naturaleza.

Siendo INRAVISION un establecimiento público, su guía suprema es el Decreto-ley 3130 de 1968 (estatuto orgánico de las entidades descentralizadas) y se hace necesario diferenciar entre empleados públicos vinculados a la administración por una relación legal y reglamentaria, designados por acto administrativo, esencialmente unilateral, por una parte, y trabajadores oficiales, por la otra.

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.*

Referencia: Expediente número 422 (10077). Autoridades nacionales (Reconstrucción Decreto extraordinario 3825 de 1985). Actor: Guillermo Cajamarca García.

Se decide la apelación interpuesta por el apoderado del señor Guillermo Cajamarca García contra la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, el ocho (8) de julio de mil novecientos ochenta y tres (1983), en la que negó las peticiones de la demanda que él instaurara, para solicitar la nulidad de la Resolución número 4134 de 1981 —5 de noviembre—, proferida por el Director General del Instituto Nacional de Radio y Televisión —INRAVISION— que declaró la insubsistencia de su cargo ("Jefe de Grupo V, grado 30 del Grupo de Compras, Subdirección Administrativa"); así mismo impetró el libelista la orden de reintegro al mencionado empleo o a otro de igual o superior categoría, que se condene a la Nación —INRAVISION— a reconocerle y pagarle los sueldos, primas, bonificaciones, subsidios, vacaciones y demás emolumentos dejados de percibir desde la fecha en que fue declarado insubsistente hasta el día de su restablecimiento al servicio oficial, amén de que se tenga como sin solución de continuidad el lapso durante el cual estuvo retirado de la planta de personal del mencionado ente público.

Trátase, pues, de una acción de plena jurisdicción —hoy "de restablecimiento del derecho" (art. 85 del Decreto-ley 01 de 1984)—, la cual se basó en los siguientes hechos:

"1º El demandante entró a prestar sus servicios a la Nación —Instituto Nacional de Radio y Televisión—, en virtud de nombramiento que le fuera hecho en legal forma y previa la correspondiente posesión del cargo, desde hace varios años.

"2º Estando mi representado prestando sus servicios en el cargo de Jefe de Grupo de Compras de la Subdirección Administrativa de INRAVISION, el señor Director General del Instituto mediante la Resolución acusada, declaró insubsistente el nombramiento de mi representado, sin que mediara justa causa para ello y sin la observancia de su procedimiento disciplinario legal.

"3º El actor durante su permanencia en el cargo para el cual fue nombrado, se distinguió por ser funcionario cumplidor de sus deberes y por su buena conducta, razón por la cual nunca fue sancionado disciplinariamente" (fls. 1 y 2).

Citó el demandante, como normas legales quebrantadas por el acto administrativo que acusa, los artículos 2º, 16, 17, 20, 26 y 30 de la Constitución Política; el artículo 4º del Decreto-ley 550 de 1960 en concordancia con los artículos 5º, 26-b y 35 del Decreto-ley 1050 de 1968; el artículo 39 del Decreto-ley 3130 de 1968; los artículos 7º, 8º, 31, 37 y 46 del Acuerdo número 20 de 1964 —1º de diciembre— y 43 del Acuerdo número 43 de 1965 —15 de septiembre—, ambos de la junta administradora de INRAVISION, y puntualizó el concepto que a continuación se transcribe:

"Uno de los derechos básicos de los funcionarios públicos es el de la estabilidad relativa, que les garantiza el no ser separados de sus cargos sino cuando llegan a la edad de retiro forzoso, cuando cumplen los requisitos para entrar a disfrutar de una pensión, o cuando incurran en faltas disciplinarias por el incumplimiento de sus deberes o por violación de las prohibiciones legales, previo un procedimiento en donde, para dar cumplimiento al ordenamiento consagrado en el artículo 26 de la Constitución, se les haga conocer los cargos, se les corra traslado de ellos para que puedan presentar pruebas o solicitar la práctica de ellas para respaldar los descargos, se escuche el concepto de la comisión de personal del organismo en donde tienen representación los empleados, etc.

"Esa estabilidad relativa en el cargo de los funcionarios públicos —que es igualmente institución benéfica para la buena administración del Estado puesto que le permite contar con personal experimentado, de una trayectoria y capacitación muy superior a los recién llegados a ella o que hasta ahora aspiran a ingresar a la misma—, generalmente ha estado consagrada en leyes o decretos, especialmente en tratándose de administración centralizada, y excepcionalmente, se ha aceptado por los tribunales administrativos que ella se encuentre establecida en normas diferentes, cuando se está en presencia de entes descentralizados por servicios, ya que en pretérita época se consideró que uno de los atributos de la descentralización era la total autonomía de ellos, que facultaba a sus órganos de dirección (Junta o Consejos Directivos), para regular todo lo relacionado con el régimen salarial, prestacional, disciplinario, etc., de sus empleados.

"En tales condiciones, algunas personas jurídicas de derecho público que integran la Rama Ejecutiva del Poder Público, entre ellas el establecimiento público denominado 'Instituto Nacional de Radio y Televisión', por medio de los actos jurídicos denominados 'Acuerdos', algunos de ellos aprobados por el Presidente de la República mediante decretos, otros expedidos por sus Juntas con el voto favorable del Ministro del ramo, Presidente de la Junta o Consejo, elaboraron Estatutos de personal para quienes prestaban sus servicios en ellos, en donde se han regulado aspectos del servicio, tales como las situaciones administrativas, el régimen disciplinario, el de carrera, el prestacional, etc.

"En efecto para el caso en estudio la Junta Administradora del Instituto Nacional de Radio y Televisión, mediante el Acuerdo número 43 de 15 de septiembre de 1965, el cual se encuentra vigente pues no ha sido anulado o derogado por autoridad alguna, concedió estabilidad a todo su personal al disponer:

" 'Artículo 2º Garantizar la estabilidad en el empleo a todo el personal del Instituto, teniendo en cuenta su conducta e idoneidad. Ningún trabajador podrá ser despedido sin que previamente se le oiga en la Comisión de personal para presentar los descargos correspondientes, conforme a lo previsto en el Reglamento de Trabajo. Solamente podrá terminarse la relación de trabajo con los empleados al servicio del Instituto por las causales establecidas en el Reglamento Interno de Trabajo'.

"Esta norma jurídica vino a complementar el Reglamento de Trabajo del Instituto, expedido por la Junta Administradora del mismo mediante el Acuerdo número 20 de diciembre 1º de 1964, dictado con funndamento jurídico en el Decreto-ley 3267 de 1963 (anterior Estatuto orgánico de INRAVISION). En dicho reglamento de trabajo se creó una Comisión de Personal, que es la misma a la cual se refiere el artículo 2º del Acuerdo 43 de 1965, integrada en la forma prevista en el artículo 7º y con la función de hacer recomendaciones concretas sobre sanciones a imponer a los empleados que incurran en faltas disciplinarias contempladas en el mismo Reglamento (art. 8º), sanciones entre las cuales se encuentran las de despido o destitución, la de suspensión en el ejercicio de funciones y la declaratoria de insubsistencia. Igualmente, se establecieron los casos en que procedía la insubsistencia del cargo, y aun cuando bien es cierto que no se reglamentó en forma clara y precisa el procedimiento disciplinario para imponer sanciones de tal tipo, como tampoco se contempló una escala de faltas y sanciones, es lo cierto, igualmente, que para dar cumplimiento a la norma que consagra el sagrado derecho de defensa (art. 26 de la Carta), se estableció, por lo menos, el derecho del empleado a ser previamente oído en la Comisión de Personal para la presentación de los descargos y la práctica de pruebas y el de que solamente se le pueden imputar como faltas, los hechos expresamente previstos en el Reglamento de Trabajo.

"En consecuencia, debemos sentar como premisa mayor del silogismo que estamos planteando, que existen actos jurídicos

amparados por una presunción de legalidad, que para el caso *sub júdice* otorgan, por mandato de los artículos 16, 17, 20 y 30 de la Constitución y especialmente por virtud de lo dispuesto en el artículo 39 del Decreto-ley 3130 de 1968 —según el cual las normas vigentes sobre las materias de que se trata el artículo 38 del mismo Estatuto, continúan rigiendo en cada organismo hasta la aprobación por el Gobierno de los proyectos a que se refiere la citada norma—, el derecho a no ser separados de sus cargos o removidos sino por falta de idoneidad o por haber incurrido en hechos expresamente previstos como causales de mala conducta, y previo el procedimiento disciplinario correspondiente.

"Como premisa menor del silogismo, debemos manifestar que mi poderdante venía desempeñando un cargo en INRAVISION; que fue declarado insubsistente sin que contra él se formulara cargo alguno, sin que se le diera oportunidad de ser oído en declaración de descargos, sin que pudiera presentar pruebas, y sin que la Comisión de Personal del organismo se pronunciara sobre el particular, previo el estudio del caso, recomendando las sanciones concretas a imponer si los cargos resultaban plenamente demostrados, como claramente lo preceptúa el artículo 8º del Reglamento de Trabajo del Instituto, concordante con el artículo 2º del Acuerdo número 43 de 1965.

"Estas aseveraciones no necesitan ser demostradas por mi poderdante, pues los hechos negativos —todos los sabemos— no son de la incumbencia probatoria de quien los afirma, ya que la carga de la prueba se invierte y corresponde, por ende, a la demandada.

"Para concluir el silogismo jurídico, tendremos que llegar a la indubitable conclusión de que el acto administrativo acusado es nulo por expedición irregular, ya que surgió a la vida jurídica sin la observancia del procedimiento previo impuesto por normas superiores de derecho, pero, además, porque en forma torticera se han quebrantado actos jurídicos con fuerza de ley, como los Acuerdos invocados en este libelo que la derivan del artículo 39 del Decreto-ley 3130 de 1968, y los cuales consagran la estabilidad relativa de los empleados al servicio de INRAVISION y en consecuencia, el derecho de los mismos a no ser despedidos o declarados insubsistentes sino por las causales expresamente previstas en ellas, todo lo cual hace que el acto acusado se encuentre afectado de nulidad, y así debe ser declarado por esa honorable Corporación.

"Por lo demás, el punto jurídico ha sido ampliamente definido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y el Consejo de Estado, Sección Segunda, en múltiples sentencias, al resolver casos similares en relación con actos expedidos por anteriores Directores de INRAVISION que pretendieron disponer de la facultad de nombrar y remover libremente a sus empleados. En efecto, en sentencia de noviembre 20 de 1975, ponencia del honorable Consejero Alvaro Orejuela Gómez, juicio de Marco A. Pardo Moreno; de febrero 2 de 1976, ponencia del Consejero Nemesio Camacho Rodríguez; juicio de Germán Corchuelo; en la

de 26 de enero de 1976, ponencia del Consejero Rafael Tafur Herrán, juicio de Norma Arias de Navas; y, en la de 28 de mayo de 1976, ponencia del Consejero Orejuela Gómez, juicio de Luis Alfonso Abril y otros, confirmatorias de los fallos dictados por el honorable Tribunal de Cundinamarca, con ponencia del Magistrado doctor Carlos Octavio Rodríguez V., con fechas mayo 25 de 1975 y agosto 9 de 1974, se ha llegado a la conclusión antes expuesta, por considerarse que los actores gozaban de una estabilidad relativa dada por las normas citadas como quebrantadas que convirtió la facultad discrecional de que gozaba el Director de INRAVISION, para terminar la relación de trabajo con sus empleados subalternos, en una verdadera atribución reglada, que solamente podía ejercerla cumpliendo las normas que para tal efecto fueron consagrada en los Acuerdos de la Junta Administradora de INRAVISION, entre ellas la de motivar obligatoriamente la providencia, expresando las causales de la declaratoria de insubsistencia del nombramiento, si las había con las constancias de haber cumplido, previamente, el procedimiento legal de carácter disciplinario.

"Por lo que respecta al Acuerdo número 10 de 1973, dictado por la Junta Directiva de INRAVISION con el objeto de arrebatarles a los empleados despedidos del Instituto en 23 de marzo de 1973, sus derechos, se ha dicho también los citados fallos que 'es inaplicable por contrariar el artículo 39 del Decreto-ley 3130 de 1968 y por violentar legítimos derechos consagrados en los artículos 1º y 16 de la Constitución', puesto que al no elaborar el Instituto para la aprobación del Gobierno, el Estatuto de Personal, es claro que los Acuerdos 20 de 1964 y 43 de 1965, por imperativo mandato del artículo 39 del precitado Decreto 3130 de 1968, vinieron a convertirse automáticamente en normas imperativas de referencia legislativa y en cánones básicos de personal hasta cuando se dicten por el Congreso o por el Gobierno con facultades delegadas, las disposiciones básicas de personal que las modifiquen o subroguen, que no se han dictado, como ya se expresó antes" (fls. 2 a 4).

La parte motiva del fallo apelado dice a la letra:

"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, tanto este Tribunal como el honorable Consejo de Estado en reiteradas oportunidades, como lo anota el apoderado del actor, 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, exigiéndose al nominador el cumplimiento de formalidades especiales tal como lo reza el artículo 2º del Acuerdo 43 comentado, esto 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.

"Las argumentaciones que contiene la demanda 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 y 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 determinan las condiciones para la creación, supresión y fusión de cargos y 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 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 3138, 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, como 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.

"Sobre el particular el honorable Consejo de Estado en la sentencia últimamente citada, sostuvo:

" 'Si el citado artículo 39 hubiera ordenado que continuan vigentes en las entidades descentralizadas del orden nacional las disposiciones internas de ellas sobre retiro de empleados públicos del servicio, especialmente en lo que respecta a su remoción, habría infringido la Constitución Nacional, que reservó esa materia para el legislador. Adviértase, además, que la norma contenida en el artículo 62 de la Constitución Nacional, que dispone que lo relativo a «retiro o despido» de empleados públicos es de com-

petencia exclusiva del legislador es anterior al Decreto 2400 de 1968, a la reforma constitucional de ese año y a los Acuerdos números 20 de 1964 y 43 de 1965, pues corresponde al artículo 5º del plebiscito de 1957, por otra parte, cuando se dictaron tales acuerdos estaba vigente el Decreto extraordinario 1732 de 1960 «sobre servicio civil y carrera administrativa», que regulaba la materia'.

"Finalmente se tiene que lo relativo a la administración de personal de la administración pública, de una parte, mestaba (sic) regulado por el Decreto 1732 de 1960 y de otra, posteriormente, por el Decreto 2400 de 1968 y el 3064 de ese mismo año que modificó el anterior, al igual que por el Decreto reglamentario 1950 de 1973, dentro de los cuales están cobijados los empleados del Instituto demandado. Por tanto para que el actor pudiera alegar el adelantamiento previsto a su retiro del servicio, de procedimientos disciplinarios, sería indispensable que gozara de algún fuero de inamovilidad relativa y en autos no obra constancia alguna en el sentido de que el señor Cajamarca García estuviese inscrito en el escalafón de la Carrera Administrativa o en situación similar que le garantizara estabilidad en el empleo, tratándose por tanto de un empleado de libre nombramiento y remoción, que como tal podía ser desvinculado sin el adelantamiento de proceso disciplinario alguno, pues los textos citados así lo permiten" (fls. 10 a 13).

Para sustentar el recurso de apelación interpuesto, la parte actora arguye:

"I. La Sección II guiada por el criterio del sustanciador en el negocio del citado Nieto Navia que, con el debido respeto considero equivocado, sostiene que la materia de que tratan los artículos 64 y 2º de los Acuerdos números 20 de 1964 y 43 de 1965, emanados de la Junta Administradora de INRAVISION, es distinta de la que tratan los artículos 38 y 39 del Decreto-ley 3130 de 1968, pues estas normas no hacen relación al derecho de estabilidad regulado por aquellas, lo que debe llevar a la conclusión de que el artículo 39 del Decreto 3130 citado, no les dio a las normas contenidas en los precitados Acuerdos, ninguna fuerza de ley.

"Si los que somos un poco antiguos en estas disciplinas jurídicas, nos remontamos al año de 1968 y anteriores y encontramos la anarquía conceptual y legislativa que existía en esa época sobre las facultades de los órganos de dirección de los entes territoriales (Departamentos y Municipios) y de los descentralizados (establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales) y los alcances de esas facultades en materia de estatuto de personal (acceso al servicio, clasificación de los empleados oficiales, supresión y fusión de cargos, situaciones administrativas, régimen disciplinario, carrera administrativa, prestaciones sociales, etc.), ya que no existía un criterio claro sobre sí esos órganos de dirección de los entes territoriales (Asambleas y Concejos) y descentralizados por servicio (juntas o consejos directivos de establecimientos públicos y empresas industriales y

comerciales del Estado), por razón de su autonomía proveniente de la personería jurídica que ostentaban y aún ostentan, podían dictar o no normas sobre personal a su servicio que regulara todos y cada uno de los aspectos antes dichos, nos explicaremos, entonces, la expedición de la Ley 65 de 1967, impulsada por la administración Lleras Restrepo, por lo cual se concedieron facultades precisas y *pro témpore* al Ejecutivo para, entre otras cosas, 'establecer las reglas generales a las cuales deben someterse los institutos y empresas oficiales del orden nacional en sus diversas categorías en la creación de empleos y en el señalamiento de las asignaciones y prestaciones sociales de su personal y *el régimen del servicio*' (literal j del art. 1º de la ley) y, por otra parte, la razón para que el Ejecutivo, en ejercicio de sus facultades, estableciera en el artículo 39 del Decreto-ley 3130 de 1968, que 'las normas vigentes sobre la materia de que trata el artículo 38 del presente Decreto, continuarán rigiendo en cada organismo hasta la aprobación por el Gobierno de los proyectos a que se refiere el artículo anterior', sometiéndose ellos a aquellas reglas generales que señalara el Gobierno en ejercicio de la citada facultad del literal j) del artículo 1º de la Ley 65 de 1967.

"Sentada esta premisa, que es irrefutable, incontrovertible, pues sólo después la Corte Suprema de Justicia (a raíz del fallo de diciembre de 1972 que declaró inexequible el art. 38 del Decreto-ley 3130 de 1968) y el honorable Consejo de Estado (a raíz de varias sentencias que determinaron hasta dónde iba la facultad constitucional de Asambleas y Concejos Municipales, para dictar normas sobre personal relacionadas con clasificación de estos en empleados públicos y trabajadores oficiales, régimen de carrera y régimen prestacional, etc.) dejaron muy en claro estos aspectos, diciendo, por ejemplo, que sólo en el Congreso, y por excepción en el Ejecutivo con facultades delegadas, está radicada la facultad de dictar normas sobre estos aspectos, diremos entonces, que no es cierto que la materia tratada o reglada por los Acuerdos números 20 de 1964 y 43 de 1965 de la Junta Administradora de INRAVISION, es distinta de la que tratan los artículos 38 y 39 del Decreto 3130 de 1968, como se sostiene en la sentencia en comento, que ha servido de base a posteriores que se han dictado por esa Sección II, y que se limitan a recoger y compartir lo dicho en la sentencia de febrero 5 de 1983, con ponencia del señor Consejero Vanín Tello.

"Y no es afortunada la apreciación y conclusión, porque tanto los Acuerdos citados como los artículos 30 y 39 del Decreto-ley 3130 de 1968, se refieren al 'régimen del servicio' de que habla el literal j) del artículo 1º de la Ley 65 de 1967, que le sirve de apoyo jurídico al citado Decreto. Dentro de ese régimen de servicio, que no es otro que el denominado 'servicio civil de la República' integrado por funcionarios públicos y trabajadores oficiales de carácter civil —por oposición al personal uniformado o militar—, se encuentra todo lo que tiene que ver con ese personal, desde los puntos de vista, de sus condiciones de ingreso al servicio, las situaciones administrativas, el régimen disciplinario, las asignaciones y complementos salariales, el régimen de

carrera administrativa, con los correlativos derechos de ascenso y de estabilidad relativa, las prestaciones sociales, etc.; en síntesis, repito, todo lo que hace con las personas que integran el servicio civil de la República y dentro de ello, desde luego, la movilidad o inamovilidad (estabilidad relativa) de aquellas.

"Decir, que normas sobre estabilidad de los funcionarios públicos no es materia que tenga que ver con un Estatuto de Personal, con un régimen de servicio, es un gran absurdo, y por ello creo que este primer argumento se cae por su base.

"II. También se sostiene en el fallo en comento, que en virtud de la declaración de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968, el artículo 39 *ibídem* que a él se remitía, 'sufrió un fenómeno de sustracción de materia, perdió eficacia'.

"Sinceramente, no comprendo cómo se puede hablar de sustracción de materia en relación con una norma legal, porque otra a la cual se remite, para no tener el legislador que volver a repetir los términos de aquella, fue declarada inexequible.

"Eso fue lo que hizo el legislador extraordinario, remitirse al artículo 38 *ibídem*, repito, para no tener que repetir que las normas sobre tales o cuales materias seguirán rigiendo, que bien lo pudo haber hecho, pero que no lo hizo porque no era técnico ni lógico, pues todos sabemos que la ley no debe ser tan extensa, tan repetitiva, que dé lugar a que se presenten (ilegible).

"La sustracción de materia, según mis conocimientos, según la doctrina y la jurisprudencia, se da cuando una norma ya no existe en el mundo jurídico, por cualquier causa tal, como por ejemplo, anulación, inexequibilidad, derogatoria, etc. Pero no se puede predicar ella, cuando desaparece no la norma que se invoca como fundamento de una reclamación, sino otra norma a la cual simplemente se remite aquella para no tener que repetir lo mismo, es decir, para no incurrir en la repetición de la repetidera, que es un mal que aqueja a muchos de los que escriben y a veces a través de ello, litigan o fallan.

"El argumento carece, pues, de consistencia jurídica y de respaldo en la doctrina y en la jurisprudencia, pues respecto al artículo 39 del Decreto 3130 de 1968, que es sobre el cual gira la controversia, únicamente puede hablarse de inexistencia por derogación tácita o expresa, por inexequibilidad o por decaimiento a raíz de la desaparición de un presupuesto de hecho o de derecho indispensable para que conserve su vigencia, fenómenos jurídicos que no se han dado en cuanto a dicha norma.

"III. Dice también la Sección en el fallo en comento, que las leyes o decretos que espera el Tribunal de instancia que dicten el Congreso o el Gobierno, no son proyectos de Estatuto de Personal de que trata el artículo 38 del Decreto 3130 de 1968, que debían —y ya no pueden— elaborar los Consejos o Juntas Directivas de los entes descentralizados, por razón de una misma declaración de inconstitucionalidad de la citada norma.

"Sobre el particular, simplemente cabe observar que, precisamente por razón de las vaguedades e imprecisiones sobre las facultades de los órganos de dirección de los entes descentralizados para dictar Estatutos de personal, como se anotó en el punto 1) de este escrito, y para que en un momento dado no pudiera presentarse una situación de caos jurídico, si llegara a determinarse por la Corte Suprema la inexistencia de esa facultad para dictar Estatutos de Personal, el legislador extraordinario se vio precisado a adoptar dichas normas vigentes como legislación permanente, hasta que se modificaran, lo que es factible desde un punto de vista estrictamente jurídico: Cuántas veces el Congreso Nacional no se ha visto precisado a adoptar como legislación permanente, a través de una ley(normas que han sido expedidas por el Ejecutivo y que han venido rigiendo, como medio para evitar que se presente una anarquía jurídica, que el país se quede sin normatividad sobre una materia dada; eso no es extraño, no es exótico, ni mucho menos inconstitucional, como ha tenido oportunidad de reconocerlo la propia Corte Suprema, por ejemplo, cuando decidió sobre la inexequibilidad de la Ley 141 de 1961, por la cual se adoptaron como leyes los decretos dictados con invocación del artículo 121 de la Constitución Nacional, desde el 9 de noviembre de 1949 hasta el 20 de julio de 1958; simplemente sucede que el órgano con competencia para legislar, al prohijar esas normas haciéndolas suyas, como en este caso, convalida lo inconstitucional o ilegal, lo que es factible, repito, pues se da el fenómeno de la purga de inconstitucionalidad o de ilegalidad, reconocida tanto por la Corte Suprema como por el Consejo de Estado.

"De otro lado, ninguna autoridad, con competencia para ello, ha declarado inconstitucional el artículo 39 del Decreto 3230 de 1968, que sigue rigiendo, por lo mismo, conforme al artículo 11 de la Ley 153 de 1987, y debe ser aplicado por el Juez administrativo que no está autorizado para declararlo inconstitucional, por la fuerza de ley que tiene el Decreto citado.

"IV. Dentro del sinnúmero de argumentos que se trajeron en la sentencia comentada, para desconocer a los empleados de INRAVISION un derecho laboral, al cual se debe dar especial protección por el Estado según el artículo 17 de la Carta, nos encontramos, por otra parte, con el 'gran argumento' de que el Decreto-ley 2400 de 1968, disposición posterior a los Acuerdos invocados como fundamento del derecho reclamado, derogó tácita o expresamente dichos Acuerdos, porque, de un lado es disposición que regula íntegramente la materia concerniente al retiro de los empleados del servicio y, porque de otro, su artículo 65 dice que deroga las disposiciones que le sean contrarias.

"Esa derogación se produjo —observan la Sección— porque el Decreto 3130 de 1968, en cuanto por su artículo 39 le da fuerza obligatoria a los citados Acuerdos, se expidió después del Decreto 2400 de 1968 que había derogado los Acuerdos de INRAVISION, por manera de que aquél no podía dar fuerza obligatoria a lo ya derogado.

"Sinceramente me parece inadmisible, desde todo punto de vista, que se pueda creer al legislador tan absurdo, tan cretino y perdóneseme la expresión, para dictar normas en forma tan contradictoria: Derogar tácita o expresamente una norma, y después, por medio de otro acto, expedido por él mismo apenas unos meses después, referirse a esa norma supuestamente derogada por él, para darle fuerza de ley.

"Empero, si ese planteamiento que se hace en el fallo fuera aceptable, cabría llegar a otra conclusión diferente a la del fallo: La norma posterior, por ello, y porque es especial ya que se refiere a la administración descentralizada por servicio y a quienes prestan sus servicios en ella, habría que aplicarla de preferencia, según los principios de interpretación de la ley consagrados en las Leyes 57 y 153 de 1887.

"Y no se diga que el Decreto 2400 de 1968 regula íntegramente la materia, porque ello tampoco es cierto; bien sabemos que no sólo el personal de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, tienen y siempre han tenido disposiciones especiales o de excepción, sino que también se han dictado disposiciones sobre esa materia de Estatutos de Personal para los docentes, para el personal del ramo diplomático y consular, para el personal del ramo de la salud pública, para el personal civil del Ministerio de Defensa, para el personal que presta sus servicios en los establecimientos públicos del ramo de defensa nacional, para el personal del ramo penitenciario, para el personal de agentes y dactiloscopistas del DAS, etc., que no es del caso citar porque son ampliamente conocidos y que nos demuestra que hay un gran número de servidores públicos de la Rama Ejecutiva, sin mencionar las disposiciones para personal de las Ramas Legislativa y Jurisdiccional que también las tienen, que no se regulan por el citado Decreto 2400 de 1968 y su Decreto reglamentario 1950 de 1973.

"De modo que es equivocado el planteamiento, según el cual el Director de INRAVISION, como autoridad nominadora, goza o gozaba de la facultad de nombrar y remover libremente que le otorga el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968 a todos los jefes de servicio, porque el citado Decreto derogó tácita o expresamente los Acuerdos de la Junta Administradora de INRAVISION, que le otorgaban a sus empleados estabilidad, por ser norma posterior que 'regula íntegramente la materia' y, porque, además, el Decreto 3130 del mismo año no podía revivir lo derogado.

"V. Se agrega, también, en la citada sentencia, que los Acuerdos de INRAVISION, son normas de inferior jerarquía al artículo 26 del Decreto 2400 de 1968, que por lo mismo no pueden prevalecer sobre éste.

"He dicho, e insistido en ello, que no son normas de inferior jerarquía, sino de igual categoría, porque lo que hizo el artículo 39 del Decreto 3130 de 1968 fue precisamente elevarlas a la categoría de leyes, de normas de imperativa o imperiosa observancia, purgando su supuesta inconstitucionalidad si es que se quiere, lo que podía hacer como legislador delegado el Ejecutivo, ya que

el delegante, o sea, el Congreso también lo puede hacer sin que eso sea inconstitucional, como lo ha expresado la Corte en varias ocasiones, entre ellos el relacionado con la Ley 141 de 1960 que antes cité, y en el de la Ley 48 de 1968, que adoptó otras normas como leyes.

"VI. Que no se puede aplicar en este caso —se dice también en la sentencia—, el principio de la favorabilidad en beneficio de los demandantes, por cuanto los artículos 38 y 39 del Decreto 3130, de un lado, y el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968, del otro, por ningún aspecto regulan la misma materia o se refieren a ella, es decir, que no hay conflicto de leyes.

"Ya se ha demostrado anteriormente en el punto I de este escrito, que el argumento que se repite nuevamente para desechar la aplicación de las normas constitucionales y legales que protegen el trabajo humano y en especial el principio consagrado en ellas de que en caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador, la que debe aplicarse en su integridad (art. 16 del C. S. del T.), principio que ya no es sólo del orden legal sino constitucional, como se puede constar de una simple lectura de las disposiciones consagradas en las reformas constitucionales de 1936 y 1945 (arts. 17, 31 y 122 de la actual codificación constitucional), es un argumento inaceptable porque no se puede decir alegremente que el derecho a la estabilidad de un empleado público, es cosa que no tiene que ver con el 'régimen del servicio' de la República; tiene y mucho que ver, con éste; tanto como en el aspecto salarial, el disciplinario, el prestacional, las situaciones administrativas, etc., de los funcionarios públicos, como que es un derecho del trabajador público por el cual se ha propendido desde la primera ley sobre servicio civil y carrera administrativa que se dictó en 1938, pasando por el Plebiscito Nacional de 1957 y concluyendo en normas como el Decreto 2400 de 1968 y otras disposiciones posteriores que se han dictado, como ya se anotó, para otro personal como el docente, el diplomático y consular, el civil del ramo de defensa nacional, etc., así el clientelismo de nuestros políticos gobernantes no las hayan dejado operar por consideraciones de conveniencia personal y no de conveniencia del país que ha estado y sigue estando clamando en diversas formas, por una verdadera carrera administrativa, por un servicio civil verdadero.

"VII. Finalmente, se nos dice en la sentencia comentada, que el Acuerdo número 10 de 1973 de la Junta Administradora de INRAVISION, supuestamente aclaratorio del artículo 2º del Acuerdo número 43 de 1965, es irreprochable, cuando dice que la estabilidad de que habla esta norma, es para quienes están inscritos en la Carrera Administrativa.

"Yo, por el contrario, he considerado que este Acuerdo es inconstitucional, porque, de un lado, se expidió cuando ya se había dictado la sentencia de 13 de diciembre de 1972 por la honorable Corte Suprema de Justicia, que declaró la inconstitucionalidad del artículo 38 del Decreto 3138 de 1968, aclarando que

las Juntas o Consejos Directivos de los establecimientos públicos, no tienen competencia constitucional y legal para dictar normas sobre personal a su servicio; y, de otro lado, porque ya no podía desconocer lo previsto en los Acuerdos anteriores, como el que concede la estabilidad a los empleados de INRAVISION, porque ya se encontraba de por medio el artículo 39 del Decreto 3130 de 1968, que les dio fuerza de ley al establecer que seguirían vigentes esos actos, mientras no se proveyera sobre el particular.

"Pero, además, porque el Acuerdo 10 citado no tiene nada de aclaratorio, sino que, por el contrario, es derogatorio; es una disposición que preceptúa todo lo contrario de lo que establece la disposición que se pretende aclarar. Yo que conozco los orígenes del Acuerdo número 10 de 1973, por haber sido el apoderado de los 20 empleados de INRAVISION separados de su cargos en el año de 1972, puedo afirmar, sin equivocación y sin faltar a la verdad, que él se expidió para buscar una decisión negativa dentro de los juicios promovidos por mis representados y que en este momento se hallaban en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

"Ahora bien; hay un argumento fundamental para demostrar la vigencia de los Acuerdos de INRAVISION en que se funda la demanda, negada en la referida sentencia para desconocer la estabilidad de mis representados y su derecho a no ser separados de sus cargos, sino previo un procedimiento administrativo disciplinario: Normas legales posteriores se han referido a dichos Acuerdos sobre personal, para efectos de jornadas de trabajo, derechos y garantías de esos servidores de INRAVISION. Veamos:

"1º Los artículos 14 del Decreto-ley 1169 de 1978 y 4º del Decreto-ley 426 de 1979, dictados con fundamento en facultades conferidas al Ejecutivo por las Leyes 5ª y 53 de 1978, hablan de que 'para la aplicación del presente artículo regirán las jornadas establecidas en el Acuerdo número 20 de 1964 de la Junta Directiva del Instituto Nacional de Radio y Televisión'. Estos Decretos demuestran la vigencia de ese Acuerdo y refuerzan mis planteamientos de que el Decreto 2400 de 1968, anterior a ellos, no derogó los Acuerdos.

"2º Pero veamos, además, lo que dice el artículo 31 del Decreto-ley 1169 de 23 de junio de 1978, dictado por el Ejecutivo con fundamento en las facultades de la Ley 5ª del mismo año, por el cual se establece el sistema de 'nomenclatura y clasificación de los empleados del Instituto Nacional de Radio y Televisión, se fijan las escalas de viáticos y se dictan otras disposiciones'.

"Dicha norma dice textualmente:

" 'Artículo 31. *De las prestaciones y garantías.*

" 'Los empleados del Instituto Nacional de Radio y Televisión gozarán de los mismos derechos, garantías y prestaciones sociales vigentes hasta la fecha'.

"Entonces, tenemos que si el propio legislador en el artículo 14 del Decreto 1169 de 1978, lo que repite en el artículo 4º del

Decreto-ley 426 de 1979, reconoce la vigencia del Acuerdo número 20 de 1964, Estatuto de Personal de INRAVISION, complementado por el 43 del año de 1965, al remitirse a él para efectos de la relación de servicio, y además, ratifica en el artículo 31 *ibídem* el derecho a seguir disfrutando de las mismas garantías, prestaciones sociales y derechos, no se puede venir ahora por el Juez administrativo con el argumento de que dichas normas fueron tácita o expresamente —no lo indica si se operó lo uno o lo otro pues no hay seguridad en el argumento del fallador— derogadas por el Decreto 2400 de 1968.

"En síntesis, honorables Consejeros, que no queda en pie ninguno de los planteamientos de la Sección II de la Sala, expuestos en la sentencia de 5 de febrero de 1983, juicio de Eduardo Nieto Navia, que han servido de fundamento para negar otros procesos, y por ello considero que debe volverse a la concepción primitiva, vigente hasta el citado fallo, en que se cambió lo dicho en numerosos fallos anteriores, el último de ellos el dictado con fecha julio de 1982 por la misma Sección II, juicio de Carlos Martínez Mendivil" (fls. del 16 al 21).

Teniendo en cuenta entonces los anteriores prolegómenos y así mismo que el proceso fue objeto de reconstrucción de conformidad con el Decreto extraordinario 3825 de 1985 a causa de su desaparición durante los trágicos acontecimientos de 6 y 7 de noviembre del mencionado año, habiéndosele situado, por auto de 30 de septiembre de 1986, en la etapa de dictación de sentencia, al no observar, por demás, ningún defecto que amerite la invalidación de lo actuado, para resolver,

Se considera:

I. Empero a que, como lo recuerda el *a quo* y que hace énfasis en ello el recurrente, a partir del fallo de esta Sala de fecha 9 de febrero de 1983 (expediente número 6327, actor: Eduardo Nieto Navia; Consejero ponente, doctor Joaquín Vanín Tello), se ha venido sosteniendo la inaplicabilidad de los artículos 46 del Acuerdo 20 de 1964 y 2º del Acuerdo número 43 de 1965 de la Junta Administradora de INRAVISION para lo que atañe a las garantías de estabilidad relativa de los empleados al servicio de dicho establecimiento público, no es ello óbice para que se reestudie la situación jurídico-fáctica de quienes, como es el caso del actor del caso *sub júdice,* fueron declarados insubsistentes de los cargos que venían desempeñando, a través de acto carente de motivación.

II. El artículo 46 del Acuerdo 20 de 1964 (fls. 40 a 51) señaló taxativamente las causales para declarar insubsistente a los trabajadores del Instituto, a saber:

"a) Abandono del cargo, el cual se entiende por faltar dos (2) días laborables consecutivos sin permiso o sin dar aviso que lo justifique;

"b) La desobediencia habitual sin razones válidas, de los reglamentos y de las órdenes que se impartan;

"c) Todo vicio que afecte la disciplina general del Instituto;

"d) La renuncia (sic) sistemática a aceptar las medidas preventivas, profilácticas prescritas por los médicos oficiales;

"e) El fraude o engaño comprobado por parte del trabajador, mediante la presentación de certificados falsos o adulterados, o informaciones inexactas para su admisión;

"f) La intervención en política partidista;

"g) La reincidencia por más de tres (3) veces en faltas que hayan ocasionado amonestaciones escritas o multas y por más de dos veces en aquellas que hayan causado suspensión;

"h) La falta de honradez o acto de violencia, injuria o malos tratamientos en que incurra el trabajador durante el trabajo o fuera de él, contra sus superiores, sus compañeros o las personas que por cualquier circunstancia se hallen vinculadas al Instituto;

"i) Exigir o aceptar dinero de un trabajador como gratificación para que se le admita en el trabajo, o por otro motivo cualquiera que se refiera a las condiciones de éste;

"j) Todo acto inmoral o delictuoso que el trabajador cometa en el establecimiento o lugar de trabajo cuando sea debidamente comprobado".

Y el artículo 2º del Acuerdo 43 de 1965 —15 de septiembre—, también mencionado arriba, reconoce garantía de estabilidad en el empleo a todo el personal del Instituto, "teniendo en cuenta su conducta y su idoneidad". Agrega: "Ningún trabajador podrá ser despedido sin que previamente se le oiga en la División de Personal para presentar los descargos correspondientes, conforme lo previsto en el Reglamento de Trabajo. Solamente podrá terminarse la relación de trabajo con los empleados al servicio del Instituto por las causales establecidas en el Reglamento Interno de Trabajo".

Se advierte entonces, de la lectura de las disposiciones reglamentarias acabadas de transcribir (Acuerdo 20 de 1964, art. 46 y Acuerdo 43 de 1965, art. 2º), que la Junta Administradora de INRAVISION asimiló, según parece ser, bajo un mismo cartabón, a todos los servidores del mencionado establecimiento público, confundiendo las nociones fundamentales que demarcan los regímenes propios de los empleados o funcionarios públicos, por una parte, de los que tratan acerca de los denominados trabajadores oficiales. Tanto en el primero de esos Acuerdos, es decir, en el 20 de 1964 —"por el cual se dicta el Reglamento de Trabajo del Instituto Nacional de Radio y Televisión"—, como en el segundo, o sea en el 43 de 1965 —"por medio del cual se toman algunas determinaciones sobre prestaciones, auxilios, escalafón, viáticos, primas, condiciones de trabajo, salarios, representación y permisos sindicales"—, se toman los términos "trabajador" y "empleado" como sinónimos, en abierta contradicción con las orientaciones que al respecto, han dado las normas que rigen la materia en el derecho administrativo laboral colombiano.

Porque no ha de olvidarse que el artículo 5º del Decreto-ley 3135 de 1968 (que desarrolla las facultades otorgadas al Gobierno por la Ley 65 de 1967) y que es posterior a los acuerdos de la Junta Administradora de INRAVISION que se examinan, precisa que, por regla general, "las personas que presten sus servicios en los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias y *Establecimientos Públicos* —e INRAVISION tiene esta última calidad—, son *empleados públicos...*" y que sólo serán tenidos como *"trabajadores oficiales"* quienes desempeñen aquellas actividades que en los estatutos de los respectivos establecimientos se señalen, a quienes se les vinculará mediante "contrato de trabajo..." (subrayas fuera de los textos).

De suerte que aún con la existencia de la confusión que se observa en los mencionados acuerdos, es clara su inaplicabilidad actual, a la luz de esas reglas de rango superior, para lo que hace a los "empleados públicos" al servicio del Instituto. Siendo él un *establecimiento público,* su guía suprema es el Decreto-ley 3130 de 1968 (estatuto orgánico de las entidades descentralizadas) y se hace necesario diferenciar entre *"empleados públicos",* vinculados a la administración por una relación legal y reglamentaria, designados por "acto administrativo", esencialmente unilateral, por una parte, y *"trabajadores oficiales",* por la otra.

De manera que, inclusive haciendo caso omiso a la sentencia de 13 de diciembre de 1972 de la Corte Suprema que declaró inexequible el artículo 38 del Decreto-ley 3130 de 1968 que autorizaba a las juntas administradoras o consejos directivos de los establecimientos públicos para que elaboraran, dentro de los doce meses siguientes a la expedición de ese Decreto, para la aprobación del Gobierno, "el proyecto de estatuto de personal", tampoco es aplicable a los empleados públicos de INRAVISION los artículos 46 del Acuerdo 20 de 1964 y 2º del Acuerdo 43 de 1965; es claro que estos Acuerdos son anteriores al Decreto-ley 3130 de 1968, por lo que también es claro que sí fueron legales y aplicables en su tiempo, no lo serían ahora ni en la época en que fue expedido el acto administrativo de insubsistencia que ahora se juzga, en virtud del fenómeno denominado de la "derogación tácita".

III. Trayendo todo lo expuesto al caso *sub júdice,* se ve cómo el señor Cajamarca estaba vinculado, al momento de la declaratoria de insubsistencia, al Instituto, a través de una relación legal y reglamentaria y que tenía la calidad de "empleado público" sin que estuviese escalafonado a carrera alguna. Era, por consiguiente, un empleado público —y quepa la repetición— de libre nombramiento y remoción al tenor de la discrecionalidad del nominador, o sea del Director General de INRAVISION, por lo cual no era necesario que se motivara expresamente el acto.

IV. Frente al precedente análisis es de concluir que el estudio emprendido por la Sala acerca de las tesis vistas, entraña similar resultado: Que el acto administrativo demandado de nulidad en este proceso no vulnera norma de jerarquía superior; mantiene incólume su presunción de legalidad, lo que amerita la confirmación del fallo de primera instancia aquí recurrido.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda,

Resuelve:

Confirma la sentencia de 8 de julio de 1983, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera.

Sin costas por no haber lugar.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de su origen. Cúmplase.

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; *Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna.*

Miguel A. Perilla P., Secretario.

INSUBSISTENCIA.— Autor del acto.

A la luz de la normatividad existente, no podía el Director General del Instituto de Seguros Sociales autorizar verbalmente se firmara por él, ni pretender con su presencia ni con la utilización de la fórmula del "visto bueno", darle validez a los actos así expedidos, en razón de que todo ello es ajeno a la preceptiva jurídica que gobierna las funciones de dicho Director.

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

Consejera ponente: *Doctora Aydée Anzola Linares.*

Referencia: Expediente número 182-6997-A. Nacionales. Actor: Rafael Espinosa Castellanos.

Rafael Espinosa Castellanos, por intermedio de apoderado, ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, presentó demanda para que se hicieran las siguientes declaraciones:

"1ª Que es nula la Resolución número 00701 de 1977, junio 15, suscrita por el Secretario General del Instituto de Seguros Sociales, doctor Juan Manuel Turbay, y por el Asistente del Secretario General, señor Elkin Aguirre A., por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento del doctor Rafael Espinosa Castellanos, Abogado Asistente de la Oficina Jurídica, Grupo de Asuntos Laborales del Instituto Colombiano de Seguros Sociales".

"2ª Que, como consecuencia de la declaración anterior, y como restablecimiento del derecho, se condena al establecimiento público denominado Instituto Colombiano de Seguros Sociales (o Instituto de Seguros Sociales: Decreto-ley 1700 de 1977, art. 20): 1º A ordenar el reintegro del doctor Rafael Espinosa Castellanos, demandante en este proceso, al cargo de Abogado Asistente de la Oficina Jurídica Nacional del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, Grupo de Asuntos Laborales, o a otro de igual o superior jerarquía; 2º A reconocer y pagar en Bogotá, D. E., al demandante doctor Rafael Espinosa Castellanos, la totalidad de los sueldos, primas, reajustes, vacaciones y demás beneficios salariales y prestaciones que haya dejado de devengar desde

el quince (15) de junio de 1977, fecha en que se le declaró insubsistencia su nombramiento, hasta el día en que se haga efectivo su reintegro al cargo que ocupaba en dicho Instituto".

"3ª Que se declare que en el lapso comprendido entre el 15 de junio de 1977 y la fecha en que se realice el reintegro efectivo del demandante Rafael Espinosa Castellanos al citado Instituto, como su empleado o trabajador, no constituye solución de continuidad para efecto de prestaciones sociales".

"4ª Que se ordene al Instituto Colombiano de Seguros Sociales, darle cumplimiento a la sentencia que se dicte en este proceso dentro del término señalado en el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo".

Los hechos de la acción se expusieron así:

"1º El demandante Rafael Espinosa Castellanos se vinculó como trabajador del Instituto Colombiano de Seguros Sociales desde el día 5 de agosto de 1975, como Secretario de la Caja Seccional de Cundinamarca, cargo del cual fue trasladado a partir de 12 de enero de 1976 al cargo de Abogado Asistente de la Oficina Jurídica Nacional (CAN), mediante Resolución de la Dirección General del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, número 1732 de 26 de noviembre de 1975, y que ejerció hasta el 15 de junio de 1977, cuando mediante el acto acusado fue declarado insubsistente su nombramiento.

"2º Durante el lapso que ejerció el demandante el cargo de Abogado Asistente de la Oficina Jurídica de la Administración Nacional del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, recibió varias comisiones de asuntos jurídicos que requerían atención especial, en atención a su comprobada idoneidad profesional, y a su consagración en el ejercicio del cargo. Por las mismas razones, en varias ocasiones recibió felicitaciones escritas por su labor desempeñada.

"3º El 10 de mayo de 1977, el Jefe de la Oficina Jurídica Nacional del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, doctor Carlos Javier González Franco, dirigió el memorando número 01810 al demandante, llamándolo allí como 'Rafael Espinosa Rodríguez', en el cual le hizo una llamada de atención para que diera cumplimiento al horario de los empleados en las horas de almuerzo. Esta comunicación, que es la única que se le dirigió al demandante en tal sentido durante toda su permanencia como servidor del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, fue constatada por el doctor Espinosa Castellanos mediante el memorando número sin, de fecha 25 de mayo de 1977, explicando el ningún fundamento que tenía la dicha llamada de atención, y poniendo de presente que, antes bien, él dedicaba horas extras al ejercicio del cargo.

"4º Funciones del demandante como Abogado Asistente eran las de emitir conceptos jurídicos, prestar servicios de procurador judicial en los procesos judiciales que se adelantaban contra el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, y coordinar funciones y labores jurídicas. Por estas razones, el desempeño de sus funciones exigía atender asuntos propios del cargo fuera de su oficina.

"5º Desde cuando ocupó la Dirección General del Instituto Colombiano de Seguros Sociales el doctor Gustavo Wilches Bautista, y desde cuando asumió igual cargo el actual Director General, doctor Alfonso Miranda Talero, se produjeron numerosas insubsistencias de cargos, para designar en su reemplazo a numerosos empleados, labor esta de sustitución de personas que también se presentó en la Oficina Jurídica Nacional, en la cual casi la totalidad de sus funcionarios fueron reemplazados, previa insubsistencia.

"6º Careciendo en absoluto de atribuciones legales, el 15 de junio de 1977 el Secretario General del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, doctor Juan Manuel Turbay y su Asistente de la Secretaría, señor Elkin Aguirre, expidieron la Resolución número 00701 de 1977, por medio de la cual declararon insubsistente el nombramiento que de Abogado Asistente tenía el demandante, acto acusado. Las funciones de vincular y desvincular empleados y trabajadores está ubicada en cabeza exclusiva del Director General del Instituto Colombiano de Seguros Sociales.

"7º Como en la hoja de vida del demandante no se había dejado constancia alguna sobre la causa de la desvinculación ordenada con el acto acusado, el demandante solicitó y obtuvo la práctica de una inspección extraprocesal, que fue practicada en los días 30 de septiembre de 1977 y 6 de octubre del mismo año, por el Juzgado 7º Laboral del Circuito de Bogotá, en la cual se acreditó que el Secretario General carecía de funciones para decretar insubsistencia de cargos. Igualmente fue inspeccionada la hoja de vida del demandante, y allí sólo se encontró un memorando 'confidencial' calendado el 13 de junio de 1977, dirigido por el Jefe de la Oficina Jurídica Nacional, doctor Carlos Javier González Franco, al Jefe de la Oficina o Departamento de Relaciones Laborales del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, en donde se 'solicita' desvincular al demandante 'en razón a que no cumplimiento al horario ni a los trabajos que se le encomiendan, ya que en reiteradas oportunidades por más de tres veces, se le ha solicitado el cumplimiento de sus obligaciones'. No se encontró constancia de que el Director General ni el Secretario General hubieran conocido de tal memorando y conceptuado sobre él. Tampoco hay o se encontró constancia alguna de que aparte de la ya citada, llamada de atención, se le hubieran hecho otras, y en particular las más de tres veces de que habla tal comunicación.

"8º Tanto en la Administración Nacional del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, como en las Cajas y Oficinas Seccionales del mismo, desde hace muchos años, en virtud de Convenciones Colectivas de Trabajo, vienen operando Comités de Relaciones Laborales, encargados de estudiar las quejas que sobre faltas disciplinarias cometan los empleados y trabajadores del Instituto Colombiano de Seguros Sociales. A dicho Comité no se llevó a su conocimiento la pretendida o supuesta queja sobre incumplimiento de horarios por parte del demandante.

"9º El último sueldo mensual devengado por el demandante como Abogado Asistente de la Oficina Jurídica Nacional del Institutu Colombiano de Seguros Sociales de $ 21.000.00, como sueldo básico.

"10. En la diligencia de inspección judicial aludida en el punto 7º anterior, se dejó constancia de la resistencia y labor de obstaculización y obstrucción a la gestión del Juzgado, realizada por algunos funcionarios del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, que son indudablemente indicios de conducta, avaluables en contra de la entidad demandada".

Las normas violadas y el concepto de la violación están concebidos en los términos que siguen:

"1ª El artículo 30 de la Constitución Nacional, que consagra la garantía de los derechos adquiridos con justo título, en razón de que el demandante adquirió con el Instituto Colombiano de Seguros Sociales un status legal y reglamentario de empleado público (aunque se advierte que suscribió inicialmente contrato de trabajo, que jamás ha sido dado por terminado), con todos los derechos que tal calidad importa, entre ellos a la estabilidad en el cargo mientras no se produzcan causales originadas en fines del servicio público, u otras de carácter disciplinario, tramitadas conforme a los procedimientos establecidos, y estado que fue adquirido con su nombramiento y posesión del cargo, circunstancias que configuran la existencia del y justicia del título.

"Aún siendo empleados públicos no pertenecientes a la Carrera Administrativa, la discrecionalidad en la separación o desvinculación de los cargos está limitada por la ley (Decreto-ley 2400 de 1968), de suerte que esos límites deben ser observados.

"2ª Se violaron los artículos 26 y 61 del Decreto-ley 2400 de 1968, en el primero de los cuales se establece que en los casos de insubsistencia 'deberá dejarse constancia del hecho y de las causas que lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida', a lo cual se agrega en el segundo que 'serán nulos todo nombramiento o providencia relacionados con el personal que se hicieren en contravención a las disposiciones de este Decreto'.

"La existencia del memorando aludido, en el acta de inspección judicial extraprocesal, en 'solicitud' de desvinculación del demandante, no es constancia del hecho y de la causa de la insubsistencia decretada, pues allí, en la hoja de vida nada se aclara sobre el particular, ni la Resolución acusada motivó la insubsistencia, de suerte que se ignora cuál haya sido esa causa, y que ella haya sido por razones de servicio.

"El honorable Consejo de Estado, Sección Segunda, en sentencia de 12 de julio de 1976, expediente 932, actor Héctor Manuel Barragán, ponencia del doctor Orejuela Gómez, se acogió la nulidad que se causa con la omisión del requisito señalado en el artículo 26 citado.

"Es que esa causa es parte integrante del acto administrativo de insubsistencia, cuando ella se decreta, en todos los casos, aparte de que es un requisito de interés para la Administración Pública, a efecto de que conozca la hoja de vida de todos sus servidores, para los efectos de futuros nombramientos, como lo reconoció la sentencia de la Sección II del Consejo de Estado, julio 12 de 1976, antes citada, con base en lo dispuesto en los artículos 106, 133 y 170 del Decreto reglamentario 1950 de 1973.

"3ª Con el acto acusado se violó consecuencialmente el artículo 62 de la Constitución Nacional, en cuanto dispone que 'en general todos los funcionarios que tengan facultad de nombrar y remover empleados administrativos, no podrán ejercerla sino dentro de las normas que expida el Congreso, para establecer y regular las condiciones de acceso al servicio público, de ascensos por mérito y antigüedad, y de jubilación, retiro o despido', pues no se tuvo en cuenta el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968, ni los funcionarios que dictaron el acto acusado tenían capacidad legal para desvincular personal.

"4ª Como el 15 de junio de 1977, fecha del acto acusado, el Secretario General del Instituto Colombiano de Seguros Sociales y el Asistente de la misma Secretaría carecían de funciones para desvincular personal, se violó por esa razón el artículo 20 de la Constitución Nacional, según el cual los empleados sólo pueden hacer lo que la ley les ordena, y el artículo 16, literal f) del Decreto-ley 0148 de 1976, que coloca privativamente en el Director General del Instituto Colombiano de Seguros Sociales la función de nombrar y desvincular personal de ese Instituto. El Secretario General sólo puede tener esa función cuando reciba delegación para ello, y toda delegación exige acto jurídico por medio del cual se delegue, el cual no existía en la citada fecha. Además, el Director sólo puede ser sustituido por el Secretario General en los casos taxativamente señalados en el artículo 15 del mismo Decreto 0148 de 1976, ninguno de los cuales se dio el 15 de junio de 1977. Hubo, pues, un evidente abuso de poder al dictarse el acto acusado. El ejercicio de la función pública exige una previa capacidad legal para la existencia y la validez del acto que realice el funcionario, capacidad de la cual carecían los funcionarios autores del acto acusado".

La primera instancia terminó con la sentencia proferida por el Tribunal de conocimiento el 11 de diciembre de 1981, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

La parte demandante interpuso el recurso de apelación, en cuyo trámite en el Consejo de Estado hubo de reconstruirse el expediente como consecuencia de su destrucción en los hechos ocurridos en el Palacio de Justicia los días 6 y 7 de noviembre de 1985.

La vista Fiscal. La Fiscalía Cuarta de la Corporación emitió su vista Fiscal en la cual fue de opinión que el fallo apelado debía ser revocado y decidirse favorablemente las pretensiones de la demanda.

Llegado el momento de proferir sentencia a ello se procede previas las siguientes,

Consideraciones:

Como quedó transcrito, la demanda plantea cuatro causales de nulidad del acto impugnado. De salir avante cualquiera de ellas el resultado frente a las pretensiones de la demanda es idéntico, por lo cual la Sala, por método, estudiará la última impugnación propuesta relacionada con el vicio de incompetencia y ante su prosperidad se abstendrá de estudiar las otras tres.

Ya se vio, al transcribir lo pertinente, que la demanda afirma que quienes suscribieron el acto acusado carecían de facultades para hacerlo, con arreglo al artículo 16, literal f) del Decreto-ley 148 de 1976, que radica en el Director del Instituto demandado la potestad de nombrar y desvincular al personal del mismo.

Observa la Sala que, evidentemente, el Decreto-ley 148 de 1976, reorgánico del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, hoy Instituto de Seguros Sociales, en su artículo 16, inciso f) le atribuye al Director General la competencia de nombrar, trasladar, promover y remover al personal del mencionado Instituto. Y el artículo 15 *ibídem*, establece que el Secretario General reemplazará al Director General durante licencias no mayores de 60 días concedidas a éste por el Consejo Directivo, o durante sus vacaciones o en caso de falta absoluta, mientras el Presidente de la República nombra el titular.

La demanda plantea, además, que el acto acusado fue expedido por el Secretario General sin que hubiera recibido delegación de esa función por parte del Director y sin que se hubiera configurado alguna de las hipótesis previstas en el artículo 15 aludido.

En efecto, el acto acusado (fl. 14) aparece proferido no por el Director General sino por quien desempeñaba las funciones de Secretario General, conforme se acredita con el Oficio 002077 del Instituto demandado y el testimonio de quien ejercía entonces las funciones de Director General (fls. 29 y 69).

Al respecto, se lee en la mencionada declaración:

"La firma que aparece corresponde al doctor Juan Manuel Turbay Marulanda, Secretario General del Instituto por ese entonces quien fue autorizado por el Director General para firmar los documentos cuya firma le correspondía ya que no podía hacerlo directa y personalmente por encontrarse en imposibilidad física para hacerlo. *Preguntado:* Díganos a qué imposibilidad física se refiere en su respuesta anterior? *Contestó:* A una lesión en la mano derecha que temporalmente me impidió firmar. *Preguntado:* La autorización dada al Secretario General para firmar los documentos que a usted le correspondía firmar fue consignada en alguna resolución o acto administrativo? *Contestó:* No, fue dada verbalmente, los documentos todos firmados por el doctor Turbay en mi presencia y además como la honorable Magistrada puede comprobar tenían el visto bueno del Director General con sus iniciales al pie de cada documento".

Como se ve, según el testimonio anterior, el Director quien no podía firmar, autorizó verbalmente al Secretario General para que firmara los documentos que él debía suscribir, lo cual ocurrió en su presencia y, además, tales documentos tenían el visto bueno del testigo con sus iniciales al pie de ellos.

Sobre este punto, la sentencia apelada argumenta que el "Secretario General no firmó el acto acusado invocando el cargo que desempeñaba, pues simplemente lo firmó por el Director General, a nombre de éste, por lo cual se entiende que lo reemplazó solamente para el acto de la firma" y "para facilitar la gestión administrativa de la entidad e impedir su paralización".

En relación con lo anterior la Sala advierte que la "firma a ruego" no ha tenido ni tiene autorización de la ley en el derecho administrativo, por obvias razones. Primero, a virtud de que es imposible que un funcionario público que debe expedir actos administrativos no sepa firmar y, además, como consecuencia de que si eventualmente llegare a tener impedimento físico para hacerlo, el funcionamiento de la administración se garantiza aplicando las varias modalidades existentes para reemplazar transitoriamente a un funcionario.

Según lo anteriormente anunciado, el Secretario General del Instituto demandado habría podido asumir las funciones del Director General con la sola circunstancia de que a éste se le hubiera ordenado la licencia por incapacidad que le correspondía a su alegada imposibilidad para firmar, lo cual no ocurrió porque el propio Director "no permitió que se le incapacitara" conforme al oficio que obra a folio 69 del Instituto demandado.

Además, a la luz de la normatividad existente, no podía el Director General autorizar verbalmente se firmara por él, ni pretender con su presencia ni con la utilización de la fórmula del "visto bueno" darle validez a los actos así expedidos, en razón de que todo ello es ajeno a la preceptiva jurídica que gobierna las funciones de dicho Director, quien debió, por el contrario, tramitar la licencia por incapacidad para que el Secretario General entrara a ejercer sus funciones legalmente.

Obvio que la gestión administrativa no puede paralizarse, pero frente a los mecanismos jurídicos establecidos para sortear, con eficacia, los inconvenientes que se presenten, lo acertado es acudir a ellos y no eludirlos para actuar sin competencia, pues, así se menoscaba el estado de derecho.

Debe precisarse adicionalmente que lo que según el Tribunal es una simple "firma por otro" en realidad es el ejercicio de la función respectiva, toda vez que no puede separarse el acto de firmar del ejercicio de la función. Por ello, el Consejo de Estado ha dicho:

"El conjunto integrado por la función y la firma constituye una unidad jurídica representativa de la autoridad y poder de la administración en cada caso. En otras palabras, no hay ejercicio cabal de la función a través de la expedición de un acto administrativo sin la firma de quien la ejerce" (*Anales del Consejo de Estado,* Segundo Semestre de 1982, pág. 322. Las subrayas corresponden a letra cursiva del texto).

De todo lo anterior concluye la Sala que aparece demostrada la incompetencia en que se incurrió en la expedición del acto acusado, motivo por el cual revocará la sentencia apelada y, en su lugar, se dispondrá su nulidad y el restablecimiento del derecho.

En mérito de lo dicho, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto Fiscal,

Falla:

Revócase la sentencia apelada y, en su lugar se dispone:

1º Declárase que es nula la Resolución 00701 del Instituto Colombiano de Seguros Sociales proferida el 15 de junio de 1977, por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento del doctor Rafael Espinosa Castellanos, como Abogado Asistente de la Oficina Jurídica Grupo de Asuntos Laborales.

2º A título de restablecimiento del derecho se ordena que el Instituto de Seguros Sociales debe reintegrar al demandante al cargo del cual se le desvinculó o a otro de igual categoría y similares funciones.

3º Al mismo título, el Instituto demandado deberá liquidar y pagar los sueldos, primas, bonificaciones, vacaciones y prestaciones causadas desde su desvinculación hasta cuando se lleve a cabo el reintegro, con sus aumentos y ajustes de valor, descontándole las sumas de dinero que hubiere devengado del Tesoro Público por los mismos conceptos.

4º Al mismo título, declárase que entre la fecha de desvinculación y la de reintegro no ha habido solución de continuidad en la prestación del servicio, para todos los efectos legales.

5º A la presente sentencia dará cumplimiento la parte demandada, en los términos de los artículos 176 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 26 de agosto de 1988.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Ausente; *Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna.*

Miguel Antonio Perilla P., Secretario.

PERSONAL DOCENTE UNIVERSITARIO.— DOCENCIA UNIVERSITARIA. PENSION DE JUBILACION. Compatibilidad.

A partir de la vigencia del Decreto 80 de 1980, los docentes universitarios pensionados están sometidos a la restricción enunciada en el artículo 100 de este Estatuto.

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 Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

Referencia: Expediente número 364. Actora: Carmen Elisa Espitia de Petan.

Carmen Elisa Espitia de Petan, a través de apoderado y en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, presentó demanda ante esta Corporación en mayo 5 de 1982 impetrando la declaración de nulidad parcial de las Resoluciones números PJ 132 de septiembre 30 de 1981, expedida por el Director de la Caja de Previsión Social de la Universidad Nacional de Colombia y 004 de febrero 26 de 1982, expedida por el Consejo Directivo de la Caja de Previsión Social de la misma Universidad, en cuanto por ellas se le reconoce pensión de jubilación con efectividad a partir de 1º de agosto de 1981, fecha de su retiro definitivo del servicio oficial y que, como consecuencia de esa anulación, se ordene reconocerle y pagarle las sumas que le correspondan por concepto de pensión de jubilación, a partir de 19 de diciembre de 1978, día subsiguiente a la fecha en que cumplió los requisitos de edad y tiempo de servicio necesarios para tener derecho a esa pensión, sin necesidad de demostrar su retiro definitivo del servicio oficial, por tratarse de una servidora del ramo docente.

Se narra en la demanda, en lo pertinente, que la accionante cumplió los requisitos legales para la pensión de jubilación encontrándose al servicio de la Universidad Nacional, el día 18 de diciembre de 1978 y que la Caja de Previsión Social de la Universidad le reconoció la pensión por Resolución P.J. 132 de septiembre 30 de 1981 condicionándola al retiro del servicio, que ocurrió en agosto 1º de 1981, decisión que fue ratificada por la misma Caja mediante Resolución N.R.P.J. 184 de diciembre 7 de 1981 y confirmada por Resolución 004 de febrero 26 de 1982 del Consejo Directivo de dicha entidad, que resolvió el recurso de apelación (fls. 3-5).

En la demanda se citaron como normas violadas, con el respectivo concepto de violación, los artículos 1º de la Ley 65 de 1963, 1º del Decreto 2285 de agosto 23 de 1955, 5º del Decreto 224 de febrero 21 de 1972 y 151 del Código de Procedimiento Laboral (fls. 5 a 7).

Encontrándose en trámite el expediente, resultó destruido durante los trágicos hechos de 6 y 7 de noviembre de 1985. Tramitada su reconstrucción de conformidad con el Decreto 3825 de 1985, por auto de 16 de septiembre de 1987 se determinó que el proceso quedaba para fallo, a lo cual se procede, no observándose causal alguna de nulidad procesal, previas las siguientes

Consideraciones:

Las pretensiones formuladas en la demanda se fundan en los siguientes argumentos:

a) Que el régimen prestacional de los servidores docentes de la Universidad Nacional es el mismo de los servidores docentes del sector oficial, por cuanto esta Universidad es un establecimiento público de carácter docente (art. 1º, Ley 65 de 1963);

b) Según el artículo 1º del Decreto 2285 de 1955, los docentes pueden recibir simultáneamente pensión y sueldo, los cuales son compatibles sin limitación alguna, como excepción legal a la prohibición del artículo 64 de la Constitución Nacional;

c) El artículo 70 del Decreto 1848 de 1969 es aplicable a los empleados públicos y trabajadores oficiales, pero no a los servidores del ramo docente, quienes, por el régimen de excepción citado, no necesitan retirarse del servicio oficial para recibir pensión;

d) La administración no puede legalmente, mediante un acuerdo, establecer como condición para que un docente perciba la pensión jubilatoria, el retiro del servicio, ya que el Decreto 224 de 1972, sin distinguir categorías o clases de docentes, dispone en su artículo 5º: "El ejercicio de la docencia no será incompatible con el goce de la pensión de jubilación, siempre y cuando el beneficiario esté mental y físicamente apto para la tarea docente..."

Supuestos tales planteamientos, la Sala examina a continuación la legalidad de los actos administrativos enjuiciados.

1. La inconformidad de la accionante, causa de este proceso, radica en que la Caja de Previsión Social de la Universidad Nacional le liquidó su pensión con efectividad a partir de 1º de agosto de 1981 cuando debió ser a partir de 19 de diciembre de 1978, fecha en que cumplió los requisitos exigidos legalmente para la prestación, dado que, por ser docente, no requería retirarse del servicio para disfrutar de la pensión.

Dan cuenta los autos de que, en septiembre 30 de 1981, la Caja de Previsión Social de la Universidad Nacional expidió la Resolución número P.J. 132 por la cual reconoció a la demandante la pensión de jubilación en cuantía de $ 50.903.20, "a partir de 1º de agosto de 1981, fecha de su retiro definitivo del servicio oficial" (fls. 38-40) y que en

diciembre 7 del mismo año expidió la Resolución número M.R.P.J. 184, para resolver la petición de que la pensión de jubilación fuera reconocida desde el 19 de diciembre de 1978 en aplicación de lo preceptuado por el Decreto 2285 de 1955. En esta última se dispuso:

> "No acceder a la petición formulada por el doctor Vicente Miranda Melo, apoderado de la profesora Carmen Elisa Espitia de Petan, en razón a que la pensión de jubilación se debe hacer efectiva a partir de la fecha en que demuestre haberse retirado definitivamente del servicio oficial, y no desde otra fecha" (fl. 11).

En virtud del recurso de apelación interpuesto contra esta Resolución, el Consejo Directivo de la citada entidad se pronunció en Resolución número 004 de febrero 26 de 1982, confirmando en todas sus partes las dos anteriores, con fundamento en las disposiciones de los artículos 78 del Acuerdo número 72 de 1978 del Consejo Superior de la Universidad Nacional y 76 del Decreto 1848 de 1969, explicando que "el Decreto 224 de 1972 solamente tiene aplicación para los profesores de enseñanza primaria, secundaria y profesional normalista al servicio del Ministerio de Educación Nacional, no siendo procedente su aplicación al presente caso ni por analogía ni por equidad, porque aquella y ésta no pueden operar cuando existe norma expresa que regula la materia y mucho menos aplicar el principio de equidad *contra legem*" (fls. 13-14).

2. En un caso de idénticas características, rectificando criterios anteriores, tuvo la Sala oportunidad de pronunciarse en los siguientes términos:

> "En torno de la acción de plena jurisdicción propuesta, la Sala debe rectificar su criterio expuesto en la sentencia de 6 de noviembre de 1981 (proceso 5177) según lo cual, a las situaciones pensionales en los docentes del nivel post-secundario o superior, creadas con anterioridad a la vigencia del Decreto 080 de 1980, se les aplica el artículo 5º, del Decreto 224 de 1972 a cuyas veces:
>
> " 'El ejercicio de la docencia no será incompatible con el goce de la pensión de jubilación siempre y cuando el beneficiario esté mental y físicamente apto para la tarea docente, pero no (sic) se decretará retiro forzoso del servicio al cumplir sesenta y cinco (65) años de edad'.
>
> "El campo de aplicación del mencionado Decreto 224 está restringido a 'los Rectores o Directores, Prefectos y Profesores de enseñanza primaria, secundaria y profesional normalista, al servicio del Ministerio de Educación Nacional', según el epígrafe de dicho Decreto y la Ley 14 de 1971, que revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias para dictarlo. Dice así el artículo 2º de la citada ley:
>
> " 'De conformidad con el literal 12 del artículo 76 de la Constitución Nacional, revístese al Presidente de la República de facultades extraordinarias, por un año, contado a partir de la fecha de vigencia de la presente ley, para los fines siguientes:

"'a) Reajustar las asignaciones básicas de los Rectores o Directores, Prefectos y Profesores de enseñanza primaria, secundaria y profesional normalista, dependiente del Ministerio de Educación Nacional;

"'b) Establecer estímulos de diversa índole para los profesores de enseñanza primaria, secundaria y profesional normalista, dependientes del mismo Ministerio'.

"Existen dos razones que impiden aplicar al caso debatido el artículo 5º del Decreto 224 de 1972. La primera y principal que el demandante no es docente al servicio del Ministerio de Educación Nacional y, además, que la Universidad Tecnológica de Pereira no imparte enseñanza primaria, secundaria ni profesional normalista, sino superior y de formación *tecnológica*.

"

"En razón de lo anterior, no puede prosperar la causal de nulidad fundada en la violación del mencionado Decrto 224 de 1972.

"Tampoco encuentra la Sala que se hayan infringido el artículo 1º del Decreto 2285 de 1955, toda vez que con la expedición del Decreto-ley 3157 de 1968, artículo 56, sufrió derogatoria expresa. De consiguiente, la causal de nulidad alegada por el demandante con apoyo en la violación de aquella norma, no puede prosperar.

"Lo anterior es suficiente para resolver las pretensiones del libelo inicial. Sin embargo, se considera pertinente decir que la compatibilidad de la pensión de jubilación y el sueldo, el 8 de febrero de 1975, fecha en que el actor reunió los requisitos de edad y tiempo de servicios para tener derecho a la primera, está regulada por el Decreto 1713 de 1960, artículo 1º, modificado por el 6º de la Ley 1963, conforme a los cuales el actor no podía percibir pensión y sueldo por sobrepasar el límite de la cuantía de su valor conjunto fijado en dicha ley en la suma de $ 1.600.00 (fl. 116)".

(Expediente número 6865, actor: Armando Chávez Agudelo, 23 de agosto de 1985. Consejero ponente doctor Joaquín Vanín Tello).

3. No se remite a duda, el que la Sala deba mantener esta jurisprudencia ratificando tales criterios.

De un lado, es evidente que el estatuto aplicable a los docentes del nivel post-secundario es diferente del que corresponde a la educación preuniversitaria, como también lo es el hecho de que, mediante el Decreto extraordinario 2277 de septiembre 14 de 1979, se reguló todo lo relacionado con "el ejercicio de la profesión docente", con lo cual ha de entenderse insubsistente la legislación anterior sobre la materia.

Este último Decreto dispone en su artículo 70:

"*Pensión.* El reconocimiento y pago de pensiones continuará sujeto al régimen especial vigente en la fecha de expedición de este Decreto para los educadores oficiales.

"El goce de la pensión de jubilación no es incompatible con el ejercicio de empleos docentes. Se exceptúan los cargos directivos docentes de que trata el artículo 32, para los cuales sí existirá dicha incompatibilidad, salvo cuando se trata de educadores que en la fecha de expedición de este Decreto estén disfrutando de este beneficio".

Como se recordará, esta disposición fue declarada inexequible por la Corte en sentencia de 20 de febrero de 1981.

Por otra parte, mediante Decreto extraordinario número 80 de 1980, se reorganizó el sistema de educación post-secundaria.

En su artículo 100 señaló el Decreto:

"La edad de retiro forzoso para los docentes de tiempo completo y de tiempo parcial, será de sesenta y cinco años (65). El goce de la pensión de jubilación no es incompatible con el ejercicio de la docencia *de tiempo parcial o de cátedra.* Su vinculación se hará, sin embargo, por períodos académicos".

Delimitados estos dos sectores de la educación, queda claro que:

1. Las normas invocadas en la demanda no son aplicables a los docentes universitarios, que es el caso de la demandante.

2. A partir de la vigencia del Decreto 80 de 1980, los docentes universitarios pensionados están sometidos a la restricción enunciada en el artículo 100 de este estatuto.

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

Falla:

Niéganse las pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 19 de agosto de 1988.

Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

SENA.— Aportes. APORTES PARAFISCALES.

Las personas jurídicas y naturales dedicadas a la industria de la construcción deberán pagar en cada año fiscal, como aporte al Servicio Nacional de Aprendizaje, el medio por ciento del valor de las obras que ejecuten directamente o a través de subcontratistas.

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

Consejero ponente: *Doctor Carmelo Martínez Conn.*

Proyectó: *Doctor Juan de la Cruz Blanco Aguilar.*

Referencia: Expediente número 1703. Actor: Cerro Matoso S. A. Apelación sentencia febrero 21 de 1987. Tribunal de Cundinamarca. Resoluciones SENA. Fallo.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la sociedad de economía mixta "Cerro Matoso S. A.", identiifcado fiscalmente con NIT. número 60.069.378, contra la sentencia de 21 de febrero de 1987, proferida por el honorable Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se niegan las súplicas de la demanda para que se decretara la nulidad de las Resoluciones números 1222 de 14 de abril de 1983 y 4340 de 20 de diciembre de 1983, en las que el Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA" determinó los aportes por los años de 1979, 1980 y 1981, de la actora.

Antecedentes:

Cerro Matoso S. A. es una sociedad de economía mixta legalmente constituida que tiene como objeto legal la explotación de depósitos de níquel, conforme al proyecto y concesión minera número 866 y el contrato adicional de 22 de julio de 1970 (anexo 2).

En cumplimiento de su objeto social y como obligación pactada en el contrato adicional, en su cláusula séptima, la firma inició el montaje necesario para la explotación económica de la zona contratada, celebrando con la firma Bechtel Intercontinental Corporation un contrato de "servicios de ingeniería, adquisiciones y administración". En desarrollo de este contrato, Bechtel se comprometió a prestar, entre otros, los servicios de "administración de los contratos de

construcción, coordinación y supervisión para asegurar el empleo de métodos adecuados de construcción, revisión y coordinación a los programas de construcción...", etc. (anexo 3).

Cerro Matoso S. A., como patrono está obligado a contribuir al SENA, según lo dispuesto en el artículo 5º de la Ley 58 de 1963, aclarado por el artículo 21, numeral 2º del Decreto 2123 de 1968, aportando mensualmente a dicha entidad el 2% de su respectiva nómina mensual de salarios.

No obstante lo anterior, mediante Resolución número 1222 de 14 de abril de 1983, la Dirección General del SENA, consideró que Cerro Matoso S. A., es un patrono de la industria de la construcción y que, por lo tanto, sus aportes se debían liquidar no por el sistema anterior, sino por el especial de cálculo previsto para dicha industria, consagrado en el artículo 4º del Decreto 2375 de 1974, concordante con el artículo 4º del Decreto 083 de 1976.

En este orden se determina el SENA un aporte total de $ 78.364.065.00 del que deduce la suma de $ 39.227.233.00, como aportes cancelados, para reflejar un saldo en contra de la compañía de $ 39.136.832.00.

La sociedad en memorial de 19 de mayo de 1983 recurre en reposición contra la citada Resolución 1222 de 14 de abril de 1983 argumentando que ella no se dedica a la industria de la construcción y en consecuencia sus aportes no deben calcularse en la forma prevista para esta clase de aportantes, y que por el contrario debe aceptarse la forma como ella ha venido liquidándolos, o sea, tomando como base su nómina mensual de salarios, conforme lo dispone el artículo 5º de la Ley 58 de 1963, y agrega: "En efecto, no sólo hay falta de lógica en las tesis que parece deducirse de la Resolución 1222 que quien contrata con otro una obra se convierte por ese hecho en constructor —sino que hay violación clara y ostensible de los textos legales aplicables—. El ya citado artículo 7º del Decreto 83 de 1976 define como personas dedicadas a la industria de la construcción 'quienes ocasionalmente o permanentemente, por su cuenta o la de un tercero, *erigen o levantan estructuras inmuebles*...' El artículo no dice, en ninguna parte, que forma parte de la industria de la construcción quien *contrate* con otro la labor de erigir o levantar la estructura inmueble sino quien *la erija o levante,* por su cuenta o la de un tercero. La interpretación de la Resolución 1222 de 1983 llevaría al absurdo ya expuesto de que prácticamente todas las personas naturales o jurídicas serían constructoras, puesto que muy pocas hay que en el curso de su vida, así sea ocasionalmente, no tengan que contratar con otro alguna de las obras que allí se definen como de construcción, que van desde la construcción de una casa o edificio, a la mera contratación de una instalación eléctrica o mecánica o de un trabajo de mantenimiento o reparación".

El recurso de reposición es resuelto por medio de la Resolución número 4340 de 20 de diciembre de 1983, manteniendo el criterio inicial, y con aplicación del artículo 8º del Decreto 083 de 1976, que fija la responsabilidad en cabeza del propietario cuando se trata de construcción por el sistema de administración delegada "tal como sucede en el presente caso" dice la providencia.

Por otra parte, modifica las bases a tener en cuenta, ya que encontró algunos valores como intereses, pérdidas, gastos financieros, activos depreciables, que no deben colacionarse con base en la misma disposición citada, así como tampoco la cifra correspondiente al rubro denominado "alcance Cerro Matoso", para de esta manera tomar como base únicamente las cifras relativas a las construcciones realizadas por la Bechtel y los honorarios pagados a esta empresa. De esta manera, establece una nueva base y hace una nueva liquidación determinando la suma de $ 22.839.064.00, como ajuste por pagar a cargo de Cerro Matoso, por concepto de aportes correspondientes a los años de 1979, 1980 y 1981. Para este efecto modifica el artículo 2º de la Resolución recurrida y con esta providencia agota la vía gubernativa.

En memorial presentado el 25 de abril de 1984, la actora acude a esta jurisdicción en restablecimiento del derecho contra los actos administrativos citados (fls. 2 a 10).

En la demanda la actora insiste ante el honorable Tribunal en los argumentos expuestos en la etapa gubernativa, y como quiera que en ella igualmente se invoca el artículo 8º del Decreto 83 de 1976, como apoyo a lo resuelto, sobre este punto expresa: "16. El artículo 8º del Decreto 83 de 1976, en que el SENA se apoya para imponer a Cerro Matoso la obligación de adicionar en $ 22.828.064 sus aportes a esta entidad, reglamenta el Decreto 2375 de 1974, y, por lo tanto, no lo modifica ni mucho menos lo deroga. Por esta razón, al estatuir que en las construcciones por el sistema de administración delegada el propietario de la obra responde *ante el SENA* de los aportes de sus subcontratistas, no está transfiriendo de éstos a aquél la obligación de efectuar los aportes. Esta obligación, que la ley impone a *todo patrono*, sigue, como es obvio, en cabeza de cada subcontratista. Lo que el artículo 8º hace (con cuestionable legalidad, pues desborda claramente la potestad reglamentaria) es crear una responsabilidad subsidiaria del propietario de la obra en caso de que sus subcontratistas no paguen al SENA los aportes que les exige la ley. Pero como responsabilidad subsidiaria que es, no nace, jurídicamente, sino en cuanto la responsabilidad principal haya quedado insatisfecha".

El señor apoderado considera violadas las siguientes disposiciones y lo explica así:

"III. *Normas violadas y concepto de la violación.*

"De la relación de los *hechos* se desprende claramente que las Resoluciones del SENA 1222 y 4340 de 1983 violan las siguientes disposiciones:

"1. El artículo 4º del Decreto 2375 de 1974, en cuanto, a una empresa minera que incidentalmente tuvo que costear unas construcciones, el SENA le da el tratamiento de 'empresa dedicada a la industria de la construcción'.

"2. El artículo 5º del Decreto 2375 de 1974 en cuanto al SENA *no lo* aplica a Cerro Matoso y Bechtel, a pesar de que ambas han

demostrado tener unos costos de nómina inferiores al 25% del valor de sus obras, y, por lo tanto, estar cobijados en la liquidación de sus aportes al SENA por las disposiciones a dicho Decreto.

"3. El artículo 8º del Decreto 83 de 1976, en cuanto se pretende interpretarlo en el sentido de que el propietario de una obra, a pesar de no ser constructor, tiene la responsabilidad propia y directa de pagar un aporte al SENA igual al ½% del valor de la obra, y no en su sentido lógico y jurídico de que dicha responsabilidad es subsidiaria y no nace sino en cuanto se demuestre que los subcontratistas de dicho propietario dejaron de pagar todo o parte de sus contribuciones al SENA.

"4. El artículo 21, numeral 2 del Decreto 3123 de 1968 y el artículo 5º de la Ley 58 de 1963, en cuanto no fueron aplicados por el SENA para medir el monto de los aportes que Cerro Matoso y Bechtel le debían efectuar por los años de 1979, 1980 y 1981".

Por su parte el honorable Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, en sentencia de 21 de febrero de 1987, falla en el sentido de negar las súplicas de la demanda, por cuanto considera no se da la violación de ninguna de las normas invocadas.

El apoderado de la sociedad Cerro Matoso S. A., en escrito de 17 de marzo de 1987, interpuso recurso de apelación contra la citada sentencia (fl. 339).

Por su parte el Ministerio Público, representado en el señor Fiscal Tercero doctor Alvaro Lecompte Luna expresa:

> "Define entonces la normatividad citada que son personas dedicadas a la industria de la construcción 'quienes ocasional o permanentemente, por su cuenta o l a de un tercero, erijan o levanten estructuras inmuebles como construcción de casas o edificios, vías de comunicación, oleoductos, gaseoductos, canalización, alcantarillados, acueductos, pavimentación, obras de desecación, riego y embalse, instalaciones eléctricas y mecánicas y demás construcciones civiles no mencionadas y quienes trabajan en el mantenimiento y reparación de dichas obras'.
>
> "b) Obsérvese por lo tanto, que el sujeto pasivo del pago del aporte calculado al ½% del valor de las obras, *no es, necesariamente, el dueño de ellas*, la persona que contrata con el constructor la erección o levantamiento de las estructuras inmuebles —casas, edificios, vías de comunicación, oleoductos, gaseoductos, etc., etc.—, sino la constructora misma, sea que ella las lleve a cabo directamente o a través de subcontratistas. Los constructores, personas naturales o jurídicas, particulares o establecimientos públicos descentralizados, han de dedicarse *ocasional o permanentemente* a la industria así denominada y definida, y sólo ellos serán tenidos como sujetos pasivos de los *aportes* al SENA en la cuantía o monto dichos.
>
> "A ojos de la Fiscalía, esa es la interpretación lógica de las disposiciones que sirven de motivación inicial a la Resolución

número 1222 demandada. Cuando el artículo 7º del Decreto 83 de 1976 dice que 'entiéndese por *personas dedicadas* a la industria de la construcción' está indicando una característica, una calificación del sujeto; no es una persona cualquiera, sino una que se dedique a esa actividad específica, consagrada a esos menesteres, destinada a ello, empleada, aplicada; pero luego explica más; 'quienes *ocasional o permanentemente,* por su cuenta o la de un tercero...': Significa *ocasional* 'de vez en cuando', 'con motivo de...'; y, *permanentemente,* 'mantener sin variación', 'hacer siempre lo mismo...' Es, indudablemente, por profesión u oficio, ha de ser *persona dedicada,* pues los profanos con muchísima dificultad, podrán erigir o levantar 'estructuras inmuebles como casas o edificios, vías de comunicación, oleoductos, gaseoductos,...', etcétera. Se está aludiendo, por ende, a arquitectos, ingenieros, maestros de obras personalmente o agrupados en sociedades o compañías. Y cuando la disposición agrega, *'por su cuenta o la de un tercero',* abre la posibilidad, para efectos de los aportes al SENA, que el constructor celebre *contratos* ('subcontratos' los llama el art. 4º del Decreto 2375 de 1974) con otras personas para la misma obra. Así, por ejemplo, si el constructor contrata a un ingeniero electricista, o a un ingeniero de suelos, o un ingeniero sanitario, o a un pintor, o a un decorador, *que son terceros* con relación al dueño de la obra, los costos de esas obras se entienden incorporados al costo total para determinar el 25% que se destina presuntivamente como costos para *'el pago de jornales y subcontratos de prestación de servicios' y de allí se calcula el medio por ciento (½%)* como aporte al Servicio Nacional de Aprendizaje".

Consideraciones de la Sala:

De lo expuesto se tiene como evidente lo siguiente:

a) Sí Cerro Matoso S. A., es una firma dedicada a la industria de la construcción, y como tal debe cubrir al SENA sus aportes conforme al cálculo establecido para esta clase de aportantes; y b) Establecer si los aportes cubiertos por Cerro Matoso S. A., cubren su obligación, o si por el contrario, surge alguna diferencia a su cargo, por las vigencias de los años de 1979, 1980 y 1981, y c) Si la obligación del dueño de la obra, en este caso "Cerro Matoso" es principal y subsidiaria y si por ello tiene carácter de empresa constructora. Con relación al literal a), el Despacho con base en los elementos de juicio que obran en el expediente, como son, entre otros, su objeto social, establece que Cerro Matoso S. A., no se dedica a la industria de la construcción; por el contrario su actividad aparece bien clara y definida, pues dado su objeto social y desarrollo práctico del mismo, todos sus movimientos y negocios giran en forma exclusiva a la explotación minera del níquel (Ver certificado de la Cámara de Comercio de Bogotá, fls. 20 a 22).

En cuanto a las construcciones efectuadas por la sociedad, se observa que ellas en su totalidad son necesarias para el debido desarrollo de su actividad y cumplimiento de su objeto social, por lo que tales

obras son parte integral de la explotación, y procesamiento de minerales, para cuyo fin se autorizaron dichas edificaciones dentro del objeto social.

En acatamiento de esta necesidad, la firma accionante contrató con Bechtel Intercontinental Corporation, la realización de construcciones que implican las instalaciones propias, accesorias e indispensables a la correcta ejecución y protección de su única dedicación y para lo cual fue creada la sociedad demandante.

Dentro de este contrato, el subtítulo: *"Responsabilidad de Bechtel'*, numerales 12.0 - 12.1, se dice:

"En la ejecución de los servicios, Bechtel empleará una eficiencia y criterio comparables a los que normalmente emplean reconocidas firmas internacionales, profesionales de ingeniería dedicadas a la prestación de servicios similares de ingeniería, adquisición y construcción, *incluyendo el cumplimiento de las leyes, decretos y reglamentos aplicables...*" (Lo subrayado es de la Sala).

La transcripción anterior, le permite a la Sala colegir: 1º Que la verdadera firma constructora, en el caso de autos, es Bechtel y no Cerro Matoso S. A.; y 2º Que Bechtel como tal, se comprometió a cumplir las leyes, decretos y reglamentos aplicables a su actividad, y como es obvio, dentro de este ordenamiento legal, se encuentran todas las disposiciones relativas a los aportes al SENA.

Ahora bien, la Dirección General del SENA en su Resolución número 1222 de 14 de abril de 1983, interpretando lo dispuesto en el artículo 7º del Decreto 083 de 1976, determinó que la firma apelante se dedica a la construcción. Dice la norma citada: "Entiéndese por personas dedicadas a la industria de la construcción para los efectos del Decreto 2375 de 1974, quienes ocasional o permanentemente, por su cuenta o la de un tercero, erigen o levantan estructuras inmuebles como construcción de casas o edificios, vías de comunicación, oleoductos, gaseoductos, canalización, alcantarillado, acueducto y pavimentación, obras de desecación, riego y embalses, instalaciones eléctricas y mecánicas y demás construcciones civiles no mencionadas y quienes trabajan en el mantenimiento y reparación de dichas obras". Este Despacho con el fin de establecer el verdadero sentido y reales alcances de la norma anterior, toma en cuenta los argumentos de las partes y en especial lo expuesto por el colaborador fiscal, en su concepto de fondo, ya transcrito en lo fundamental y en consecuencia se excluye a Cerro Matoso S. A. como empresa constructora para el objetivo de este proceso.

Con relación a lo expresado en la Resolución número 4340 de 20 de diciembre de 1983, proferida por el SENA, en el sentido de que con base en el artículo 8º del Decreto 083 de 1976, Cerro Matoso S. A., es responsable de los aportes al SENA, la Sala observa:

El Decreto 2375 de 1974, en ninguno de sus artículos establece responsabilidad alguna directa, del dueño de la obra salvo cuando se trata de administración delegada en que el administrador paga la cotización al SENA por cuenta de la empresa constructora, así como todos los demás gastos de ésta, por lo cual la responsabilidad del

dueño de la obra por las cotizaciones al SENA que es obligación de la empresa constructora es subsidiaria en defecto de la empresa primeramente obligada. Esta doctrina surge del estudio de los artículos 4º y 5º en su orden:

4º "Se presume que la industria de la construcción destina para la realización de los trabajos que *ejecuta,* un veinticinco por ciento (25%) de sus costos al pago de jornales y subcontratos de prestación de servicios.

"En consecuencia, las personas jurídicas y naturales dedicadas a la industria de la construcción deberán pagar en cada año fiscal, como aporte al Servicio Nacional de Aprendizaje, el medio por ciento (½%) del valor de las obras *que ejecuten directamente* o a través de subcontratistas" (Lo subrayado es de la Sala).

5º "A pesar de lo dispuesto en el artículo anterior, los interesados podrán comprobar ante el SENA, mediante la presentación de sus planillas de salarios y la de los subcontratistas, que sus costos de mano de obra tuvieron una incidencia inferior a la que se presume en el valor de las construcciones por ellos ejecutadas".

"En estos casos, su aporte al SENA se hará conforme a las disposiciones anteriores al presente Decreto" (Subrayas de la Sala).

Se vé de las disposiciones transcritas que ellas se limitan a establecer la presunción para la determinación de la base sobre la cual se ha de pagar la contribución al SENA, recalcando que este sistema opera para las personas jurídicas y naturales que se dediquen a la construcción y ejecuten directamente o a través de subcontratistas las obras de construcción respectivas.

Realmente el Decreto 083 de 1976, reglamentario del 2375 de 1974, dispone: "Entiéndese por valor de las obras para los efectos del artículo 4º del Decreto 2375 de 1974, el que resulte de la suma de todos los pagos que con cargo a una obra determinada hagan su propietario o el contratista".

"Anualmente los propietarios de obras, ya sean personas naturales, jurídicas o entidades de derecho público, *certificarán* con destino al SENA, el valor aportado que con cargo a cada obra, cualquiera que sea su naturaleza, fue pagada al contratista constructor durante el año fiscal" (Subrayas de la Sala).

Luego en el inciso final de la misma disposición agrega:

"Serán responsables, ante el SENA, del pago de los aportes de que trata este artículo el propietario de la obra en las construccciones por el sistema de administración delegada y los contratistas o constructores principales de la misma en los contratos a precio alzado o a precios unitarios fijos..."

Esta reglamentación para la Sala es consecuente con lo establecido en la ley para el caso de la industria de la construcción. En su primera parte se refiere a lo que se entiende por "valor de las obras", la parte de éstas que conforman la base y que lógicamente pagan su propietario o el contratista, sin que pueda quedar duda de que al final

de cuentas paga es el propietario de la obra. De tal manera que su mención en la disposición no tiene otro objeto que señalar, con fines de control, sin importar quien o quienes hacen tales pagos, que ellos forman parte de la base sobre la cual ha de aplicarse al ½%. Pero no puede deducirse que en virtud de la solidaridad ante el SENA por el aporte que debe pagar la empresa constructora y el dueño de la obra, éste se convierta en constructor en los términos en que se define en el artículo 7º del Decreto 83 de 1976.

Por esta razón y con miras a ejercer dicho control el inciso 2º del mismo artículo 8º impone a los propietarios de obras la obligación de certificar con destino al SENA, el valor aportado que con cargo a cada obra fue pagado al contratista o constructor durante el año fiscal, pues siendo éstos los dedicados a la industria de la construcción, son ellos los obligados a hacer los aportes correspondientes, en la forma especial consagrada para ellos, y con base en los pagos recibidos del propietario de la obra. Surge de esta manera el cruce de información necesario para establecer la exactitud de los aportes efectuados por los constructores.

La obligación de pagar los aportes al SENA la establece la ley para el constructor, indicándole la forma de hacerlo; él es el deudor principal; hacia él se dirige el control e investigación, y corroborada por la información del propietario. Pero, si como sucede en este caso la "Bechtel", constructora, asumió el pago en cumplimiento de la ley, y de los contratos firmados con Cerro Matoso S. A. (ver fl. 39, hoja 19 del contrato, cuaderno principal y folio 192 contrato con arquitectos e ingenieros asociados, cuaderno de pruebas, artículo 10, número 11-3), resulta evidente, que es Bechtel y sus subcontratistas quienes deben cubrir, al SENA los valores dejados de cobrar por este concepto.

Así las cosas, este Despacho revoca la sentencia apelada, en un todo de acuerdo con el concepto.

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 proferida por el honorable Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, de fecha febrero 21 de 1987.

2º Declárase nulas las Resoluciones números 1222 de 10 de abril de 1983 y 4340 de 20 de diciembre de 1983, proferidas por el Director General del Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA".

Se deja constancia de que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en la sesión de la fecha.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Consuelo Sarria Olcos, Presidente; *Carmelo Martínez Conn, Jaime Abella Zárate, José Ignacio Narváez García.*

Jorge A. Torrado T., Secretario.

PENSION DE JUBILACION.—

Teniendo en cuenta que la pensión se comienza a devengar desde cuando se cumplen los requisitos legales para obtenerla, es lógico que por "último año de servicios" se entienda el inmediatamente anterior a esa fecha.

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

Consejero ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente número 1692. Autoridades nacionales. Actor: Caja Nacional de Previsión Social —José Antonio Arévalo Cabarcas—.

La Caja Nacional de Previsión Social mediante apoderado solicitó la nulidad de la Resolución número 5760 de 8 de agosto de 1980, expedida por la Subdirección de Prestaciones Económicas de la Caja Nacional de Previsión Social, por medio de la cual se reconoce una pensión de jubilación al señor José Antonio Arévalo Cabarcas.

Hechos:

"1º Mediante escrito de enero 10 de 1977, el señor José Antonio Arévalo Cabarcas solicitó el reconocimiento y pago de su pensión mensual de jubilación por tener cumplidos 50 años de edad —(en noviembre 15 de 1978)— y 20 años de servicio (en abril 7 de 1968), en el ramo docente de la Administración Pública.

"2º La Caja Nacional de Previsión Social, por medio de la Resolución número 5760 de agosto 8 de 1980, reconoció la pensión solicitada y la declaró efectiva a partir de noviembre 16 de 1976.

"3º Para liquidar la pensión, la Resolución número 5760 tomó como sueldo básico el promedio devengado por el educador durante el lapso 1978-1979, que, ascendía a la suma de $ 254.594.16, incluidos viáticos y prima de navidad.

"4º Al aplicarle la fórmula del 75% a la doceava parte de la suma anteriormente referida, queda una cuantía de $ 15.912.14 —(quince mil novecientos doce pesos con catorce centavos)—, que se reconoció como pensión efectiva de jubilación a partir de noviembre 16 de 1976, mediante Resolución número 5760 expedida por la actora.

"5º Los artículos segundo y tercero de la Resolución referida, reajustaron la cuantía señalada en el ordinal anterior hasta las sumas de $ 18.758.99 —(dieciocho mil setecientos cincuenta y ocho pesos con noventa y nueve centavos)— a partir de enero 1º de 1978 y $ 19.841.33 —(diecinueve mil ochocientos cuarenta y un pesos con treinta y tres centavos)— a partir de enero 1º de 1979 y, para justificar este incremento la Resolución que se demanda recurrió ilegalmente a la Ley 4ª de 1976, o Estatuto del Pensionado".

Como disposiciones violadas se citan: Artículo 4º de la Ley 4ª de 1966; artículo 73 del Decreto 1848 de 1969; artículo 1º de la Ley 4ª de 1976 y el artículo 52 del Código de Régimen Político y Municipal.

En el concepto de la violación se argumenta que la Ley 4ª de 1968 y el Decreto 1348 de 1989 ordenan que las mesadas pensionales tengan un límite del 75% del promedio de lo devengado por el servidor público durante el último año de actividad.

Pero como la pensión del señor Arévalo Cabarcas se hacía efectiva desde el año de 1976 por ser docente y tener derecho a devengar pensión y sueldo, no ha debido tomarse para liquidarla, el promedio de lo devengado entre 1978 y 1979, y menos aplicarle a esa suma los reajustes de la Ley 4ª de 1976.

Reconstruido el expediente mediante auto de 1º de diciembre de 1987, quedó en estado de proferir sentencia, a lo cual procede la Sala mediante las siguientes

Consideraciones:

El asunto *sub júdice* consiste en dilucidar, si la liquidación de la pensión de jubilación reconocida por la Caja Nacional de Previsión al señor José Antonio Arévalo Cabarcas, se ajustó a derecho.

Las disposiciones vigentes sobre pensión de jubilación, que se aplican también a la denominada "pensión gracia" que la Ley 114 de 1913 concede a los educadores oficiales por tiempo servido en los Departamentos, ordenan que la prestación sea equivalente al 75% de lo devengado en el último año de servicios.

En tratándose de servidores docentes que legalmente están en posibilidad de devengar pensión, aún sin retirarse del servicio, ha surgido el interrogante de cuál debe tomarse como último año de servicio a fin de establecer el promedio de la asignación, dado que no se ha producido el retiro efectivo.

Teniendo en cuenta que la pensión se comienza a devengar desde cuando se cumplen los requisitos legales para obtenerla, es lógico que por "último año de servicios" se entienda el inmediatamente anterior a esa fecha.

Claro está que a la pensión liquidada en tal forma, sí se le pueden aplicar después los reajustes previstos en la Ley 4ª de 1976, sin perjuicio de que el docente solicite y obtenga, cuando se produzca

en verdad su retiro, la reliquidación de su pensión, para que se le tenga en cuenta el promedio de la asignación que devengó en ese último año de servicios.

El procedimiento que empleó la Caja para liquidar la pensión del señor Arévalo Cabarcas, no es entonces el permitido por la ley.

Si la hacía efectiva desde el 16 de noviembre de 1976, la asignación promedio que debía tener en cuenta era la devengada entre el 16 de noviembre de 1975 y el 16 de noviembre de 1976, siendo posible así, aplicar de conformidad con la Ley 4ª de 1976, los reajustes pertinentes hacia el futuro.

En este orden de ideas es preciso concluir que en la Resolución demandada la Caja incurrió en dos errores: a) Tomar como base para liquidar una pensión que se hacía efectiva desde 1976, la asignación promedio devengada entre 1976 y 1979, violando en esta forma la norma que indica que las pensiones son equivalentes al 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios, puesto que en 1976 la asignación era inferior a la de 1978; b) Aplicarle a una pensión liquidada con base en el sueldo de actividad, es decir, superior al que correspondía para el año 1976, reajustes retroactivos que sólo proceden hacia el futuro y con la finalidad de actualizar las pensiones de acuerdo a los factores indicados en la ley.

Por lo anterior, la Resolución es anulable, pero sólo en cuanto se refiere al monto de la pensión y sus reajustes, puesto que la Caja no desconoce ni controvierte el derecho del señor José Antonio Arévalo Cabarcas a devengar pensión.

Ello obliga a la entidad a liquidar correctamente la prestación porque su reconocimiento ya se hizo, continúa en firme y obliga a su pago oportuno.

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

Falla:

Declárase parcialmente nulo el artículo 1º de la Resolución número 5760 de 8 de agosto de 1980, mediante la cual la Caja Nacional de Previsión Social reconoció al señor José Antonio Arévalo Cabarcas identificado con la cédula de ciudadanía número 859758 de Sabanalarga una pensión mensual vitalicia de jubilación, pero sólo en cuanto al monto de la prestación.

Decláranse nulos los artículos 2º y 3º de la misma Resolución.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase. Una vez ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada el día dieciséis (16) de septiembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna.

Miguel A., Perilla P., Secretario.

COOPERATIVAS.— ASAMBLEA GENERAL. Socios.

Son socios hábiles para concurrir a la Asamblea General los que incorporados, regularmente estén inscritos en el registro social y se encuentren en el disfrute pleno de sus derechos cooperativos.

DECLARASE LA NULIDAD del artículo 2º de la Resolución número 0645 de 24 de abril de 1986 y de la Resolución número 1006 de 18 de junio de 1986.

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

Consejero ponente: *Doctor Simón Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Proceso número 379. Demandante: Cooperativa de Transportadores del Saravita Ltda. "Cotrasaravita".

La Cooperativa de Transportes del Saravita Ltda. —Cotrasaravita— en ejercicio de la acción pública contemplada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo ocurre ante esta jurisdicción para demandar lo siguiente:

1. La nulidad del artículo 2º de la Resolución número 645 de 24 de abril de 1986 dictado por el Jefe del Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas.

2. Se declare sin valor ni efecto alguno el artículo citado y se comunique al Jefe de tal Departamento.

El Consejero ponente al admitir la demanda expresó que a pesar de denominar la parte actora acción de nulidad la intentada es de restablecimiento del derecho, que de su parte se ejercitó dentro de los cuatro meses del artículo 136, inciso 2º del Código Contencioso Administrativo.

El acto acusado y concepto de la violación:

1. Se impugna el artículo 2º de la Resolución número 645 de 24 de abril de 1986 expedida por el Jefe del Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas, "por la cual se convoca a la Asamblea Extraordinaria de una Cooperativa", del siguiente tenor:

"Podrán participar en el evento que se convoca únicamente los socios debidamente inscritos en el registro social de la cooperativa a 31 de diciembre de 1985, los organismos de vigilancia y control, el gerente, el tesorero y auditor inscritos en el registro técnico del DANCOOP, de la misma manera podrá hacerlo el contador de la sociedad.

"Para los efectos de la elaboración de la lista respectiva la División de Vigilancia y Control designará los funcionarios que sean indispensables para el cumplimiento de esta función, quienes suscribirán y fijarán la lista con la antelación de conformidad (sic) con las disposiciones legales".

Por el artículo 1º de dicha Resolución se convoca a la Asamblea General Extraordinaria de Socios de la Cooperativa de Transportadores del Saravita Ltda. "Cotrasaravita" entidad domiciliada en el Municipio del Socorro, Departamento de Santander, evento que deberá realizarse en la fecha, hora y lugar que señale el Jefe de la División de Vigilancia y Control del referido Departamento de Cooperativas con una anticipación no inferior a diez (10) días contados a partir de la ejecutoria de la susodicha Resolución y para dar cumplimiento al orden del día que en detalle se señala en el mismo artículo 1º.

2. Concepto de la violación.

Estima la Cooperativa que el acto impugnado quebranta los artículos 39 y 53 del Decreto 1598 de 1963 y el artículo 30 del Decreto 2059 de 1968, reglamentario de aquél.

Y a continuación da la siguiente explicación:

"Como se establece claramente en las normas anteriores, se relaciona la facultad de los órganos de dirección, que se tiene para que una Cooperativa convoque a una Asamblea General sea ordinaria o extraordinaria. Se determina, la diferencia entre cada una de ellas, la una por mandato legal y la otra cuando así sea tomada por los órganos competentes. Establece igualmente la norma, que para las Asambleas Generales sean ordinarias o extraordinarias, serán socios hábiles los regularmente inscritos en el registro social y que se hallen en el goce de sus derechos cooperativos al momento de la convocatoria, entendiéndose por esto la fecha en la cual el órgano competente convocó a la Asamblea Ordinaria o Extraordinaria.

"La Resolución que se acusa, establece claramente en su artículo 2º una retroactividad en cuanto a los socios hábiles que pueden asistir a la Asamblea extraordinaria convocada por el Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas, de 31 de diciembre de 1985, cuando la convocatoria se hizo el 24 de abril de 1986, es decir, que flagrantemente se estarían violando los derechos de los asociados que siendo socios hábiles para la fecha de la convocatoria hayan ingresado entre el 31 de diciembre de 1985 y el 24 de abril de 1986.

"Si la norma establece que serán socios hábiles los que se encuentren con este derecho a la fecha de convocatoria, se quiere

decir sin lugar a dudas que son los que se encuentren hábiles para el día 24 de abril de 1986 y no puede determinarse una retroactividad en cuanto a quienes o no pueden asistir a la Asamblea porque además de ser violatoria de la ley es incongruente y se está violando los derechos de los asociados determinados por la ley y los estatutos".

Para concluir así:

"Si bien es cierto que el Jefe del Departamento Nacional de Cooperativas da como razón el artículo 76 del Decreto 1598 de 1963, motivado en la paralización de la Cooperativa, esto no basta para que se prove (sic) de los derechos de los asociados por cuanto la norma que se invoca se dirige es a la disolución y liquidación de las Cooperativas y esta hasta la fecha no ha sido decretada. Por otra parte, si existen divergencias entre los asociados son los que legalmente se encuentren inscritos para la fecha de convocatoria los que deben decidir sobre el futuro de la misma y no parte de ellos por cuanto con lo anterior se menoscaban los derechos de quien legalmente se encuentra inscrito como socio de una Cooperativa.

"Lo anterior lo confirman los artículos 77 y 82 de los estatutos de la Cooperativa de Transportadores del Saravita Ltda., los cuales fueron aprobados por el Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas y que en concordancia con el artículo 39 son legalmente válidos pues son los estatutos internos de la Cooperativa y en ellos se reitera que serán socios hábiles los que legalmente se encuentren inscritos en el registro social que en el momento de la convocatoria se hallen en pleno goce de sus derechos".

Concepto del honorable Fiscal Primero:

Recomienda que se dicte sentencia inhibitoria con el argumento que sintetiza así:

"(...) Lo anterior significa que la acción no está dirigida contra la Resolución 1006 de 18 de junio de 1986, por la cual se resolvió el recurso de reposición instaurado contra el acto demandado, en la que se confirmó este último.

"Así las cosas, como quiera que la citada Resolución 1006 no fue demandada en este proceso, sería inocuo entrar a estudiar la 645 de 24 de abril de 1986 por cuanto independientemente de que se anule esta última, aquélla seguirá causando plenos efectos y su legalidad no fue atacada.

"Con fundamento en lo anterior, este Despacho sugiere formalmente que la Sala se debe declarar inhibida para fallar en el fondo el presente negocio".

Consideraciones de la Sala:

I

Aspecto de la inhibición.

Como se dijo, el Ministerio Público es del parecer que por haberse demandado sólo el acto principal (Resolución número 645) y no el que lo confirma en sede de reposición (Resolución número 1006) debe abstenerse la Sala de efectuar un pronunciamiento de mérito.

Se observa:

Discuerda la Sala de tal apreciación, pues siendo la primera Resolución número 645, la que crea respecto del administrado la relación jurídica sustancial frente a la Administración, en el caso *sub lite:* El Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas, —DANCOOP— el enjuiciamiento de ella, acto principal, es suficiente para que la segunda Resolución número 1006 de carácter accesorio (porque se limita a confirmar la primera) siga la misma suerte.

Así resulta obvio que la prosperidad o improsperidad de la acción dirigida contra el acto primario entraña igual consecuencia para el acto confirmatorio. Declarada entonces la nulidad del primero se conserva respecto del segundo y, en cambio, si no se accede a ella, el último no podrá reflejar situación diferente.

Es el caso entonces de entrar a decidir el fondo de la controversia.

II

Aspecto de mérito.

1. La impugnación se dirige contra el artículo 2º de la Resolución 645 de 1986 por la cual se discrimina los socios que pueden participar en la Asamblea General de la Cooperativa actora convocada por el Jefe del Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas en su artículo 1º, así:

a) Son socios debidamente inscritos en el registro social de la Cooperativa a 31 de diciembre de 1985;

b) Los organismos de vigilancia y control;

c) El gerente;

d) el tesorero;

e) El auditor;

f) El contador.

Todos estos (b a f) inscritos en el registro técnico de DANCOOP.

2. Observa la Sala que efectivamente la restricción que en precepto enjuiciado se impone en el sentido de discriminar cuáles socios pueden intervenir en la Asamblea General convocada, el Jefe de DANCOOP transgrede flagrantemente los artículos 39, inciso 2º y 53, literal c) del Decreto-ley 1598 de 1963, que son del siguiente tenor:

"*Artículo 39*. La convocatoria a Asamblea General se hará por el Consejo de Administración o la Junta de Vigilancia o por decisión de un diez por ciento de socios hábiles con una anticipación no inferior a diez días, para fecha, hora, lugar y objetos determinados. Para tal efecto, la Junta de Vigilancia elaborará previamente una lista de todos los socios hábiles, la cual será fijada en sitio visible para el público en las oficinas de la Cooperativa.

"Serán socios hábiles los regularmente ingresados e inscritos en el registro social *que al momento de la convocatoria se hallen en el pleno goce de los derechos cooperativos*, según las normas internas de la respectiva cooperativa (Se subraya).

"*Artículo 53*. Los socios tienen los siguientes derechos fundamentales:

".....;

"c) Ejercer la función del sufragio cooperativo en las Asambleas Generales, en forma que a cada socio hábil corresponda sólo un voto".

Es así entonces que según los textos pretranscritos el sufragio constituye para el *socio* un derecho fundamental, que ejerce en las Asambleas Generales teniéndose en cuenta la lista que de los mismos prepare la Junta de Vigilancia y que deberán ser socios hábiles.

Son socios hábiles para concurrir a la Asamblea General los que incorporados de manera regular estén inscritos en el registro social en la fecha de la convocatoria y se encuentren en el disfrute pleno de sus derechos cooperativos de conformidad con los estatutos de la respectiva cooperativa. Principio este que se halla consagrado en el artículo 82 de los estatutos de la Cooperativa de Transportadores del Saravita Ltda. (fl. 18).

Contemplar una categoría especial de socios para asistir a la Asamblea General de que da cuenta la Resolución acusada, significa ni más ni menos que desconocer el derecho al voto en los términos razonables en que lo conciben los artículos citados como infringidos y por ello es procedente decretar la nulidad del artículo 2º de la misma y de la Resolución número 1006 que provee a su confirmación.

Deberá entonces tenerse como norte en relación con el derecho al sufragio de los socios de cualquier cooperativa los artículos 39 y 53 del Decreto 1598 de 1963 y textos concordantes y los estatutos del respectivo ente cooperativo.

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

Falla:

Primero. Niégase la petición de decisión inhibitoria del Ministerio Público.

Segundo. Declárase la nulidad del artículo segundo de la Resolución número 645 de 24 de abril de 1986, y de la Resolución número 1006 de 18 de junio de 1986.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la presente providencia fue discutida en varias sesiones y aprobada en la última del quince (15) de septiembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

Samuel Buitrago Hurtado, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

FONDO NACIONAL DE CAMINOS VECINALES. JUNTAS O CONSEJOS DIRECTIVOS.— Facultades.

En ningún momento se puede hablar que el Presidente de la República, al proferir el Decreto 2057 de 1961 mediante el cual aprobó los estatutos del Fondo Nacional de Caminos Vecinales, haya delegado en la Junta Directiva del Fondo u otorgado a éste la facultad de fijar salarios, prestaciones y condiciones de asistencia y protección para sus empleados, trabajadores y obreros.

El numeral 9º del artículo 76 de la Constitución Nacional atribuye privativamente al Congreso Nacional fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, así como el régimen de sus prestaciones.

CONFIRMA LA SUSPENSION PROVISIONAL de los efectos del Acuerdo número 26 de 23 de mayo de 1962 de la Junta Directiva del Fondo Nacional de Caminos Vecinales.

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

Consejera ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Sala de decisión.

Referencia: Expediente número 583. Autoridades Nacionales. Actor: Fondo Nacional de Caminos Vecinales.

Por auto de 1º de diciembre de 1987, se resolvió sobre la reconstrucción del proceso en referencia y se dijo que quedaba en estado de desatar el recurso ordinario de súplica interpuesto por la parte impugnadora contra el auto de 10 de mayo de 1985, para que se revoque o modifique, en cuanto suspendió provisionalmente en sus efectos el acto impugnado, o sea, el Acuerdo número 26 de 23 de mayo de 1962, expedido por la Junta Directiva del Fondo Nacional de Caminos Vecinales.

Procede la Sala de Decisión a desatar el aludido recurso, previas las siguientes:

Consideraciones:

En el literal i) del artículo 5º de los Estatutos del Fondo Nacional de Caminos Vecinales, aprobados por el Gobierno Nacional mediante

el Decreto número 2057 de 1961, se estableció que el Fondo podrá: "Fijar los salarios, prestaciones y condiciones de asistencia y protección social para sus empleados, trabajadores y obreros, así como los estímulos para los mismos, dentro de los límites legales". Y por el artículo primero del acto acusado, la Junta Directiva del Fondo acordó: "Los trabajadores del Fondo Nacional de Caminos Vecinales tendrán, cada año, derecho a una prima o bonoficación especial, para absorber las fluctuaciones del costo de la vida, que se liquidará y pagará por semestres del calendario, en la siguiente forma: el último día de junio, el equivalente a un (1) mes de salario, y durante los primeros diez (10) días del mes de diciembre, el mismo equivalente, siempre que hubiesen trabajado todo el respectivo semestre o proporcionalmente al tiempo servido, si éste excede de noventa días y no hubieren sido despedidos por causa justa".

Para impetrar la medida provisoria, en el libelo demandatario se sostuvo que el acto acusado violaba ostensiblemente el numeral 9º del artículo 76 de la Constitución Nacional.

La parte suplicante, para sustentar el recurso, manifiesta en su escrito:

"Como quiera que una de las finalidades del naciente organismo administrativo era de construir y conservar los caminos vecinales o veredales, en todo el territorio nacional, además del personal meramente administrativo, el que cumple las funciones públicas y ahora llamados 'empleados públicos', tuvo que vincular a aquellas otras personas que no iban a desarrollar actividades de carácter administrativo o públicas, sino que irían a realizar labores únicamente materiales, o sea los ahora llamados *trabajadores oficiales*. (Leyes 61 de de 1939 y 38 de 1946).

"Como es bien sabido, el patrono oficial de estos trabajadores, por ley aún no derogada, tienen plena libertad para pactar con ellos libremente todo lo concerniente a sus condiciones de trabajo, entre ellas primordialmente el monto de su salario, diario, semanal, quincenal, mensual, semestral, etc., las prestaciones sociales y asistenciales de que gozarán y las demás remuneraciones que quieran convenir como contraprestaciones por la ardua labor encomendada. La única limitante en esta libre contratación, es la obligación para el patrono de respetar los mínimos de derechos y prestaciones establecidos por la ley en cuanto a salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones. Para este efecto baste leer los artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 8º, inciso 2º; 16, 17 y 36 de la Ley 6ª de 1945; 1º, 2º, letra c), 3º, 4º, 2º, 14 numeral 2º, 17, letra e), 19, 21 y 42 del Decreto 2127 de 1945.

"Reasumiendo lo anterior se tiene que si el patrono oficial de trabajadores oficiales puede convenir con ellos el monto de su salario, la periodicidad de su pago no se encuentra razón atendible para que, como lo pretende el Fondo demandado ese salario no pueda ser aumentado voluntariamente por el patrono o mediante convenio o pacto, individual o colectivo, con sus trabajadores. Es que si se tiene facultad legal para hacer lo más (fijación del salario), por qué no se puede tener ese mismo poder para hacer lo menos (aumentar ese salario)?

"El Acuerdo 26 que se demanda en este juicio, no creó, como quiere hacerlo ver la demanda, una nueva prestación social, sino que, como lo había hecho el Poder Legislativo en años anteriores, defirió para el final de cada semestre del año un aumento de salario para sus trabajadores. Una desprevenida lectura de los considerandos del acto administrativo enjuiciado, conduce a demostrar que lo que en él se establece no es otra cosa que *un aumento de salario diferido,* ante la imposibilidad de estar modificándolo constantemente, 'en consonancia con las fluctuaciones del costo de la vida'. Las prestaciones sociales de carácter económico se otorgan o establecen por situaciones o circunstancias laborales bien distintas. Así por ejemplo, la *prima de servicios* se concede, como su nombre lo indica, por la permanencia o persistencia en un empleo determinado: una *prima de antigüedad* se reconoce al asalariado por una mayor o menor permanencia al servicio de un patrono, también se le denomina 'bonificación por servicios prestados', 'quinquenios', etc.; la 'prima de navidad' no tiene otra finalidad que la de mitigar, en parte, los mayores costos que en una determinada época del año deben efectuar el sector de los trabajadores tanto oficiales como privados; la recién creada 'prima de vacaciones', se reconoce para que el trabajador o empleado pueda disfrutar mejor y sin apremios económicos de ese tiempo de descanso. En cambio, el salario, sin importar la periodicidad de su pago, incluyendo dentro de él los aumentos habituales tiende a buscar la paridad entre su valor real y las *'fluctuaciones del costo de la vida',* como de una manera lógica lo expresa el acto administrativo *sub judice.*

A continuación discurre la parte suplicante sobre lo que debe entenderse por salario y por salario diferido, transcribiendo al efecto el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, una jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y una definición sobre el último salario que trae el Diccionario de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas, para terminar afirmando:

"Partiendo de la base de que la Junta Directiva del Fondo demandado lo que consagró en el acto ahora acusado, no era otra cosa que un aumento diferido del salario de sus trabajadores, y únicamente para el primer semestre de cada año, porque el del segundo estaba comprendido dentro de la prima de navidad, según las voces del artículo 3º del mencionado acuerdo, debe rechazarse la afirmación de la demanda de que aquel organismo directivo había creado ilegalmente prestaciones sociales privilegiadas para sus servidores. El mismo libelo demandatorio aporta luces para descubrir la intención del ente administrativo cuando creó el aumento de salario diferido para sus trabajadores cada año. En efecto, cita el Decreto 1160 de 1947 que, en su artículo 6º ordena que para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales se tomará como base el último sueldo o jornal devengado y, además, 'el cómputo se hará teniendo en cuenta no sólo el salario fijo, sino todo lo que reciba el trabajador a cualquier título y que implique directa o indirectamente atribución ordinaria y permanente de servicios, tales como primas, sobresueldos y bonificaciones; pero no las sumas que ocasionalmente se den por la mera libertad del patrono'. 'Es entendido que en el caso de que el trabajador haya recibido primas o bonificaciones que no

tengan el carácter de mensuales, el promedio de la remuneración se obtendrá dividiendo el monto de dichas primas percibidas en el último año de servicio, por doce (12), y sumando tal promedio a la última remuneración fija mensual'. Así mismo cita la Ley 187 de 1969 que previó aumentos salariales teniendo en cuenta 'los índices promedios del costo de la vida, en cualquier semestre calendario, posterior al primer semestre de 1960...', basándolos en unos porcentajes de variación, más o menos complicados de liquidar, pero de todas maneras con el mismo fin previsto por el Acuerdo 26 de 23 de mayo de 1962 del Fondo demandante.

"La cita que la demanda hace del Decreto 3055 de 1955, no es más que un sofisma de dictracción sobre el tema debatido, ya que aquella norma prohíbe la creación de primas o bonificaciones distintas de la de navidad establecida desde tiempo atrás para los servidores públicos nacionales, pero, en cambio, no prohíbe que los entes administrativos descentralizados, que tengan celebrados contratos de trabajo con personas que desempeñan labores de construcción o sostenimiento de obras públicas, puedan obtener aumento salarial, así sean diferidos semestralmente y con el único propósito de 'absorber fluctuaciones del costo de la vida' en dicho período. Igual cosa sucede con la Ley 54 de 1960, la cual *exclusivamente* se refiere a 'prima de navidad', que también la llama bonificación y que la concede a quienes hayan laborado un determinado tiempo, mayor de un mes, con lo que se demuestra que es una prestación por servicios prestados, pero no para enjuagar los mayores costos periódicos de la vida.

"Recalcando que el Acuerdo impugnado consagra un aumento diferido de salarios, también se desvirtúa el argumento de la demanda de que el Fondo de Caminos Vecinales haya desbordado los límites legales al consagrando. Debo insistir en que el patrono oficial de *trabajadores oficiales* está facultado por la ley para, voluntariamente o mediante convenio o pacto colectivo, aumentar los salarios de sus trabajadores, que en la práctica nunca han extralimitado las fronteras del índice de variación del costo de la vida.

"Sentado todo lo anterior en donde está, pues, la violación de la constitución y la ley que se pregona en la demanda? Por qué olvidar que desde antes y después de la Ley 6ª de 1945 se han tenido como derechos mínimos de los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas, como ahora se los llama, los consagrados en las convenciones colectivas, pactos, laudos arbitrales o reglamentos internos de trabajo, sin que la ley alguna haya dicho cuál puede ser el máximo de ellos. Por qué olvidar que el artículo 39 del Decreto 3130 de 1968 dispuso que 'las normas vigentes sobre las materias de que trata el artículo 38 del presente Decreto, continuaran rigiendo en cada organismo hasta la aprobación por el Gobierno de los proyectos a que se refiere el artículo anterior', entre otras cosas a la remuneración de los empleos. Por qué desconocer que el artículo 7º del Decreto reglamentario número 1848 de 1969, dispuso en su numeral 2º que sus normas 'se aplicarán igualmente, *con el carácter de garantías mínimas* a los *trabajadores oficiales*, salvo las excepciones y limitaciones que para casos especiales se establecen en los Decretos mencionados, y sin perjuicio de lo que solamente para ellos establez-

ca las convenciones colectivas o laudos arbitrales, celebradas o proferidos de conformidad con las disposiciones legales que regulan el Derecho Colectivo del Trabajo'. Por qué no citar el artículo 4º del Decreto 1045 de 1978 que establece 'Las disposiciones del Decreto-ley 3135 de 1968, de las normas que lo adicionan o reforman y las del presente estatuto constituyen el mínimo de derechos y garantías consagrados en favor de los Trabajadores Oficiales'. Del mismo modo por qué ocultar lo que el artículo 45 del mismo Decreto prevé como factor de salario para la liquidación de cesantía y pensiones entre otros el siguiente '11) las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968' "?

En realidad de verdad, al hacer una confrontación del acto acusado, y en especial, el artículo primero (transcrito anteriormente) con el numeral 9º del artículo 76 de la Constitución Nacional, fluye ostensiblemente la violación de este canon superior por el acto acusado, puesto que el precepto atribuye privativamente al Congreso Nacional: "fijar las escalas de remuneración correspondiente a las distintas categorías de empleos, así como el régimen de sus prestaciones sociales".

Y como bien se analiza en el proveído impugnado, en ningún momento el Presidente de la República al proferir el Decreto 2057 de 1961, mediante el cual aprobó los estatutos del Fondo, se puede hablar de que haya delegado en la Junta Directiva del Fondo, a través del artículo 5º, u otorgado a éste la facultad de fijar la prima o bonificación especial a que hace referencia el artículo primero del acto acusado. Amén de que el artículo 38 del Decreto 3130 de 1968 fue declarado inexequible por la Corte Suprema de Justicia (sentencia de 13 de diciembre de 1972), que entregaba a las Juntas o Consejos Directivos de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado, la elaboración del estatuto de personal, y por lo mismo, la creación, supresión y fusión de cargos y el acceso al servicio; las situaciones administrativas y el régimen disciplinario; el campo de aplicación de la carrera administrativa y los correspondientes procedimientos; lo mismo que todo lo referente a la clasificación y remuneración de los empleados, primas bonificaciones, gastos de representación, viáticos, horas extras, prestaciones sociales y requisitos para el otorgamiento de comisiones en el exterior o el interior del país. Fallo que se basó precisamente, en que esas facultades otorgadas a tales Juntas a Consejos Directivos, corresponde ejercerlas al Congreso o al Presidente de la República investido de facultades extraordinarias y, por lo tanto, correspondía a éste expedir los estatutos en ejercicio casualmente de las facultades que le otorgó la Ley 65 de 1967.

En el anterior orden de ideas, la Sala de Decisión, sin necesidad de entrar en más disquisiciones e identificada con las apreciaciones del Consejero Sustanciador, habrá en consecuencia de confirmar el auto impugnado.

En mérito de lo expuesto, la Sección Segunda, en Sala de Decisión,

Resuelve:

Confírmase el auto suplicado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al despacho de origen.

Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Alvaro Lecompte Luna.

Miguel A. Perilla P., Secretario Sección Segunda.

SUSPENSION PROVISIONAL.— Sustentación expresa.

El análisis que corresponde hacer al juzgador para resolver si suspende o no los efectos del acto impugnado, ha de limitarse a los planteamientos que sustentan la solicitud de suspensión y no podrá referirse a los demás argumentos de fondo planteados por el actor al solicitar la nulidad del acto.

REVOCASE LA SUSPENSION PROVISIONAL del numeral 2º literales a, b, c, e, f y h, del artículo 2º; del artículo 6º; del artículo 7º y del artículo 8º de la Resolución número 1 de 1988, de la Junta Directiva del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras.

CONFIRMASE LA SUSPENSION PROVISIONAL del artículo 5º de la Resolución número 1 de 1988 proferida por la Junta Directiva del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras.

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

Consejera ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación 2191. Recurso de Súplica contra el auto de julio 11 del año en curso por el cual se decretó la suspensión provisional de la Resolución número 1 de 1988 expedida por la Junta de Garantías de Instituciones Financieras. Actores: Marcela Monroy T. y Juan Manuel Charry U.

Cumplido el trámite de rigor, procede la Sala a resolver los recursos de súplica interpuestos contra el auto proferido por el Consejero Sustanciador del presente proceso el once de julio del presente año, mediante el cual se decretó la suspensión provisional del numeral 2º, literales, a, b, c, e, f y h del artículo 2º, del artículo 5º, del artículo 6º, del artículo 7º y del artículo 8º de la Resolución número 1 de 1988 proferida por la Junta Directiva del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, y "por la cual se organiza el seguro de depósitos".

Antecedentes:

En la demanda que dio origen al presente proceso se impugnó la totalidad de la Resolución número 1 de 27 de mayo de 1988 profe-

rida por la Junta Directiva del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras y allí se solicitó la suspensión provisional, de la totalidad de dicha Resolución y de su artículo 5º con base en los siguientes planteamientos, respectivamente:

1. "Consideramos indispensable la suspensión provisional de la Resolución número 1 de 1988 expedida por la Junta Directiva del Fondo de Garantías dado que viola en forma manifiesta evidente y flagrante el artículo 120 ordinal 3º de la Constitución. Dicha violación consiste en que, el Fondo de Garantías, en su carácter de establecimiento público *carece* de *potestad reglamentaria* y el objeto de dicha Resolución no es otro que *reglamentar* la Ley 117 de 1985, creando e imponiendo normas de carácter general y obligatorio para el público. Esto sin duda rebasa su simple facultad de emitir sus resoluciones o circulares de emitir sus resoluciones o circulares de carácter interno.(sic). Es al Presidente de la República a quien compete la Reglamentación de la Ley 117 de 1985.

2. "Como una segunda causal de suspensión provisional de la Resolución número 1 de 1988, consideramos que en su artículo 5º se desbordan los límites fijados por la Ley 117 de 1985, en cuanto esta no dispuso en forma expresa la obligatoriedad del seguro, lo cual implica una violación manifiesta, clara y flagrante de dicha ley por parte de la Resolución número 1 de 1988, por cuanto resulta impensable que una carga de tal magnitud, cuya obligatoriedad no consagró la ley, sea impuesta a través de una simple Resolución, que la 'deduce' del texto de la ley".

El auto recurrido:

El Consejero Sustanciador, luego de admitir la demanda, mediante auto de Sala Unitaria, proferido el día 11 de julio del presente año, decretó la suspensión provisional de algunos artículos de la Resolución número 1 de 1988 de la Junta Directiva del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, concretamente de sus artículos 2º numeral 2º literales a, b, c, e, f y h, 5º, 6º, 7º y 8º.

Dicho auto descarta el argumento expuesto por los actores relacionado con la violación del ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional por considerar que dicho aspecto implica "...elucidar si la Junta Directiva del Fondo se arrogó la potestad reglamentaria que incumbe al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa, o si obró en ejercicio de una competencia que le adscribió explícitamente la citada Ley 117. Pero como la dilucidación de tal disyuntiva sólo es pertinente en el fallo definitivo, por este aspecto no satisface la exigencia del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo".

Y con relación al segundo argumento en que se fundamenta la petición de suspensión provisional del artículo 5º del acto demandado, es decir la violación de los límites fijados por la Ley 117 de 1985, luego de precisar los principios cardinales del seguro de depósito de acuerdo con esas pautas legales, afirma que ninguno de los preceptos legales menciona a los depositantes y ahorradores como sujetos pa-

sivos de la obligación de tomar el seguro y de pagar prima alguna, ya que quienes trasladan el riesgo asegurable al Fondo de Garantías son las entidades inscritas en el mismo.

Y concluye el auto recurrido:

"Pues bien: la Resolución número 1 de 1988, por la cual la Junta Directiva del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras organizó el seguro de depósitos contiene disposiciones que rebasan los parámetros que le trazaron normas jerárquicamente superiores. Es precisamente lo que se observa al primer golpe de vista en el artículo 2º que impone la obligación de tomar el seguro a los titulares de las acreencias puntualizadas en los literales a, b, c, d, e, f y h del numeral 2º; en el artículo 5º que obliga a los titulares de dichas acreencias a pagar una prima anual en porcentajes no contemplados en la ley y que exceden en gran proporción los fijados para las entidades financieras; en el artículo 6º que establece la forma de determinar tales primas; en el artículo 7º que señala el monto hasta el cual 'estarán obligados a pagar primas' los titulares de las mencionadas acreencias; y en el artículo 8º, según el cual, las primas a cargo de ahorradores y depositantes, serán cobradas por las entidades financieras a nombre del Fondo de Garantías, en la forma como su texto indica. Además, en algunos de estos preceptos se prevén cobros anticipados de las primas o de modo ostensiblemente contrario a lo dispuesto en el artículo 7º del Decreto 032 de 1986".

Los recursos de súplica interpuestos:

A) *Recurso interpuesto por el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras.*

El Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, como parte demandada y mediante apoderada, interpuso recurso de súplica contra la providencia citada, para que se revoque la suspensión provisional decretada.

Fundamenta la recurrente su petición en varios argumentos, a saber:

1. El primer argumento se refiere a la imprecisión y vaguedad de la petición de suspensión provisional, en cuanto los demandantes, no hicieron "...ningún razonamiento tendiente a poner de presente cuáles artículos de la ley resultaban violados, vacío que no puede ser llenado con la simple afirmación de que la Ley 117 de 1985 no estableció obligatoriedad del seguro".

Por ello, agrega la recurrente "...el señor consejero ponente se vio compelido a hacer razonamientos tendientes a descubrir cuáles de los artículos de la ley podrían haber sido violados por el 5º de la Resolución, como quiera que los demandantes no los enunciaron. Y tuvo también, el señor Consejero Ponente que razonar con profundidad para extractar lo que, según él, lleva implícito la Ley 117 de 1985 en algunos de sus artículos..." y luego concluye con relación a este aspecto:

"Si, entonces, el señor Consejero Ponente debió hacer interpretaciones acerca de lo que subyace en la Ley 117 de 1985, fue porque el planteamiento de la petición de suspensión provisional fue bien precario. Y si fue precario lo procedente era desestimarlo para negar la petición y no entrar a suplir, mediante el mecanismo de la interpretación de la ley, aquella deficiencia. Se apartó, así, o sobrepasó la limitación que se dejó descrita en el punto 1, literal a) de los *Fundamentos del recurso,* lo cual amerita la revocatoria pedida.

"La suspensión provisional decretada no debe entonces subsistir".

2. En segundo lugar la recurrente se refiere al artículo 7º del Decreto 32 de 1986, el cual se reconoce expresamente como violado en el auto recurrido, sin que hubiere sido citado por los demandantes en la petición de suspensión provisional y precisa que dicho artículo había sido derogado por el Decreto reglamentario 1021 de 24 de mayo de 1988, publicado en el *Diario Oficial* número 38349 de 25 de mayo del mismo año.

Y como la suspensión provisional se fundamentó en la norma derogada, integrada con la Ley 117 de 1985, "...el razonamiento del auto recurrido cae por su base y la providencia debe revocarse".

3. Como un tercer argumento, la recurrente se refiere a los planteamientos hechos por el auto recurrido con relación a los mandatos de la Ley 117 de 1985 y a las competencias que dicha norma otorgó al Fondo de Garantías e Instituciones Financieras con relación al seguro de depósito y precisa al respecto:

—Que "el Fondo puede crear el seguro sujetando a reglas el número, orden, la armonía y dependencia de las partes correspondientes, así como acrecentar o aumentar sus actividades" (art. 2º Ley 117/85).

—Que la Junta Directiva del citado Fondo puede fijar las primas de los seguros porque estos son servicios que le están atribuidos por ley (art. 9º, literal c, Ley 117 de 1985).

—De conformidad con el artículo 10 de la Ley 117 de 1985 corresponde al Fondo de Garantías e Instituciones Financieras "ofrecer" una garantía adecuada lo que significa establecer, dar realmente colocar para el uso, "...lo cual es bien diferente de ofrecer para proponer dejando a la voluntariedad tomar o no la garantía..."

—De acuerdo con el mismo artículo 10 de la Ley 117 de 1985 las primas que origine el citado recurso serán diferenciales, y el hecho de que para las primas a cargo de las entidades financieras se establezca un tope máximo no implica que no existan las primas a cargo de los depositantes.

—Afirma que el auto recurrido es contradictorio "...pues ante situaciones iguales da soluciones distintas...". Lo anterior porque mientras afirma que en la Ley 117 de 1985 no existe norma *expresa* que establezca la obligatoriedad del seguro para los depositantes y con base en ello decreta la suspensión provisional, ante la norma relacionada con las primas a cargo, exclusivamente, de las entidades financieras, aunque *expresamente* así no se establece, la providencia recurrida sí lo acepta.

—Según la recurrente, la afirmación de la providencia aquí cuestionada en el sentido "...de que el precio del seguro han de cubrirlo quienes les entregan y encomiendan sus disponibilidades y recursos..." carece de fundamento jurídico pues la Ley 117 de 1985 se basa en el equilibrio y la equidad económica, lo cual se logra mediante el adecuado reparto de las cargas que el amparo determina.

—Finalmente anota que se desconoció la historia del país, "...en materia de obligatoriedad de seguros y cargas de los mismos..." y cita como ejemplos los seguros sociales obligatorios (Ley 90 de 1946) y los seguros a que se refiere la Ley 33 de 1986.

B) *Actuación de la parte actora.*

Los demandantes, dentro del plazo previsto en el artículo 183 del Decreto 01 de 1984 manifestaron en síntesis:

"Esperamos que las anteriores razones sirvan para desvirtuar los argumentos de la recurrente; pues fueron señaladas las normas violadas; el juicio realizado por el Consejero no excluye la posibilidad de violación manifiesta del acto acusado a una norma superior; el hecho de que la solicitud de suspensión sea breve y somera, no da pie para calificarla de precaria y menos aún de desecharla por esto; la no vigencia del artículo 7º del Decreto 032 de 1986 para nada influye la decisión de suspensión; por último la existencia de otros seguros obligatorios no resuelve ni justifica la extralimitación de la ley, ni la incompetencia del órgano, ni otros puntos que en este proceso se debaten".

Además de lo anterior, los actores, en otro memorial interpusieron también recurso de súplica contra el auto de 11 de julio de 1988, aquí cuestionado y solicitaron que se modifique dicha providencia para que se suspendan la totalidad de las disposiciones de la Resolución número 1 de 1988 demandada en el presente juicio.

Para sustentar esta última petición proponen los siguientes argumentos:

Violación del artículo 120 ordinal 3º de la Constitución Nacional, por cuanto el acto demandado reglamenta de manera general el seguro de depósito y al hacerlo establece medidas obligatorias, usurpando competencias legislativas e invadiendo el ámbito de la potestad reglamentaria propia del Presidente de la República.

Violación de la Ley 117 de 1985; al establecer la obligatoriedad del seguro de depósito, cuando dicha obligatoriedad no está consagrada en la citada ley.

Finalmente invocan los actores y ahora recurrentes, el concepto de la proposición jurídica completa para solicitar se suspenda la totalidad del acto demandado.

C) *Memorial presentado por el doctor Mauricio Antonio Cárdenas Rivera.*

El doctor Mauricio Antonio Cárdenas Rivera quien ya fue reconocido como parte impugnadora de la demanda, oportunamente manifestó su decisión de hacerse parte en el presente juicio para impugnar

todas las pretensiones de la demanda e interpuso recurso de súplica contra el auto de 11 de julio de 1988, mediante el cual se decretó la suspensión provisional de algunos apartes del acto demandado y solicita se revoque por ilegal, con base en las siguientes afirmaciones:

La Sala Unitaria se excedió al decretar la suspensión provisional de los artículos 2º, 5º, 6º, 7º y 8º de la Resolución número 1 de 1988 de la Junta Directiva del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras por cuanto la solicitud de suspensión provisional se refería solamente al artículo 5º de la citada Resolución y con ello desconoció el principio de que la acción contenciosa administrativa es rogada.

Las atribuciones de la Junta Directiva del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras con relación al sistema de seguros de depósito son discrecionales en todo aquello que no limitó el artículo 10 de la Ley 117 de 1985.

Cita antecedentes de la Ley 117 de 1985, y afirma que dicha norma otorga facultades a la Junta Directiva del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras para establecer y cobrar primas tanto a las entidades financieras como a los beneficiarios del seguro y sólo con relación a las primeras se establecieron ciertos límites pero ello no quiere decir como lo afirma el auto recurrido que sólo fuera obligatorio para las entidades financieras.

Afirma que se confunden los conceptos del seguro de depósito con el contrato de seguro regulado en el Código de Comercio y si el seguro de depósito no estuviera regulado en la Ley 117 de 1985 y mediante la Resolución número 1 de 1988 aquí cuestionada, y se buscara otra fuente ésta serían los artículos 2361 y 2362 del Código Civil que regulan la figura de la fianza.

Finalmente precisa que las disposiciones bancarias son de orden público y de orden administrativo y son de naturaleza imperativa.

D) *Oposición de la parte demandada al recurso interpuesto por los actores.*

En extenso memorial, la apoderada del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, se opone a la petición de los actores y recurrentes en el sentido de que se revoque la suspensión provisional parcial y se decrete respecto de todo el texto de la Resolución aquí impugnada.

Los argumnetos de su oposición son los siguientes:

La Resolución número 1 de 1988 expedida por la Junta Directiva del Fondo de Instituciones Financieras fue expedida como manifestación de una facultad propia otorgada por la Ley 117 de 1985 y no como ejercicio de la potestad reglamentaria prevista en el ordinal 3º artículo 120 de la Constitución Nacional.

La Ley 117 de 1985 según la Corte Suprema de Justicia, "... es una norma que regula y ordena el funcionamiento de esta parte del servicio público concedido de la moneda..." y la actividad financiera constituye fundamental servicio público en el cual la regulación interventora del Estado es obligada tal como lo prescribe el artículo 32 de la Constitución Política.

De conformidad con la Ley 117 de 1985, el Fondo de Garantías es una entidad de derecho público que tiene sus propias competencias, para cumplir las cuales no requiere reglamentaciones gubernamentales.

Según la misma Ley 117 de 1985, el mantener la confianza del público en las instituciones financieras es de orden público económico y este interés público tiene prevalencia sobre los intereses particulares de acuerdo con el artículo 30 de la Constitución Nacional, norma que otorga una naturaleza unilateral e imperativa a las disposiciones que expida el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras.

La fuerza obligatoria del seguro de depósito está ínsita en los principios intervencionistas de la Ley 117 de 1985 y la resolución demandada lo que hizo fue hacer explícitos dichos principios pues un seguro voluntario no lograba los fines de orden público prescritos por la citada ley.

El seguro de depósito es un mecanismo de carácter público una obligación legal y no una relación contractual.

La Resolución número 1 de 1988, demandada, fue expedida en ejercicio de funciones propias del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, con base en el artículo 32 de la Constitución Nacional.

La Ley 117 de 1985 otorgó al citado Fondo, la facultad para crear, organizar, desarrollar y reglamentar el seguro de depósito, y la Resolución número 1 de 1988, es precisamente "...el cabal ejercicio de la competencia otorgada al Fondo en las materias en que el Congreso se abstuvo de dictar regulaciones directamente".

Por ello, el que la Ley 117 de 1985 no estableciera a quien correspondía costear el seguro no implica que haya violación de la ley pues ese era justamente un aspecto que le correspondía determinar al Fondo y por el contrario si es un servicio público su costo debe correr en parte a cargo de los usuarios.

E) *Memorial presentado por el doctor Guillermo Romero García.*

El citado profesional comparece para defender el auto de 11 de julio de 1988 mediante el cual se decretó la suspensión provisional de algunas normas contenidas en la Resolución número 1 de 1988, de la Junta Directiva del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras.

De conformidad con el artículo 154 del Decreto 01 de 1984, el recurso de súplica contra un auto que decreta una suspensión provisional sólo puede ser interpuesto por *las partes* y por ello, a juicio de la Sala el memorialista, quien no ha sido reconocido ni como coadyuvante ni como impugnador de la demanda, por no haberlo solicitado, no puede ser oído en esta oportunidad, cuando la actuación de la Sala se limita a estudiar y resolver un recurso de súplica.

Consideraciones de la Sala:

Los actos administrativos tienen como atributos característicos su presunción de legalidad, su ejecutoriedad y su obligatoriedad y por ello producen los efectos jurídicos buscados por la autoridad que los

expide mientras no sea desvirtuada dicha presunción y sean suspendidos provisionalmente sus efectos o sean anulados mediante decisión definitiva.

En nuestra legislación positiva, el artículo 64 del Decreto 01 de 1984, dispone: "Carácter ejecutivo y ejecutorio de los actos administrativos. Salvo norma expresa en contrario, los actos que queden en firme al concluir el procedimiento administrativo serán suficientes, por sí mismos, para que la administración pueda ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento. La firmeza de tales actos es indispensable para la ejecución contra la voluntad de los interesados", y consagra así la ejecutoriedad de los actos administrativos.

Por su parte, el artículo 66 del mismo Decreto 01 de 1984 establece los eventos en que el acto administrativo pierde su fuerza ejecutoria.

Pero si el acto no ha sido suspendido (art. 67 Decreto 01 de 1984) ni revocado por la propia administración, los administrados pueden acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, para que ésta, en ejercicio del control jurisdiccional que ejerce enfrente a la Administración, se pronuncie sobre su inconformidad.

Pero, el sólo hecho de demandar un acto administrativo ante la jurisdicción competente, no suspende sus efectos y por ello, como figura especialísima y de excepción se consagra la suspensión provisional de los actos administrativos, para que si el acto demandado ha violado manifiestamente una norma superior, se suspendan de forma inmediata y provisional sus efectos, para evitar el grave quebrantamiento del orden jurídico y los perjuicios que pudiere ocasionar a los administrados; por ello se trata de una medida de carácter tutelar y excepcional mientras el juez competente, a través de un proceso resuelve de manera definitiva sobre la nulidad del acto administrativo demandado. Se consagra así un mecanismo más de equilibrio entre las prerrogativas de la administración y las garantías de los administrados: el acto administrativo produce efectos aunque haya sido demandado y así se logra que los particulares no paralicen a la Administración con el solo ejercicio de acciones fundadas o no, pero los administrados pueden solicitar la suspensión provisional de los efectos jurídicos del acto demandado para evitar los perjuicios que puede producir su ejecución, si es manifiestamente violatorio del orden jurídico superior.

Con fundamento expreso en nuestra Constitución Nacional (art. 42 Acto legislativo número 1 de 1945, art. 193 de la codificación vigente), la suspensión provisional ha sido regulada por la ley y en la actualidad se encuentra consagrada y desarrollada en el Decreto 01 de 1984, en sus artículos 152 y siguientes.

Según dichas normas, que consagraron en la legislación positiva lo que había sostenido la doctrina y la jurisprudencia, la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo debe solicitarse *expresamente* en la demanda o en escrito separado, antes de dictarse el auto admisorio y como requisito nuevo, enfrente a la Ley 167 de 1941, se exige que debe *sustentarse de modo expreso.*

De acuerdo con lo anterior y en especial con la exigencia de *sustentación expresa* de la suspensión provisional solicitada, es claro que el análisis, que corresponde hacer al juzgador para resolver si suspende o no los efectos del acto impugnado, ha de limitarse a los planteamientos que sustentan la solicitud de suspensión provisional y no podrá referirse a los demás argumentos de fondo planteados por el actor para fundamentar la solicitud de nulidad del acto administrativo. De lo contrario, si para resolver sobre una solicitud de suspensión provisional, pudiera el juez correspondiente analizar todos los planteamientos hechos en el libelo demandatorio, no tendría sentido, ni efecto alguno el requisito exigido en el citado artículo 152 del Decreto 01 de 1984 de que la solicitud de suspensión provisional debe ser sustentada expresamente.

Lo anterior implica que quien solicita la medida cautelar en referencia fija y delimita el ámbito de análisis y la amplitud que podrá tener quien deba resolver sobre la suspensión provisional impetrada.

Por otra parte, si la acción ejercitada es la acción de nulidad, para que proceda la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo *"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"* (se subraya).

Lo anterior indica, que por ser la suspensión provisional una medida que tiene por objeto evitar la grave transgresión del orden jurídico, la violación ha de ser tan evidente y tan notoria su contradicción con una norma superior, que a través de su simple confrontación quede desvirtuada la presunción de legalidad del acto administrativo demandado y por esta razón, se haga viable la suspensión de sus efectos jurídicos.

Y es que si todo acto administrativo se presume ajustado a la legalidad, para que proceda su suspensión provisional es necesario que la violación de la norma superior sea manifiesta y se pueda establecer a través de una comparación simple.

La suspensión provisional sólo procede cuando el enfrentamiento entre el acto administrativo cuestionado y la norma superior que se considera agredida es flagrante, pues de lo contrario, se llegaría a bloquear a la administración, a través de autos de suspensión, sin proceso previo y sin oír a las partes.

Así las cosas, es claro, que quien solicita la suspensión provisional de un acto debe sustentarla y al hacerlo precisar e individualizar, además del acto demandado, cuya suspensión se solicita, las normas que se consideran transgredidas, pues como ya se anotó esa sustentación fija el ámbito del juzgador para resolver sobre la medida cautelar, así como el concepto mismo de la violación.

Dentro del marco teórico precisado, procede el análisis y estudio del auto recurrido.

La solicitud de suspensión provisional hecha por los demandantes incluye dos partes: la primera en la que solicitan la suspensión provisional de toda la Resolución número 1 de 1988 de la Junta Directiva del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras por violación del

artículo 120 ordinal 3º de la Constitución Nacional y la segunda, en la cual afirman que el *artículo 5º* de la Resolución citada viola la Ley 117 de 1985, en cuanto dicha ley "no dispuso en forma expresa la obligatoriedad del Seguro".

En el auto recurrido no se aceptó el primer planteamiento, ni se accedió a suspender la totalidad de la Resolución número 1 aquí demandada, por considerar que lo relativo a la violación del ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional y a establecer si la competencia ejercida por la Junta Directiva del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras es facultad propia otorgada por la Ley 117 de 1985, o si por el contrario, se trata de la potestad reglamentaria que corresponde al Presidente de la República es un aspecto que debe resolverse en la sentencia.

La Sala comparte plenamente el anterior planteamiento, toda vez que dicho cuestionamiento no puede esclarecerse a través de una simple comparación, como lo exige la presente oportunidad procesal y por ello en este aspecto, no puede prosperar el recurso de súplica propuesto por los mismos actores, ni aún considerando el argumento nuevo de la proposición jurídica completa, y por ello, el auto recurrido en lo relativo a este punto, habrá de confirmarse.

El segundo planteamiento relativo a la solicitud de suspensión provisional se refiere específicamente al artículo 5º de la Resolución número 1 de 1988 de la Junta Directiva del Fondo de Garantías y los actores argumentan la violación de la ley 117 de 1985, la cual no estableció la obligatoriedad para los ahorradores, depositantes y acreedores de las instituciones financieras, de tomar el seguro y de pagar las primas respectivas.

Tal como lo acepta el auto recurrido, de la simple comparación del citado artículo 5º de la Resolución número 1 de 1988, con las normas de la Ley 117 de 1985 que regulan lo relacionado con el seguro de depósito, puede establecerse, sin lugar a dudas, que evidentemente, ésta última fue violada, en cuanto se rebasaron los límites por ella establecidos, toda vez que mientras allí se prevé como obligados al pago de primas a las instituciones financieras inscritas en el Fondo, en la resolución demandada y concretamente en su artículo 5º se establece esa obligación para unos sujetos no incluidos en la ley, como lo son los ahorradores, depositantes o acreedores de dichas instituciones.

Por lo anterior, considera la Sala que con relación al citado artículo 5º de la Resolución número 1 de 1988 aquí cuestionada, debe mantenerse la suspensión provisional decretada.

No sucede lo mismo con relación a los artículos 2º, 6º, 7º y 8º los cuales también fueron suspendidos por el auto recurrido.

En efecto con relación a estas normas no aparecen debidamente cumplidos los requisitos exigidos por la legislación positiva vigente para que proceda la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo, en cuanto no se citaron expresamente como actos transgresores, ni se concretaron las normas violadas, ni se precisó en

cada caso concreto el concepto de la violación y por ello, con relación a dichas normas, el auto por el cual, el Consejero sustanciador ordenó la suspensión provisional ha de revocarse.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso

Resuelve:

Artículo primero. Revócase el ordinal 2º del auto de Sala Unitaria proferido el 11 de julio de 1988 en cuanto decretó la suspensión provisional del numeral 2º, literales a, b, c, e, f y h, del artículo 2º; del artículo 6º, del artículo 7º y del artículo 8º de la Resolución número 1 de 1988 de la Junta Directiva del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras.

Artículo segundo. Confírmase el ordinal 2º del auto recurrido en cuanto decretó la suspensión del artículo 5º de la Resolución número 1 de 1988 proferida por la Junta Directiva del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras.

Artículo tercero. Vuelva el expediente al despacho del Consejero Sustanciador para que continúe el trámite respectivo.

Cópiese, publíquese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Jaime Abella Zárate, Carmelo Martínez Conn.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

FONDO DE GARANTIAS DE INSTITUCIONES FINANCIERAS. SEGURO DE DEPOSITO.—

En el examen del carácter obligatorio de la toma del seguro y pago de las primas, se observa que con relación a las entidades financieras hay claras manifestaciones de la ley, pero no sucede lo mismo con relación a los titulares de las acreencias o depositantes en aquellas, respecto a las cuales hay absoluto silencio.

SUSPENDE PROVISIONALMENTE el artículo 5º de la Resolución número 1 de 1988 dictada por el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, en cuanto ordena pagar una prima anual por el Seguro de Depósitos a los titulares de las acreencias relacionadas en el numeral 2 del artículo 2º.

FONDO DE GARANTIAS.—

Seguros de Depósitos. Se suspende el artículo 5º de la Resolución 1 de 1988 en cuanto ordena pagar una prima anual por el Seguro de Depósitos a los titulares de las acreencias de los depositantes.

SUSPENSION PROVISIONAL.—

En contrario a la técnica que debe utilizar en este instrumento fundamentar la petición en argumentos que exigen un estudio más detenido.

SUSPENSION PROVISIONAL.— Técnica.

Es contrario a la técnica que debe utilizarse en este instrumento, fundamentar la petición en argumentos que exigen un estudio más detenido.

SUSPENDE PROVISIONALMENTE el artículo 5º de la Resolución número 1 de 1988 dictada por el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, en cuanto ordena pagar una prima anual por el Seguro de Depósitos a los titulares de las acreencias relacionadas en el numeral 2 del artículo 2º.

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

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente número 2213. Actor: María Elisa Rojas de Peláez, contra Fondo de Garantías de Instituciones Financieras. Autoridades Nacionales.

En ejercicio de la acción pública de nulidad autorizada por el artículo 84 del Decreto 01 de 1984, la ciudadana María Elisa Rojas de Peláez, demanda la nulidad de la Resolución número 1 de 1988 (27 de mayo) expedida por la Junta Directiva del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras "por la cual se organiza el Seguro de Depósitos".

Solicita se declare la nulidad de toda la Resolución 01 de 1988 y de no prosperar, se decrete la de los artículos 1º, el 19 junto con el 18, el 20 y el artículo 23; cita como normas violadas la Ley 117 de 1985, en especial sus artículos 2º, 9-d, 10 y 5º, en criticable mezcla, no susceptible de examen en esta oportunidad, de causales consistentes en falta de competencia, equivocada motivación y desviación de poder.

La demanda llena las formalidades de ley y el Despacho accedió a solicitar al Fondo de Garantías copia de la Resolución mencionada, en atención a la declaración que bajo la gravedad del juramento hizo la demandante en cuanto a la falta de su publicación, pero le aclara que no se accedió a pedir otros documentos (como el comunicado de prensa también solicitado), porque aquel procedimiento procede con relación al acto acusado, pero no con relación a pruebas que son de su cargo.

En tal virtud, la demanda será aceptada y se entra a resolver la solicitud de suspensión provisional formulada en el mismo escrito con base en el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo.

Fundamentalmente la actora insiste en que el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, en la regulación contenida en la Ley 117 de 1985, no tiene dentro de su "objeto social" el ejercicio del negocio de seguros, ni permite que el Fondo sea el mismo asegurador.

Basándose además en la regulación del Código de Comercio relativa al contrato de seguro, en especial al contenido en los artículos 1036, 1045, 1046 y 1096, sustenta la petición de suspensión provisional entre otras, con las siguientes consideraciones:

> "Estimo que una sencilla comparación de las normas que regulan el contrato de seguro en el Código de Comercio, y la forma que está estructurada la protección a los depositantes en la norma demandada, muestra con facilidad que:
>
> " 'Lo establecido en la Resolución 01 de 1988 de la Junta Directiva del Fondo de Garantías, modifica el contrato de seguro al establecer que el pago de la indemnización se cumple mediante obligación de hacer (que puede consistir o no en la compra de la obligación) y no mediante la obligación de pagar una suma líquida en dinero correspondiente al siniestro asegurado ocurrido. Esto se deduce de la simple lectura de las normas acusadas'.

"Es evidente que este contrato de seguro no tiene póliza con qué probarse: no se le encuentra a lo largo del texto que lo organiza, como sí existe con nítida claridad en el artículo 1046 del Código de Comercio.

"No puede encontrarse a todo lo largo de la Ley 117 de 1985 una modificación a las normas del contrato de seguro establecidas en el Código de Comercio: no tiene la Junta Directiva del Fondo facultades para dictar normas de igual rango que la ley; si establece una forma de contrato de seguro distinta a la del Código de Comercio, excede sus capacidades y viola la ley: pero si además excede lo que dicen sus estatutos (organizar el seguro de depósitos) y modifica, ampliándole su objeto social, la violación es aún más clara".

Coadyuvantes:

En memorial presentado con posterioridad, los ciudadanos Marcela Monroy Torres y Juan Manuel Charry Urueña, solicitan se les reconozca como coadyuvantes en la misma acción de nulidad con base en lo dispuesto por el artículo 146 del Código Contencioso Administrativo.

También piden que se declare nula la Resolución número 1 del 27 de mayo de 1985, "pues infringe normas a las que debía estar sujeto (se refiere al Fondo de Garantías); fue expedido por órgano incompetente, carente de motivación y con desviación de poder".

Consideran violados el artículo 43 de la Constitución, el 30 de la misma y "los artículos 1495 y 1602 del Código Civil en cuanto modifica los contratos entre los depositantes y las entidades financieras y vulnera el derecho de propiedad" y los artículos 1036 y 1046 del Código de Comercio; el artículo 170 (sic) ordinal 3º de la Constitución, en cuanto al Fondo de Garantías carece de potestad reglamentaria" y en desbordamiento de la Ley 117 de 1985.

Igualmente, formulan solicitud de *suspensión provisional,* para lo cual se fundamentan en las dos siguientes consideraciones:

a) "Porque viola en forma manifiesta el artículo 120 ordinal tercero de la Constitución Nacional, en cuanto el Fondo de Garantías, en su carácter de Establecimiento Público, carece de potestad reglamentaria y el objeto de dicha Resolución no es otro que reglamentar la Ley 117 de 1985, creando e imponiendo normas de carácter general y obligatorio para el público";

b) "En su artículo 5º se desbordan los límites fijados por la Ley 117 de 1985, en cuanto esta no dispuso en forma expresa la obligatoriedad del seguro" y resulta impensable que una carga de tal magnitud sea impuesta a través de una simple Resolución.

Con relación a los fundamentos expuestos por la actora Rojas de Peláez, la Sala Unitaria, considera:

La actora incurre en la impropiedad de no hacer la debida separación y confrontación de normas en el capítulo correspondiente a la

solicitud de suspensión, en el cual se remite en general a las citadas o transcritas en el cuerpo central de la demanda, restándole sencillez a la labor de comparación.

Labor que se dificulta más cuando la solicitante pretende que se haga la comparación de la "norma demandada" (toda la Resolución 1/68 o los artículos mencionados?) con "las normas que regulan el contrato de seguro en el Código de Comercio" que, como se sabe están comprendidas en aproximadamente 190 artículos desde el artículo 1036 hasta 1162 (sin incluir los especiales de los seguros Marítimo y Aéreo). Tampoco es sencilla la comparación de normas no precisadas en el respectivo párrafo que dedica a la modificación del Contrato de Seguro al establecer que el pago de la indemnización se cumple mediante obligación de hacer y "no mediante la obligación de pagar una suma líquida de dinero correspondiente al siniestro ocurrido".

También es contrario a la técnica que debe utilizarse en este valioso instrumento pedir "la suspensión provisional de toda la resolución demandada" con fundamento en argumentos que exigen un estudio más detenido, como los que consisten en que "no puede encontrarse a todo lo largo de la Ley 117 de 1985, una modificación a las normas de seguro establecidas en el Código de Comercio; no tiene la Junta Directiva del Fondo facultades... etc., etc.".

Por los motivos expuestos no entra el despacho a considerar las peticiones de suspensión de alcance general fundadas en transgresión de estatutos completos legales y procede a examinar sólo aquellas que están circunscritas a normas plenamente identificadas como son las acusaciones a los artículos 1º, 19 y 23 de la Resolución número 1 de 1988.

Artículo 1º Este artículo en cuanto señala que el Seguro de Depósito tiene por objeto garantizar las acreencias que más adelante se determinaron, que precisa los medios que utilizará para lograr tal propósito y declara que propenderá por la recuperación y la solvencia de las entidades que se encuentren en dificultades, "todo dentro del objeto y funciones señaladas al Fondo, conforme a la Ley 117 de 1985", constituye una manifestación de índole general de objetivos, propósitos y medios, que como su texto mismo lo confiesa expresamente, están enmarcados dentro de la Ley 117. Ante tal manifestación no puede prejuzgarse como violadores de la misma ley.

El examen de si excedió las facultades de la ley con relación al seguro (art. 2º-d, art. 9º-c y art. 10 en todos los cinco numerales) y todas las normas reguladoras de la esencia, naturaleza y requisitos del contrato de seguro, podrá ser materia de estudio al dictar sentencia, mas no al admitir la demanda, en consideración a la amplitud de los términos en que ha sido planteada en esta oportunidad.

Artículo 19. Este artículo de la Resolución número 1 de 1988 que se refiere a las pruebas necesarias para exigir del Fondo las acreencias amparadas, fue sustituido en su integridad por el artículo 7º de la Resolución número 2 de 1988. Aunque esta última fue expedida el día 23 de junio, o sea, después de presentada la demanda que se considera en esta providencia, influye en el sentido de que ya no está produciendo efectos por haber sido sustituida.

Además, la confrontación de tal norma con las que regulan el contrato de seguro en el Código de Comercio parten del supuesto de que se trata de un seguro comercial, concepto éste que forma parte de la problemática planteada.

Artículo 23. Esta norma faculta a la Junta Directiva del Fondo para disponer a favor de las entidades financieras inscritas "la devolución de las primas pagadas y la reducción a favor de los depositantes y ahorradores", una vez que el Fondo haya recaudado los recursos que le permitan atender los pasivos a su cargo, constituir las reservas apropiadas a los riesgos que asume y atender los costos administrativos.

La ciudadana impugnante, ve en esta disposición que el Fondo asume *el negocio* de los seguros sin que ello esté previsto en la Ley 117 de 1985 al indicar su objeto, así como tampoco permite dicha ley que sea el mismo asegurador cuando las normas que le concedieron facultades sobre esta materia se refieren a "organizar" y "desarrollar" el seguro y estas actividades se realizan a partir de lo existente que es el contrato de seguro tal como está regulado en el Código de Comercio. Dice la actor: "Lo que la Junta Directiva organizó, no fue el seguro de depósito, sino la actividad del fondo en cuanto asegurador como tal, modificando para ello las normas existentes en el Código de Comercio en relación con el contrato de seguro".

En el párrafo pertinente se remite a toda la Ley 117 para sostener que ésta no contempla "dentro de su objeto social el ejercicio del negocio de seguros" ni que él mismo sea el asegurador, pero la referencia que hace en la demanda a los artículos 2º, literal c), 9º, literal c) y el artículo 10, relativos a los objetivos del Fondo, funciones de la Junta Directiva y principios relativos al seguro de depósito, no es exactamente la adecuada, ni permite por su amplitud o generalidad hacer la comparación para efectos de la suspensión de que trata el artículo 152 invocado.

La demandante parte del concepto de que el Fondo *no contempla* en su objeto social el ejercicio del *negocio* de los seguros porque no aparece en la Ley 117 de 1985, "pero está tranquilamente revelado en el artículo 23 de la Resolución demandada".

De la apreciación consistente en que esta norma revela el propósito de ejercer el negocio de seguros, no resulta claro el cargo contra el mismo artículo 23 si se comparan los temas específicos que contiene tal norma y que consisten, en resumen, como ya se dijo, en lo siguiente:

a) Le confiere autorización a la Junta del Fondo para que disponga la devolución de las primas pagadas por las entidades y la reducción de las que son a cargo de los depositantes, una vez que el Fondo haya logrado recaudos por encima de los necesarios para cubrir sus pasivos, constituir reservas y atender costos, y,

b) Dispone que las reservas que constituya el Fondo las invertirá en los títulos que señale su Junta Directiva.

Estas disposiciones ciertamente dictadas específicamente para el Fondo de Garantías, no están contrapuestas con las que gobiernan

la devolución de primas no devengadas en las compañías de seguro, aunque aparentemente tiene apoyo en el literal c) del artículo 10 que faculta a la Junta para prever "un sistema de devoluciones". Y en cuanto al régimen de inversión de sus reservas, no identificó en parte alguna la demandante las normas a las cuales se contrapone la autorización dada a la Junta.

Tampoco explica en qué consiste la ilegalidad de ese apartamiento de las normas generales que regulan la actividad aseguradora particular.

No se comprende exactamente la dimensión del cargo al artículo 23 consistente en que "revela tranquilamente" que asume el negocio del seguro, ni están precisados los alcances del calificativo de "negocio", ni su vinculación o contraposición con la Ley 117 de 1985 en forma tal que pueda ser materia en esta oportunidad procesal de examen. Máxime cuando la Resolución que revela en su texto es la voluntad de la Junta Directiva de organizar el Seguro de Depósitos "en ejercicio de las facultades legales que le confieren los artículos 2º y 9º, literal c) y 10 de la Ley 117 de 1985", en su condición de persona de derecho público en cuyas actuaciones no puede presumirse el incumplimiento de sus objetivos o la desviación hacia actividades lucrativas.

Aunque el comentado artículo 23 ciertamente suscita otras consideraciones, la Sala Unitaria se limita en esta oportunidad a expresar que teniendo en cuenta los argumentos y motivos expuestos por la actora no ve en ellos causa suficiente para decretar la suspensión provisional.

En cuanto a los motivos en que los coadyuvantes basan la solicitud de suspensión, la Sala procede a resolverlas previas las siguientes consideraciones:

El primer cargo consiste en que el Fondo de Garantías, en su carácter de establecimiento público carece de potestad reglamentaria "y el objeto de dicha Resolución no es otro que *reglamentar* la Ley 117 de 1985, creando e imponiendo normas de carácter general y obligatorio para el público".

En la forma como está expuesto el cargo no resulta aceptable a la luz de los principios que regulan la figura de la suspensión provisional, porque los actores atribuyen al acto acusado el carácter de ser reglamentario de la ley con el mismo valor que el ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución le asigna al Presidente de la República; lo cual no pasa de ser sino una figura puesto que la Resolución impugnada, según reza su encabezamiento, fue expedida por la Junta Directiva del Fondo de Garantías en uso de atribuciones legales que expresamente allí cita (Ley 117 de 1985, arts. 2º, 9º, literal c y 10), uno de los cuales precisamente la autoriza para "organizar y desarrollar el sistema de seguro de depósito", de donde no puede compartirse la opinión de que con tal acto le arrebató al Presidente la facultad reglamentaria de las leyes.

Por otra parte, precisar los alcances de las disposiciones que autorizaron al Fondo, tanto para lograr unos objetivos (art. 2º) como

para organizar el sistema de seguro bajo unos "principios" (art. 10), es labor que escapa a la etapa de admisión de la demanda pues, requiere mayor estudio y debate.

Conforme al segundo cargo, se consideran excedidos los límites que fijó la Ley 117 y se sintetiza en el argumento consistente en que no habiendo aquella distinguido, ni precisado el carácter obligatorio del seguro, debe concluirse como ilegal la imposición en el artículo 5º de tan onerosa obligación mediante una simple Resolución.

Ilegalidad que se resalta en el citado artículo 5º en cuanto consagra la obligación de pagar una prima anual por el Seguro de Depósitos a cargo de los titulares de créditos relacionados por el numeral 2º del artículo 2º.

En el examen del carácter obligatorio u "obligatoriedad" de la toma del seguro y del pago de las primas, fácilmente se observa que al paso que con relación a las entidades financieras hay claras manifestaciones de la ley, no sucede lo mismo con relación a los titulares de las acreencias o depositantes en aquellas, respecto a las cuales hay absoluto silencio.

En efecto, en cuanto a la obligatoriedad de las primas, el artículo 10 de la Ley en el literal e) fija el tope de las primas a cargo de las entidades financieras y en el literal c) también se refiere a tales entidades, sin que exista ninguna referencia a primas a cargo de depositantes.

Como en realidad, por lo menos en forma manifiesta no hay asidero para cobrar primas a los depositantes como lo estatuyó el artículo 5º de la Resolución impugnada, ha de considerarse tal obligación sin respaldo legal y por ende susceptible de la medida provisoria de la suspensión.

En consideración a lo anteriormente expuesto, la Sala Unitaria, *decide:*

1º Se admite la anterior demanda de nulidad contra la Resolución número 1 de 1988 (mayo 27) del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras "por la cual se organiza el Seguro de Depósitos" que instauró la ciudadana María Elisa Rojas de Peláez, a quien se le tendrá como parte demandante.

2º Se acepta como coadyuvantes de la misma a los ciudadanos Marcela Monroy Torres y Juan Manuel Charry Urueña.

3º Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público.

4º Notifíquese personalmente al señor Director del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras.

5º Fíjese en lista por el término de diez (10) días, para que la entidad demandada y los intervinientes puedan contestar la demanda, proponer excepciones o solicitar la práctica de pruebas.

6º Solicítese a la citada entidad el envío de los antecedentes administrativos que hubiere.

7º Decrétase la suspensión provisional del artículo 5º de la Resolución número 1 de 1988 dictada por el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, en cuanto ordena pagar una prima anual por el Seguro de Depósitos a los titulares de las acreencias relacionadas en el numeral 2 del artículo 2º.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jaime Abella Zárate.

Jorge A. Torrado T., Secretario.

SEGURO DE DEPOSITO.—

La Resolución 1 de 1988 del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras desconoció y rebasó el límite que expresamente le fijó el legislador para el ejercicio de la competencia que éste mismo le asignó de organizar el seguro de depósito.

CONFIRMA LA SUSPENSION PROVISIONAL de los literales a), b), c), d), e), f) y h) del numeral 2º del artículo 2º y de los artículos 5º, 6º, 7º, 8º y 23 en cuanto dispone la destinación de las primas que se recauden por concepto del seguro de depósitos que deben pagar las entidades inscritas en el fondo a "atender pasivos a su cargo", de la Resolución 1 de 27 de mayo de 1988, proferida por la Junta Directiva del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras.

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

Consejera ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación número 2221. Recurso de súplica contra el auto de Sala Unitaria de 16 de agosto de 1988. Actor: Alvaro Tafur Galvis.

Corresponde a la Sala resolver los recursos de súplica interpuestos contra el auto de Sala Unitaria de 16 de agosto de 1988, mediante el cual se ordenó la suspensión provisional de los literales a), b), c), d), e), f) y h) del numeral 2º del artículo 2º y de los artículos 5º, 6º, 7º, 8º y 23 en cuanto dispone la destinación de las primas que se recauden por concepto del seguro de depósitos que deben pagar las entidades inscritas en el fondo a "atender pasivos a su cargo" de la Resolución 1 de 27 de mayo de 1988, proferida por la Junta Directiva del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras.

Antecedentes:

En la demanda que dio origen al presente proceso se solicita la declaratoria de nulidad de las siguientes disposiciones de la Resolución número 1 de 1988 proferida por la Junta Directiva del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras:

Artículo 2º, numeral 2º, artículos 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 12, 13, 14, 15, 19, 20, 21, 22 y 23.

En capítulo especial dentro de la demanda, el actor solicita se decrete la suspensión provisional de las citadas disposiciones, por considerarlas ostensiblemente violatorias del artículo 10 de la Ley 117 de 1985 y precisa sus argumentos así:

"El artículo 10 en el numeral a) determina la precisa finalidad del seguro de depósito expresando que con él se busca 'ofrecer una garantía adecuada a ahorradores y depositantes de buena fe', lo cual significa que los recursos provenientes del seguro han de destinarse a esa garantía. No obstante la Resolución número 1 de 1988, prevé en el artículo 23, que esos recursos se apliquen al pago de los pasivos del Fondo, desvirtuando la finalidad que condiciona la organización y desarrollo del mismo seguro, afectando, muy seguramente la capacidad del Fondo para el cumplimiento del objeto establecido por la ley.

"Si a lo anterior se agrega que el artículo 2º de la Resolución impone la obligación no establecida, ni expresa ni implícitamente en la ley, de que los acreedores, depositantes y ahorradores de las Instituciones Financieras, asuman el pago de una prima de acuerdo con el valor de la acreencia, depósito o título, es claro que bajo la apariencia del seguro previsto en la ley, realmente se ordena, una contribución obligatoria, para que los usuarios del sistema financiero asuman los costos de intervenciones, pasadas o futuras, que hayan generado o generen los pasivos del Fondo de Garantías.

"El numeral c) del artículo 10 de la Ley 117 de 1985 señala las reglas para el establecimiento de las primas, ordenando que cualquiera de los dos sistemas que prevé, el de prima diferencial o el de devoluciones 'debe atender a los indicadores financieros y de solvencia de cada entidad, con base en criterios técnicos que periódicamente determine la Junta Directiva'.

"La Resolución número 1 de 1988, de acuerdo con su artículo 23 parece haber adoptado para la fijación de las primas, el mecanismo de las devoluciones, no obstante es evidente que no previó el sistema de devoluciones a que alude el numeral c) del artículo 10 de la ley, por cuanto, se limita a señalar que 'una vez el Fondo haya recaudado los recursos que le permitan atender los pasivos a su cargo, constituir reservas apropiadas para atender los riesgos que asume y atender sus costos administrativos, la Junta Directiva del Fondo dispondrá la devolución de las primas pagadas por las entidades financieras inscritas y determinará la reducción de las primas a cargo de ahorradores, depositantes y acreedores'.

" 'Para la devolución se tendrá en cuenta el grado de riesgo de las entidades inscritas y sus indicadores financieros'.

"A lo anterior se agrega que el artículo 22 de la Resolución prevé que el Fondo pondrá en vigencia un esquema de seguimiento que le permita evaluar periódicamente el Estado y modificación de los riesgos asegurados.

"Las precisiones ordenadas por el artículo 10, literal c), deben adoptarse al momento de organizar, y no después, como lo pretende el Fondo, desconociendo en forma manifiesta los condicionamientos legales.

"El texto de los artículos 22 y 23, niega rotundamente la certeza y la claridad que debe presidir la actividad de las autoridades y la relación de éstas con los particulares, llámense, como en el caso presente, instituciones financieras, ahorradores, depositantes o acreedores.

"Persistiendo en la violación de las reglas que condicionan la organización del seguro de depósito, el mismo artículo 23 transcrito, dispone que mientras a las entidades financieras, de cuya buena, aceptable o deficiente administración depende la generación del riesgo pueden aspirar a la devolución de las primas por ellas pagadas, los usuarios del sistema financiero, a título de depositantes, ahorradores y acreedores sólo puedan esperar la reducción de las mismas.

"La imposición a los acreedores, depositarios y ahorradores de pagar las primas fijadas por el Fondo, comporta una adición a las disposiciones contenidas en el artículo 10, que sólo podría efectuar el legislador, conforme a los claros principios expresados en el artículo 76 numeral 1º de la Constitución Nacional, pues sólo al legislador corresponde la interpretación, reforma y derogación de las leyes preexistentes. Esa función dentro de nuestro estado de derecho no se atribuye a prevención, ni puede ser asumida so pretexto de aplicar las disposiciones legales, en el ámbito jurídicamente restringido confiado a las Instituciones Administrativas como lo ha pretendido el Fondo.

"Por lo expresado, reitero la petición especial de que se suspendan provisionalmente las disposiciones acusadas, pues todas giran en torno a las previsiones de los artículos 2º, 4º y 23 de la Resolución, cuya contradicción con las normas superiores adquiere las características exigidas por la ley".

El auto recurrido:

El Consejero sustanciador, mediante auto de Sala Unitaria, proferido el 16 de agosto de 1988, luego de admitir la demanda, decretó la suspensión provisional de: Los literales a), b), c), d), e), f) y h) del numeral 2º del artículo 2º y los artículos 5º, 6º, 7º, 8º y el artículo 23 en cuanto dispone la destinación de las primas que se recauden por concepto del seguro de depósitos que deben pagar las entidades inscritas en el Fondo a *"atender los pasivos a su cargo"*.

El Consejero sustanciador, en las consideraciones previas a la anterior decisión se refiere a las normas contenidas en la Ley 117 de 1985, mediante la cual se creó el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras y concretamente al artículo 2º en el cual se define su objeto y las funciones que para lograrlo se le asignan, al artículo 9º, literal c), el cual le asigna a la Junta Directiva del citado Fondo la función de "regular el seguro de depósito cuando decida crear éste" y al artículo 10 en el cual se establecen los principios con base en los cuales la Junta Directiva del Fondo podía organizar el seguro de depósito.

Anota que dichas normas fueron declaradas exequibles por la Corte Suprema de Justicia y cita apartes de la sentencia de fecha 9

de junio de 1987 en los cuales se precisa que la Ley 117 de 1985 es un instrumento de intervención en la economía "...que permite al Estado asegurar el ordenado y regular funcionamiento del sistema financiero institucional, como servicio público concedido, protegiendo la confianza de los depositantes y acreedores de las instituciones inscritas..."

Cita el artículo 9º, literal b) de la Ley 117 de 1985 por medio del cual se señala entre las funciones de la Junta Directiva del citado Fondo, la de "fijar las comisiones, *primas,* tasas y precios que cobre por todos sus servicios" para concluir que "...si se armoniza esta facultad con las apreciaciones antes transcritas de la Corte Suprema, es indudable que sólo en el fallo con que habrá de finalizar este proceso será pertinente analizar si las primas establecidas en la Resolución demandada constituyen 'contribuciones obligatorias' para los usuarios del sistema financiero y si su fijación vulnera normas superiores en la escala jurídica".

Se refiere al artículo 2º del Decreto 1021 de 1988 por el cual se reglamentó la ley en lo relacionado con "...los cobros de las primas a cargo de las entidades financieras inscritas en el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras..." y hace notar que se refiere a las entidades financieras inscritas, como únicas obligadas a pagar las respectivas primas.

Precisa que enfrente a las citadas normas, el acto demandado rebasa los parámetros allí indicados, ya que la competencia de la Junta Directiva del Fondo, si bien era discrecional en cuanto a la oportunidad para ejercerla, era "estrictamente reglada en todo lo demás" ya que el artículo 9º, literal c) de la ley establece "...*cuando decida crear éste...*" y el artículo 10 de la misma ley prescribe que es función de la Junta Directiva organizar el seguro de depósito "*con base en los siguientes principios...*"

Luego de referirse a la naturaleza jurídica del seguro de depósito y a las diferentes posiciones teóricas existentes al respecto, afirma que es un seguro patrimonial y concluye que haciendo abstracción de dichos aspectos doctrinarios, es ostensible que la Junta Directiva del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras al expedir el acto acusado, no se ciñó a los principios básicos establecidos en el artículo 10 de la Ley 117 de 1985. Afirma que dentro de la concepción del legislador respecto del Fondo en cuestión y el objeto del mismo, los obligados a asegurarse son los que realizan la intermediación financiera y, por ello, la Ley 117 de 1985 vinculó expresamente a las entidades inscritas en el Fondo al mencionado seguro y reguló diferentes aspectos del mismo y en cambio en ninguna norma, la ley señala a los depositantes, ahorradores o acreedores de las entidades financieras como obligados sujetos pasivos de la obligación de tomar el seguro, mientras que el acto demandado les establece tal obligación, asignándoles además primas desproporcionales frente a las que deben pagar los intermediarios financieros.

Agrega que algunas de las disposiciones contenidas en la Resolución demandada ya han sido sustituidas, ampliadas o derogadas por decisiones posteriores del Fondo, las cuales no son objeto de impugnación en la demanda.

Se refiere, finalmente, a que "...la finalidad primigenia y cardinal del seguro de depósitos consistente en 'ofrecer una garantía adecuada a ahorradores y depositantes de buena fe, dentro de los topes que señala la Junta Directiva' según lo proclama el literal a) del artírulo 10 de la Ley 117, será absolutamente nugatoria durante un lapso indefinido. En verdad conforme al artículo 23 de la Resolución demandada, sólo cuando el Fondo haya amortizado los pasivos a su cargo, procederá a 'constituir reservas apropiadas para atender los riesgos que asume y atender los costos administrativos'. Esta disposición desvirtúa el fin y la naturaleza del seguro así como del precio que por el mismo se paga, ya que las primas recaudadas las destinará prioritariamente el Fondo a atender los pasivos que hasta ahora ha venido acumulando".

Los recursos de súplica interpuestos:

A) *Recurso interpuesto por el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras.*

El Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, como parte demandada y mediante apoderada, interpuso recurso de súplica contra la anterior providencia para que se revoque la suspensión provisional decretada.

La recurrente fundamenta su petición en varios argumentos, a saber:

Considera que: "Para arribar a la conclusión a que llegó, el señor Consejero Ponente tuvo que acudir a complicados mecanismos de interpretación de la ley presuntamente violada, precisamente porque la violación no aparece de bulto (aunque exprese lo contrario en la providencia recurrida), no es percibible a través de una sencilla comparación" ya que "...es ciertamente muy complicado el examen que se impone para juzgar sobre posibles violaciones..." de la Ley 117 de 1985 por parte de la Resolución demandada.

—Precisa que la Ley 117 de 1985 "por la cual se crea el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, se determina su estructura y se dictan otras disposiciones", "...es una ley de intervención del Estado (no del gobierno) en la economía, expedida con fundamento en el artículo 32 de la Constitución Política..." lo cual implica que "...la potestad ejercida por el Congreso Nacional en este caso es de su exclusiva competencia, tanto en su iniciativa como en su desarrollo posterior, en lo tocante con las disposiciones intervencionistas que contiene y en cuanto a las que autorizó al Fondo".

—Afirma que el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras es una entidad de derecho público y de naturaleza única en razón de la función que debe cumplir, de aquellas a las que se refiere el artículo 80 del Decreto 01 de 1984, con competencia y atribuciones propias y directas para cumplir sus objetivos, "...sin la intermediación del gobierno..." ya que recibió de la ley directamente la potestad reguladora, aunque limitada, para dictar las normas orgánicas y las medidas ejecutivas necesarias para cumplir sus objetivos.

—El interés que orienta la Ley 117 de 1985 es de carácter público, ya que se trata de mantener la confianza pública en las instituciones financieras, lo cual es una cuestión de orden público económico, en el cual "...estamos comprometidos todos; tanto las instituciones financieras, como el Estado y los depositantes y acreedores de las primeras, interés público que, por tanto, tiene prevalencia sobre los intereses particulares, de acuerdo con el principio del artículo 30 de la Constitución, del cual deriva la naturaleza unilateral e imperativa de las disposiciones que en esta materia adopte el Fondo, por mandato de la ley que lo creó, sin sujeción a los regímenes contractuales de derecho privado".

—Por ello afirma que el seguro de depósitos es "...una pieza del sistema público de garantía de la solidez y confianza en nuestra organización financiera..." de acuerdo con el artículo 2º de la Ley 117 de 1985, que complementa las demás medidas que el Fondo puede tomar respecto de las instituciones financieras y que por ello el nombre de "seguro" dado a la citada garantía, no corresponde al contrato de seguro del derecho privado, pues no se trata de una relación contractual, sino de una obligación legal de interés público.

Y dentro del anterior planteamiento ha de considerarse que el citado seguro de depósito es una protección no exclusiva para los depositantes y acreedores de las instituciones financieras como asunto de interés privado que no es el definido por la Ley 117 de 1985 en su artículo 2º, sino un mecanismo de carácter público que busca mantener la confianza en el sistema financiero, "por el concurso entre el Estado, particulares y entidades financieras, en una especie de obligación pública de solidaridad ante un riesgo compartido" y por ello concluye que la fuerza obligatoria del seguro de depósito le es consustancial en los principios intervencionistas de la Ley 117 de 1985, los cuales hizo explícitos la Resolución demandada.

En respaldo del anterior argumento, cita la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 9 de junio de 1987, mediante la cual se pronunció dicha Corporación sobre la exequibilidad de la Ley 117 de 1985 y transcribe algunos de sus apartes, especialmente aquellos que califican a la actividad financiera de servicio público y los que se refieren a la regulación interventora del Estado en dicha materia, de acuerdo con el artículo 32 de la Constitución Nacional.

Afirma que las competencias constitucionales del Estado, respecto del derecho de propiedad privada 1. son taxativas, a saber: expropiación por motivos de utilidad pública, intervención, adopción de medidas para asegurar su función social y evitar su inmovilización, tributo o pena; 2. que la facultad de intervención del Estado en la economía permite imponer a los particulares determinadas actividades sobre sus bienes, pero no para desplazarlos de la titularidad de su dominio y, 3. que a pesar de los diferentes conceptos de tasa, impuestos, contribución, tarifa, etc., todos ellos deben ser establecidos por medio o por mandato de la ley.

Lo anterior lo respalda en diferentes citas jurisprudenciales y aplicándolo al tema controvertido, afirma que la Ley 117 de 1985 estableció un mecanismo para efectuar traslados de propiedad entre

los particulares y el Fondo: Es el pago de "primas" para lo cual la Junta Directiva del Fondo estaba autorizada por el artículo 9º, literal b) de la Ley 117 de 1985.

Y en cuanto a la necesidad de ley para efecto de fijar impuestos, contribuciones, tasas, tarifas, etc., precisa:

"La ley incluye entre los objetivos del Fondo 'organizar y desarrollar el sistema de seguro de depósito" (art. 2º, literal d) dio a la Junta Directiva la facultad de crear el sistema, y de de regularlo (art. 9º, literal c). Se señaló pautas generales al sistema (art. 10). Y, concretamente, autorizó a cobrar primas (art. 9º, literal b); (art. 10, literales 'c' y 'd'). Todas las normas aludidas fueron declaradas constitucionales y, por tanto, deben interpretarse en tal forma que puedan producir efectos. De modo que, en la medida en que pueda afirmarse que el seguro de depósitos es una institución de naturaleza tributaria, habrá que admitir, también, que tiene origen en la ley, y que esa ley debe ser obedecida.

"En cuanto a la facultad de cobrar esas primas a personas distintas de las instituciones financieras, ella surge, también, de la ley porque la obligación de 'preservar el equilibrio y la equidad económica' (art. 2º de la Ley 117 de 1985) exige que los beneficiarios del seguro contribuyan a financiarlo: la Corte había llegado a afirmar que los establecimientos públicos no pueden prestar servicios en forma gratuita sin autorización expresa de la ley. La resolución no obliga a nadie a tener depósitos en las instituciones financieras; quien los tenga, y se beneficie del seguro, debe pagar por ello".

Cita en respaldo de lo anterior dos sentencias de la Corte Suprema de Justicia; de 27 de agosto de 1973 y de 11 de septiembre de 1969.

—Considera la recurrente que en cuanto la Constitución Nacional no determina los límites de la intensidad legislativa, las leyes pueden regular íntegramente una materia o limitarse a fijar unas normas básicas u orgánicas, normas que serán desarrolladas por el ejecutivo. Por ello afirma que el legislador tiene la atribución de determinar la medida de su competencia legislativa y al expedir la Ley 117 de 1985 estableció unas normas generales, atribuyéndole al Fondo la competencia para organizar el seguro de depósito, definir la oportunidad para hacerlo y reglamentarlo, por ser el ente especializado.

Anota que esas materias bien pudieron haber sido reguladas por el legislador directamente pero que se hizo "...un traslado de competencia que responde al mandato de intervención del artículo 32 de la Constitución y cuyo ejercicio mal puede ser valorado como contrario a la ley que lo autoriza..."

Por ello concluye que las facultades del Fondo son amplísimas y "envuelven un poder pleno en todos los aspectos en que no legisló directamente el Congreso o en que se limitó, como en el caso en estudio, a fijar unas restricciones a la potestad de creación y regulación dada al Fondo, dejando lo demás a la discreción de la Junta Directiva de éste".

Califica de irrelevante el que la Ley 117 no mencione a los ahorradores y depositantes como sujetos pasivos de la obligación de tomar el seguro y pagar sus primas, toda vez que la ley dejó ese y otros aspectos relacionados con el citado seguro, como tema de regulación y desarrollo por parte de la Junta Directiva del Fondo.

Si, como lo expresó la Corte Suprema de Justicia se trata de una garantía estatal y de un servicio público, su costo debe ser compartido por las instituciones financieras y por quienes las utilizan.

Y en cuanto al monto de las primas, reitera que no puede hablarse de violación de la Ley 117 de 1985, por cuanto esa regulación también correspondía hacerla a la Junta Directiva del Fondo.

—Finalmente con relación al cuestionamiento que se hace del artículo 23 de la Resolución demandada, hace las siguientes observaciones:

Dicho artículo no dice con qué recursos han de atenderse pasivos, constituir reservas, ni atender costos, todo ello lo puede hacer el Fondo con cualquiera de sus recursos previstos en el artículo 4º de la Ley 117 de 1985. Por ello afirma que el artículo 23 solamente indica el momento en que se cambiará la actual estructura de primas.

No es cierto que la garantía que debe ofrecer el Fondo sea nugatoria durante un lapso indefinido, ya que dicha garantía existe desde el momento en que los beneficiarios y los intermediarios comenzaron a cotizar y el citado artículo 23 de la Resolución demandada no puede entenderse en el sentido de que mientras no se hayan atendido los pasivos del Fondo, la garantía está en suspenso.

Tampoco es válida la afirmación de que si los recursos se emplean para cubrir los pasivos del Fondo, no se podrá cumplir con la garantía para ahorradores y depositantes, y no es válida porque para cumplir con sus funciones, el Fondo podría utilizar, no sólo los dineros recaudados por concepto de primas, sino también los demás previstos en el artículo 4º de la Ley 117 de 1985.

Lo anterior porque la capacidad del Fondo para cubrir las garantías no se limita a los resultados de un cálculo actuarial y a la constitución de reservas, ya que a diferencia del sistema de seguros que manejan las compañías aseguradoras, el Fondo, debe responder con las reservas que tenga, con sus activos y con todos los recursos previstos por el legislador.

Si no fuere así, "...no sería posible siempre atender las garantías en los porcentajes expresamente señalados por el legislador, sino que tendría que limitarse a las cifras posibles, dentro del nivel de las reservas constituidas".

El hecho de que el Fondo cancele pasivos con el dinero recaudado por primas, no significa que se quede sin recursos para atender las garantías, pues a medida que reduzca sus pasivos, sus activos

que están representados en acciones de instituciones financieras y en inversiones varias, van quedando liberados. El citado artículo 23 establece una sustitución de pasivos, pero no afecta los activos.

Para terminar, la distinguida recurrente, pone de presente que todo lo anterior permite afirmar que la relación entre las primas, las garantías que ofrece el Fondo y los pasivos y activos del Fondo "...no es tan sencilla como para que pueda apreciarse, simplemente, leyendo el artículo 23 de la Resolución número 1 de 1988" y anota que el argumento planteado por el actor, en el sentido de que la atención de pasivos dejaría al Fondo sin recursos para atender las garantías es una afirmación de hecho y no de derecho, que requiere pruebas sobre los estados financieros del Fondo.

B) *Recurso de la parte impugnadora de la demanda.*

El doctor Mauricio A. Cárdenas Rivera con fundamento en el artículo 146 del Decreto 01 de 1984, en memorial presentado el día 6 de septiembre de 1988 y el cual obra a folios 58 a 88 del expediente, solicitó se le reconociera como parte impugnadora e interpuso recurso de súplica contra el numeral 2º del auto de Sala Unitaria de 16 de agosto pasado, mediante el cual se ordenó la suspensión provisional de algunas disposiciones de la Resolución 01 de 1988 de la Junta Directiva del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras.

Por medio de auto de Sala Unitaria de 14 de septiembre del presente año fue reconocido el citado memorialista como parte impugnadora, lo cual permitiría a la luz del artículo 154 del Decreto 01 de 1984, atender el recurso de súplica por él interpuesto, sin embargo, observa la Sala, que dicho recurso fue interpuesto extemporáneamente.

En efecto: según el artículo 183 del Decreto 01 de 1984 por medio del cual se regula el recurso de súplica, expresamente se establece que éste puede interponerse dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del auto recurrido y en el caso de autos, la providencia recurrida fue notificada por anotación en *Estado* el 1º de septiembre (jueves) o sea que el término para interponer los recursos de súplica venció el día 5 de septiembre (lunes) y como el citado recurso fue presentado por el impugnador el día 6 de septiembre, la Sala no lo considera por extemporáneo.

Alegato del actor:

El actor se opone a la prosperidad del recurso interpuesto por el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras y para ello argumenta:

—La suspensión provisional decretada se ajusta en un todo a la ley: fue expresamente solicitada en capítulo especial del escrito de demanda, fue debidamente sustentada, "...haciendo explícita, mediante confrontación normativa, la contradicción manifiesta de normas superiores en que incurren las disposiciones acusadas..."

—Transcribe los apartes del auto recurrido que sirvieron de fundamento a la suspensión provisional decretada que se refieren 1. a

quiénes son los obligados a asegurarse del riesgo que gravita sobre los ahorradores y depositantes por los comportamientos de los intermediarios financieros; 2. a la no inclusión a nivel legal de los ahorradores y depositantes como sujetos pasivos en la obligación de tomar el seguro y 3. a la desviación de los recursos recaudados por concepto de primas para el pago de pasivos del Fondo según el artículo 23 de la Resolución demandada y concluye que:

"Como puede apreciarse con facilidad, para decretar la suspensión solicitada, respecto de las disposiciones que fueron objeto de la misma, no tuvo el señor Consejero Ponente, que recurrir a complicados mecanismos de interpretación. Los razonamientos que guían la providencia referida son precisos y concisos dada la evidencia de la transgresión de las disposiciones superiores, invocadas expresamente en la petición de suspensión, en que incurrieron las disposiciones suspendidas".

En consideración a lo afirmado por la recurrente, reitera algunos planteamientos hechos en la demanda, los cuales a su juicio "...habrán de ser debidamente analizados en la oportunidad procesal apropiada ya que tocan con los, esos sí, complicados aspectos de fondo que serán resueltos en la sentencia que ponga fin al proceso..." y afirma:

—Que la Corte Suprema de Justicia declaró la constitucionalidad de los artículos pertinentes de la Ley 117 de 1985, y afirmó que el Fondo "es persona jurídica de derecho público, que por voluntad soberana del legislador ostenta especiales características administrativas, funcionales y patrimoniales" y que "...evidentemente, el conjunto de las características propias señaladas en la Ley 117 de 1985, imponen concluir que el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras corresponde en sus elementos a las entidades que la ley, en desarrollo de las previsiones constitucionales, califica como establecimientos públicos y por ello en cuanto dice tener relación con el examen de su constitucionalidad, deben conformarse a las precisas facultades y condicionamientos que en esa materia consagra la Carta". (*Foro Colombiano,* núm. 218, agosto de 1987, pág. 161, *in fine*).

Agrega que por ello "...el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, en ejercicio de las especiales funciones atribuidas por el legislador, debe observar su propio contexto normativo y los principios que condicionan y tutelan su acción. Evidentemente que no puede el Fondo, so pretexto de una pretendida amplitud de las atribuciones legales ocupar el lugar del legislador y regular como sólo éste podría hacerlo "una materia que bien pudo haber sido objeto de su legislación directa, en un traslado de competencia que responde al mandato de intervención y cuyo ejercicio mal puede ser valorado como contrario a la ley que lo autoriza" (lo transcrito entre comillas corresponde al memorial de recurso de súplica pág. 7ª).

—Con relación a las implicaciones de la declaratoria de constitucionalidad de normas que hace la Corte Suprema de Justicia afirma que ella tiene como consecuencia, de manera imperativa "la consideración de su armonía con el conjunto de las disposiciones constitucionales y por ello la interpretación y aplicación de las mismas debe

realizarse en el sentido de que produzcan efectos dentro del marco constitucional y no el sentido de que produzcan efectos aún contra el texto y el contexto de la Constitución Política".

—La circunstancia de que la Ley 117 de 1985 sea una ley de intervención no significa a la luz de nuestro régimen constitucional, "habilitación para el desconocimiento del esquema organizativo señalado en el Estatuto Superior del Estado, ni de la jerarquía normativa establecida". Por ello, cuestiona las afirmaciones de la recurrente en el sentido de que la Constitución Política no limita la intensidad legislativa del Congreso y las leyes pueden regular íntegramente una materia o fijar apenas pautas generales o normas básicas, sin entrar en detalles.

—Agrega que no puede desconocerse el ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución, según el cual la potestad reglamentaria corresponde al Presidente de la República y se ejerce respecto de todas las leyes, en cuanto es necesario para su cumplida ejecución y aplicación y su amplitud es inversamente proporcional al mayor o menor contenido de la ley reglamentada.

Cita el libro "Derecho Administrativo - Jaime Vidal Perdomo. Temis 9ª Edición 1987, página 39", para referirse a la tesis doctrinal, también compartida por la jurisprudencia, de que por limitación normativa de algunas leyes, ciertas materias constitucionalmente determinadas, es más amplia la posibilidad de reglamentación y ello sucede precisamente con los reglamentos de las leyes de intervención en la economía.

Recuerda que dentro de este contexto, la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 9 de junio de 1987, declaró inconstitucional el artículo 12 de la Ley 117 de 1985 por cuanto sustraía el nombramiento del Director del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras de la competencia constitucional del Presidente de la República como Jefe de Estado y Suprema Autoridad Administrativa.

—Con base en los artículos 2º y 10 de la Ley 117 de 1985, distingue entre los objetivos del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras que es "la protección de la confianza de los depositantes y acreedores en las instituciones financieras inscritas, preservando el equilibrio y la equidad económica e impidiendo injustificados beneficios económicos o de cualquier otra naturaleza de los accionistas y administradores causantes de perjuicios a las instituciones financieras" (art. 2º, Ley 117 de 1985) y el objetivo específico del seguro de depósito, explícitamente señalado en el literal a) del artículo 10 de la Ley 117 de 1985, como el de "ofrecer una garantía adecuada a ahorradores y depositantes de buena fe, dentro de los topes que señale la Junta Directiva".

Por lo anterior concluye que: "...no es de recibo jurídicamente, confundir los objetivos generales del Fondo con los del seguro de depósito, y menos atribuir a este último el objetivo legal general que compete al Fondo con la totalidad de su patrimonio e ingresos.

"De manera que si bien el Fondo debe con sus recursos, abstracción hecha de su proveniencia, de su fuente, proveer al cumplimiento

de su objeto legal y dentro de él a la protección de ahorradores y depositantes, es evidente que el Fondo sólo puede destinar los recursos que provengan del seguro de depósito a ofrecer la especial y adecuada garantía de acreedores y depositarios de buena fe, y no a otras finalidades aunque ellas estén contempladas en la ley como propias del Fondo".

—Con relación a lo dicho por la recurrente de que "la afirmación del actor según la cual la atención de pasivos dejaría al Fondo sin recursos para honrar sus garantías, es una afirmación de hechos, y no de derecho..." Considera que de acuerdo con el planteamiento hecho en la demanda al respecto, el cuestionamiento se refiere a la violación manifiesta del artículo 10 de la Ley 117 de 1985 cuando prescribe como finalidad del seguro de depósito, la de ofrecer una garantía adecuada a ahorradores y depositantes de buena fe, y por ello los recursos provenientes del seguro deben destinarse a esa garantía, mientras que el artículo 23 de la Resolución demandada prevé que esos recursos se utilicen para el pago de pasivos del Fondo.

Lo anterior es cuestión de derecho y no se requiere la prueba de los hechos que de allí se desprendan, para establecer si hay o no una manifiesta violación normativa.

Finalmente el actor transcribe los siguientes apartes del memorial de la recurrente y subraya:

"...c) *Si el Fondo paga pasivos con las primas, ello no significa, de manera alguna, que se quede sin medios para honrar sus garantías.* En efecto, en la medida en que el Fondo reduzca sus pasivos, sus activos van quedando liberados para atender la necesidad eventual de honrar la garantía otorgada a depositantes y ahorradores. Estos activos están representados, hoy, en acciones de instituciones financieras que se adquirieron a un centavo, en préstamo a las instituciones financieras, y en inversiones varias.

"El artículo 23, pues, no prevé otra cosa que una sustitución de pasivos, pero en nada afecta los activos. El Fondo debe hoy al Banco de la República, a la Federación Nacional de Cafeteros y a las mismas Instituciones financieras inscritas; al usar los recursos del seguro deberá menos a estas entidades, y más al público. Cuando se haya realizado totalmente la sustitución de pasivos, todos los activos del Fondo y no sólo los que provengan de las primas estarán disponibles para atender la garantía de ahorradores y depositantes. Por eso es tan lógico que entonces, en ese momento, se devuelvan unas primas y se reduzca otros" (Subrayas fuera del texto, págs. 10 y 11).

Consideraciones de la Sala:

La suspensión provisional es una medida cautelar de carácter excepcional y por ello, de aplicación restrictiva: Lo anterior, enfrente a la ejecutoriedad y presunción de legalidad, atributos propios del acto administrativo.

Por ello, este importante instrumento de protección jurídica de los administrados se encuentra debidamente regulado en la legislación

positiva, y cuando de una acción de nulidad se trata, para que se puedan suspender los efectos de un acto administrativo, se exige que: La medida se solicite en la demanda o en escrito separado antes de dictarse el auto admisorio de aquélla, que se sustente de modo expreso y que a través de una sencilla comparación o del examen de las pruebas aportadas se perciba la manifiesta violación de una norma superior por parte del acto cuya suspensión se solicita.

En consideración a los diferentes planteamientos que con oportunidad de la suspensión provisional decretada, se han hecho tanto por la parte recurrente, como por el actor, la Sala estima conveniente hacer las anteriores precisiones para ubicar el debate en la oportunidad procesal que le corresponde, al decidir un recurso de súplica enfrente a la decisión de Sala Unitaria que ordenó la suspensión provisional de algunas de las normas demandadas y evitar hacer pronunciamientos respecto de temas y puntos de controversia que corresponden a una decisión de fondo.

Precisado lo anterior, se observa que el actor, en el mismo escrito que contiene su demanda, en capítulo especial solicita expresamente la suspensión provisional de las normas demandadas y en este capítulo precisa: Los artículos de la Resolución demandada cuyos efectos solicita sean suspendidos, las normas concretas que se consideran violadas y desarrolla el concepto de violación que a su juicio es manifiesta.

Con lo anterior se cumplieron los requisitos ya enumerados que la ley exige para la solicitud de suspensión provisional de los efectos jurídicos de un acto administrativo y corresponde a la Sala verificar si se percibe la violación de una norma superior a través de "una sencilla comparación" tal como lo consideró el auto recurrido y lo cuestiona la distinguida recurrente.

Teniendo en cuenta los fundamentos del acto recurrido, para verificar lo anterior es del caso analizar los siguientes aspectos:

1. Obligatoriedad para los ahorradores, acreedores y depositantes de tomar el seguro y pagar la prima respectiva.

2. Destinación de los recursos recaudados por concepto de primas correspondientes a los seguros de depósito.

1. *Obligatoriedad para los ahorradores, acreedores y depositantes de tomar el seguro y pagar la prima respectiva* (arts. 2º, 5º 6º, 7º y 8º de la Resolución número 1 de 1988 de la Junta Directiva del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras).

La Ley 117 de 1985, mediante la cual "se crea el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, se determina su estructura y se dictan otras disposiciones" se refiere al seguro de depósito en tres de sus artículos a saber:

—*Artículo 2º, literal d):* Cuando al enumerar las funciones del citado Fondo, precisa como una de ellas la de "organizar y desarrollar el sistema de seguro de depósito..."

—*Artículo 9º, literal c):* Cuando al precisar las funciones de la Junta Directiva del Fondo le asigna, la de "regular el seguro de depósitos cuando decida crear éste".

—*Artículo 10:* Según el cual la Junta Directiva del Fondo podrá organizar el seguro de depósitos "...con base en los siguientes principios:

"a) Ofrecer una garantía adecuada a ahorradores y depositantes de buena fe, dentro de los topes que señala la Junta Directiva. La garantía no podrá exceder el 75% de los topes fijados;

"b) Cumplir con los postulados de austeridad y eficiencia en la asunción del riesgo;

"c) Las primas se establecerán de manera diferencial o se preverá un sistema de devoluciones, atendiendo, en ambos casos, a los indicadores financieros y de solvencia de cada entidad inscrita, con base en los criterios técnicos que periódicamente determine la Junta Directiva;

"d) Cuando existan circunstancias que demuestren la relación o participación de algún depositante con las causas motivadoras de quebrantamiento de la entidad financiera, podrá dejarse en suspenso el reembolso de los respectivos depósitos, mientras se declare judicialmente, a instancia de la parte, tal relación o participación, y

"e) Las primas a cargo de las entidades financieras inscritas no podrán pasar de una suma equivalente al cero punto cinco por mil (0.5/1.000) del monto de sus depósitos a la vista, de ahorro o a término, según el caso".

De la lectura cuidadosa de las anteriores disposiciones, y en especial del citado artículo 10 cuya violación se alega expresamente, se puede establecer que no se hace referencia a los ahorradores, acreedores y depositantes como sujetos pasivos de la obligación de tener asegurados sus depósitos, obligación que sí prescribe el citado artículo para las entidades financieras inscritas y respecto de las cuales además, se regula allí lo relativo a los límites de la garantía y del monto de las primas.

Por el contrario, en la Resolución demandada y concretamente en sus artículos 2º, 5º, 6º, 7º y 8º se establece que dichos ahorradores, acreedores y depositantes deben tomar obligatoriamente el Seguro de Depósitos, que deben pagar una prima anual y se regula lo relacionado con el monto de la misma.

De la comparación de las disposiciones anteriores concluye la Sala que la Resolución demandada desconoció y rebasó el límite que expresamente le fijó el legislador para el ejercicio de la competencia que éste mismo le asignó de organizar el seguro de depósito, pues adicionó el marco del seguro previsto a nivel legal al establecer unos sujetos pasivos de la obligación no incluidos. Si se tiene en cuenta que la actividad en este caso ejercida por el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras es una actividad necesariamente subordinada

a la ley, de acuerdo con el principio de la legalidad y en el caso concreto con unos parámetros expresos, al desbordarlos se presenta una manifiesta violación de la norma que los prescribe.

2. *Destinación de los recursos recaudados por concepto de primas correspondientes a los seguros de depósito* (art. 23 de la Resolución número 1 de la Junta Directiva del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras).

El cuestionado artículo 23 de la Resolución aquí demandada, prescribe que una vez que el Fondo haya recaudado recursos que le permitan atender los pasivos a su cargo y constituir las reservas apropiadas para atender los riesgos que asume y cubrir sus costos administrativos, dispondrá la devolución o reducción de primas según se trate de entidades financieras inscritas o de ahorradores, depositantes o acreedores.

Dentro de los citados recursos se encuentran incluidos los recaudados por concepto de primas del seguro de depósito, y según tal disposición, podrán ser destinados para un fin diferente del que la Ley 117 de 1985 (art. 10, literal a) previó con su creación como es el de "ofrecer una garantía adecuada a ahorradores y depositantes de buena fe", con lo cual evidentemente, como lo dijo el auto recurrido se desconoce la norma superior citada como violada, toda vez que de acuerdo con dicho artículo, el Fondo debe destinar los recursos provenientes de los seguros de depósitos a ofrecer la garantía adecuada a quienes utilizan el sistema financiero, tal como lo ordena la ley.

Más, cuando el artículo 4º de la Ley 117 de 1985, no incluye dentro de los recursos propios del Fondo, los fondos obtenidos por concepto de primas de seguros de depósito.

La anterior violación, surge de la simple confrontación entre el acto demandado y concretamente su artículo 23 y el artículo 10, literal a) de la Ley 117 de 1985, por lo cual, es procedente mantener la suspensión provisional del citado artículo 23 de la Resolución número 1 de 1988 aquí cuestionada.

Tal como lo plantean, tanto la distinguida recurrente, como el actor al oponerse a la prosperidad del recurso, los otros argumentos propuestos, tales como la naturaleza jurídica del seguro de depósito, sus elementos esenciales, el alcance de las competencias del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras en ejercicio de su función de "organizar" el seguro de depósito, las facultades que al citado Fondo le corresponden como "persona jurídica de derecho público y de naturaleza única", la naturaleza de la Ley 117 de 1985 y sus consecuencias, la potestad reglamentaria del Presidente de la República enfrente a dicha ley, son todas cuestiones de fondo cuya dilucidación implica un análisis y estudio que va más allá de una simple y "sencilla comparación" y deben resolverse en la sentencia de mérito, luego del debate procesal pertinente.

Finalmente, y con relación a la afirmación que se hace en el auto recurrido de que algunas de las normas demandadas ya fueron modificadas, adicionadas o derogadas por decisiones posteriores proferidas

por la Junta Directiva del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, considera la Sala pertinente mencionar la prohibición consagrada en el artículo 158 del Decreto 01 de 1984, de reproducir actos administrativos ya anulados o suspendidos.

Por lo expuesto el Consejo de Estado por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso,

Resuelve:

Confírmase el auto suplicado.

Cópiese, publíquese, notifíquse, devuélvase el expediente al despacho del Consejero sustanciador para que continúe su trámite.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Jaime Abella Zárate, Carmelo Martínez Conn.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

SUSPENSION PROVISIONAL. CODIGO NACIONAL DE TRANSITO.— Violación de normas superiores.

La Sala encuentra evidente la transgresión en que el acto acusado incurre frente a las normas superiores del Código Nacional de Tránsito Terrestre.

CONFIRMASE EL DECRETO DE SUSPENSION PROVISIONAL de la Resolución 003 de 6 de enero de 1984 del Director del Departamento Administrativo de Tránsito y Transportes de Bogotá, dictado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., primero de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Guillermo Benavides Melo.*

Proyectó: *Doctor Luis Miguel Quiñones F.*, Magistrado auxiliar.

Referencia: Expediente número 552. Actor: Jafizza Ivonne Namen. A.

Se resuelve el recurso de *apelación* contra la providencia de 30 de enero de 1986, mediante el cual el *a quo* admitió la demanda y decretó la suspensión provisional del acto acusado. El recurso está enfocado en cuanto a la adopción de la medida cautelar.

Antecedentes:

En ejercicio de la acción pública la ciudadana Jafizza Ivonne Namen Amador demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca la nulidad de la Resolución número 003 de 6 de enero de 1984, proferido por el Director del Departamento Administrativo de Tránsito y Transportes de Bogotá, D. E.

La demanda fue admitida por auto de 30 de enero de 1986, en el cual también el Tribunal de origen decretó la medida precautelativa provisional del acto atacado.

Por conducto de apoderado el Personero del Distrito Especial de Bogotá interpone el recurso de apelación contra el ordinal 2º del auto de 30 de enero de 1986, que suspende provisoriamente la Resolución materia de la acción. Después de ser resuelto el recurso de queja, procede desatar la apelación incoada, por haberse admitido, para lo cual

Se considera:

En el auto de 30 de enero de 1986 el *a quo* accedió a decretar la medida cautelar provisional pedida por la demandante, dado que de la simple confrontación que exige el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo se percibe *prima facie* que la Resolución 003 de 1984 viola flagrantemente las normas superiores que cita la actora como infringidas, esto es, los artículos 17, 20 y 33 del Código Nacional de Tránsito Terrestre (Decreto-ley 1344 de 1970), puesto que el artículo 1º del acto acusado adiciona al artículo 20 del Decreto-ley 1344 de 1970 en cuanto a los requisitos exigidos para expedir la licencia de conducción, al agregar que el interesado debe comprobar su idoneidad "conduciendo con autonomía por la ciudad, durante el término de seis meses"; además, porque durante el mismo término de 6 meses el parágrafo del artículo 1º del acto acusado exige al interesado que deberá portar un "permiso provisional", en contraposición al artículo 33 del citado Código y, finalmente, porque restringe la validez de la licencia de conducción únicamente para el territorio del Distrito Especial.

La impugnadora apelante afinca su recurso en lo siguiente: a) Conforme al artículo 3º del Código Nacional de Tránsito Terrestre, la Dirección Distrital de Tránsito es autoridad de tránsito; b) El numeral 5 del artículo 20 del mismo Código dispone que "para obtener la licencia de conducción se requiere (...) demostrar aptitud para conducir el vehículo respectivo"; c) La forma de establecer tal aptitud es "fijado un período de 6 meses, durante el cual el aspirante a obtener por primera vez licencia de conducción, podrá hacerlo amparado por una provisional, que obviamente es restringida al territorio del Distrito Especial de Bogotá; d) El artículo 33 del Código citado se refiere al trámite para expedir la licencia de conducción y prevé un permiso provisional; c) El acto acusado establece los requisitos para aprobar exámenes, con base en el artículo 20-5 del Código Nacional de Tránsito Terrestre; f) El artículo 17 de tal Código dice que para obtener la licencia de conducción se deben demostrar aptitudes para conducción; y g) El acto acusado establece requisitos para quienes "vayan a obtener licencia de conducción por primera vez", requisitos que no son "para quienes vayan a revalidar la licencia".

La Sala encuentra evidente la transgresión en que el acto acusado incurre frente a las superiores normas del Código Nacional de Tránsito Terrestre, adoptado por el Decreto extraordinario número 1344 de 4 de agosto de 1970, modificado posteriormente por el Decreto extraordinario número 2169 de 1970 y ulteriormente por la Ley 33 de 3 de febrero de 1986. Y tal transgresión flagrante se evidencia por lo siguiente:

Conforme al artículo 17 del Código Nacional de Tránsito Terrestre, tal como fue modificado por el artículo 7º de la Ley 33 de 1986, "la licencia de conducción es un documento público de carácter personal e intransferible con validez en todo el territorio nacional..." En consecuencia, cuando el acto acusado en su artículo 2º dispone que el "Permiso Provisional de Conducción" creado por la Resolución 003

de 1984, "no podrá utilizarse para conducir fuera del perímetro urbano del Distrito Especial de Bogotá", está quebrantando de modo grosero el mandato superior.

De modo semejante, cuando el acto acusado "exige como requisito adicional" para expedir la licencia "definitiva" de conducción "comprobar la idoneidad del interesado conduciendo con autonomía por la ciudad, durante el término de seis (6) meses", va más allá de la norma superior, en este caso el artículo 20 del Código Nacional de Tránsito Terrestre, modificado por el artículo 10 de la Ley 33 de 1986, que establece los requisitos para "obtener la licencia de conducción", entre los cuales requisitos no aparecen los creados por el artículo 1º del acto atacado.

De igual manera, cuando los artículos 1º, 2º, 3º, 4º y 5º de la Resolución 003 de 1984, exigen tal licencia provisional, violan el Código de Tránsito Terrestre, el cual no prevé ni establece dicha licencia.

De suerte que la violación de las disposiciones superiores por parte de la resolución atacada, resulta manifiestamente evidente y palmaria, por lo cual habrá de recibir confirmación el ordinal 2º de la providencia del *a quo* recurrido en apelación.

Tal quebranto es ostensible tanto para las disposiciones orginales del Decreto extraordinario 1344 de 1970, como para las normaciones introducidas a dicho Código a manera de modificación por el Decreto extraordinario 2169 de 1970, Decretos estos dos vigentes cuando se expidió el acto acusado. E igualmente la violación es patente en cuanto hace a las modificaciones hechas al Código por la Ley 33 de 1986, es decir, por la supervención o advenimiento de nuevo derecho o, por ilegalidad sobreviniente. En consecuencia, no prospera el recurso apelatorio.

Con fundamento en las consideraciones precedentes, la Sección Primera de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado,

Resuelve:

1º *Confirmar* el ordinal 2º del proveído de 30 de enero de 1986, emitido por el Tribunal de origen, mediante el cual se decretó la suspensión provisional de la Resolución 003 de 6 de enero de 1984.

2º El Tribunal de primera instancia comunicará esta providencia a la Alcaldía Mayor de Bogotá, D. E. y a la Dirección del Departamento Administrativo de Tránsito y Transportes del Distrito Especial de Bogotá, con la prevención establecida en el artículo 158 del Código Contencioso Administrativo.

3º Sin costas en la instancia.

4º En firme esta providencia, vaya el expediente al *a quo*, previas las anotaciones de rigor.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha treinta y uno de octubre de mil novecientos ochenta y ocho.

Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Samuel Buitrago Hurtado, Simón Rodríguez Rodríguez, Ausente.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

SUSPENSION PROVISIONAL.— Comparación norma - acto.

La comparación exigida por el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo no debe hacerse entre las argumentaciones personales de las partes en conflicto, ni del entrechoque de sus tesis, sino en cuanto su síntesis lleve a la convicción de la nítida violación que se alega.

REVOCASE LA SUSPENSION PROVISIONAL del Acuerdo número 004 de 10 de junio de 1988 del Concejo Municipal de Istmina.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., primero de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Samuel Buitrago Hurtado.*

Proyectó: *Doctor Rodrigo Ramírez González,* Abogado auxiliar.

Referencia: Expediente número 1016. Apelación interlocutorios. Actor: Edgar E. Torres. Murillo.

Ante esta Corporación ha llegado en recurso de apelación el auto dictado por el Tribunal Contencioso Administrativo del Chocó el 25 de julio de 1988. Mediante esta providencia se admite la demanda presentada por el ciudadano Edgar Eulices Torres Murillo, Concejal del Municipio de Istmina contra el Acuerdo 004 de 10 de junio del corriente año, por el cual se aprobó la creación de la Contraloría de ese municipio. Pide además el libelista la suspensión provisional de ese acto administrativo, solicitud que es acogida por el Tribunal *a quo.* El recurso es interpuesto por el Fiscal de ese Tribunal con el fin de que "al revocar el auto que admitió la demanda por improcedente se deje sin efecto la orden de suspensión provisional del auto acusado". También es apelante el Alcalde del Municipio de Istmina representado por apoderado judicial en el proceso. La fundamentación de la alzada se centra en el hecho de haberse decretado la suspensión provisional del Acuerdo número 004 de 10 de junio de 1988 sin que apareciere violada ninguna norma superior, en forma particular el artículo 305 del Decreto 1333 de 1986 (C. de R. P. y M.). Esta norma fija un presupuesto anual superior a los cincuenta millones de pesos ($ 50.000.000.00) como requisito para que los Concejos Municipales puedan crear y organizar contralorías que se encarguen de la vigilancia en la gestión fiscal de la administración, excluyendo los recursos del crédito y las transferencias que se reciban de la Nación y del

Departamento. Divergen los apelantes del criterio del Tribunal que, en pleno acuerdo con el demandante, acoge su solicitud en la premisa de que los rubros correspondientes dentro del presupuesto municipal a las "participaciones de oro y platino" y al IVA debían ser excluidos de ese presupuesto y por lo tanto no podían engrosar el total presupuestal, requisito *"sine qua non"* para la creación de una contraloría municipal.

Se procede entonces a la decisión del recurso, no sin antes exponer las siguientes consideraciones:

En primer lugar habremos de referirnos a la viabilidad legal del recurso interpuesto por el representante del Ministerio Público. Manifiesta el dicho funcionario que apela para que se revoque el auto. Dada la claridad paladina del artículo 181 del Código Contencioso Administrativo que no consagra el recurso de la apelación para el auto admisorio de la demanda sino para su contrario, el inadmisorio (numeral 1º), habrá de decirse que éste es notoriamente improcedente en la circunstancia actual. El escrito del recurrente da lugar desde el comienzo a una especie de confusión terminológica siendo bueno observar, con la debida consideración que, en tratándose de la administración de la justicia, los términos deben ser claros y concisos, aún sacrificando el estilo a la claridad. Cuando se habla de "la providencia que acomete la demanda en el proceso de la referencia", no se sabe si se está hablando de una demanda admitida o inadmitida. Acometer, según el léxico normal, es embestir, atacar. No obstante lo dicho, el numeral segundo del artículo citado señala que el recurso procede contra el auto que resuelva sobre la suspensión provisional y como ambos recurrentes centran en ésta el objetivo de su ataque, a su análisis nos encaminaremos.

Al pedir la suspensión provisional del Acuerdo 004 de 10 de junio de 1988, el Concejal actor de este proceso, no obstante que no cumplió con el requisito procesal exigido por el artículo 137 del Código Contencioso Administrativo de explicar el concepto de la violación, señala como normas violadas las que seguidamente se comentarán:

a) Artículo 100 del Código de Régimen Municipal. Dispone que los Concejos elegirán funcionarios en las sesiones ordinarias inmediatamente anteriores a la fecha de iniciación del período del elegido y que en los casos de falta absoluta, lo podrán hacer en cualquier momento. Quizás pretende el demandante referirse a la elección del Contralor municipal, asunto que no es tratado en la providencia *sub exámine*. Por lo tanto, al no ser tampoco materia de este proveído, huelga hacer referencia al mismo.

Artículo 304 del Código de Régimen Municipal. Encarga este artículo la vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos y municipios a las contralorías departamentales, salvo lo que la ley determine respecto a contralorías municipales. Es completamente inconducente la citación de este artículo pues no aparece claro como pueda ser violada una norma que no está reglando las acciones cuya invalidez se demanda.

Artículo 306 del Código de Régimen Municipal. Dice que "los contralores municipales serán elegidos para períodos de dos años..." Tratándose de un asunto que no es objeto del recurso, es válido el comentario hecho sobre el artículo 100.

El artículo 305 del Código de Régimen Político y Municipal, autoriza a los concejos de los municipios cuyo presupuesto anual sea superior a cincuenta millones de pesos, sin incluir el valor de los recursos del crédito ni las transferencias que reciban de la Nación y del Departamento, para que creen y organicen contralorías que tengan a su cargo la vigilancia de la gestión fiscal de la respectiva administración.

Exige el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo para la suspensión provisional, que si la acción es de nulidad, basta que haya manifiesta violación de una norma superior, que se pueda percibir a través de una sencilla comparación o del examen de las pruebas aportadas. En el caso que nos ocupa, parece ser el artículo 305 del Código de Régimen Municipal la única norma de cuya violación se podría hablar y que es, en el acto acusado, el fundamento del decreto de suspensión provisional del Acuerdo número 004 de 1º de junio de 1988.

La comparación exigida por el artículo citado, no debe hacerse entre las argumentaciones personales de las partes en conflicto ni del entrechoque de sus tesis, sino en cuanto su síntesis lleve a la convicción de la nítida violación que se alega. No es pues una comparación horizontal entre las opiniones confrontadas sino un raciocinamiento vertical, un parangón entre la norma superior que está arriba y los actos administrativos que de ella pueden derivarse como la deducción de los efectos respecto a las causas. Así pues tenemos que el acuerdo emanado del Concejo Municipal de Istmina dice en el artículo primero de los considerandos: "Que el Municipio de Istmina tiene actualmente su presupuesto aforado en la suma de $ 178.099.158 moneda corriente para la vigencia fiscal que va de 1º de enero a el (sic) 31 de diciembre, del presente año". Y el artículo 305 del Decreto 1333 de 1986 (norma superior) autoriza, para crear y organizar contralorías a "los concejos de los municipios cuyo presupuesto anual sea superior a cincuenta millones de pesos". Hasta ahí es obvio el acomodamiento del acto a la norma superior.

Ahora bien, el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo exige "que la medida se solicite y sustente de modo expreso" y el artículo 137 de la misma codificación exige igualmente que "deberán indicarse las normas violadas y el concepto de la violación", requisitos de que carece la demanda y que hubieran sido causa de su inadmisión. No está sustentada la solicitud de suspensión provisional con ninguna prueba pues una copia del presupuesto del Municipio de Istmina que el demandante enumera como copia auténtica, no lo es tal ya que ni en la parte final (fls. 38 y 39 del expediente) aparece autenticación alguna. Y aún en el caso de que prestara mérito como prueba, aparece claro (fl. 17 del expediente) que el total de ingresos corrientes y de capital es de $ 174.099.158 (ciento setenta y cuatro millones noventa y nueve mil ciento cincuenta y ocho pesos).

Al decretar la suspensión, el Tribunal *a quo* se basa aparentemente, en un informe mal sumado o mal transcrito expedido por la Contraloría General del Departamento fechado el 28 de julio de 1988. Cómo lo pudo haber conocido la honorable Magistrada ponente cuatro días antes? El secretario de la Contraloría dice además que "por el presente me permito dar respuesta al suyo número 160 de ayer 27 de los cursantes". Ese oficio de "27 de los cursantes" no aparece en el expediente. Y tampoco aparece muy claro el por qué, dos días después de dictado un auto de suspensión provisional, el Tribunal pida una prueba que ni ha sido solicitada por las partes, ni ha sido decretada de oficio y cuyo resultado es consignado en dicho auto. No deja de ser por demás temerario hacer afirmaciones que encuadrarían más bien en los términos de una sentencia de fondo pues el exponerlas al principio del proceso no sólo harían éste nugatorio, sino que se caería en el peligro del prejuzgamiento. Aparece también notoriamente irregular la comunicación que el Tribunal le envió por medio del oficio número 166, constante a folio 59 del expediente, al Contralor General del Departamento del Chocó, informándole que el Acuerdo 004 de 10 de junio de 1988 emanado del Concejo Municipal de Istmina, ha sido declarado *nulo*, "para que se proceda al cumplimiento inmediato de esta determinación" (Las subrayas son del mismo oficio).

Otras consideraciones podrían hacerse en el análisis comparativo entre la norma superior alegada como violada y el acto acusado sobre el significado legal de las expresiones "participación del impuesto a las ventas IVA", "participación nacional en las rentas de oro y platino", "auxilios nacionales", "debido cobrar", "recursos del crédito" y "transferencias". No se hace alusión a ellas aún puesto que para el resultado de este recurso no se consideran necesarias y con el fin de no adelantar conceptos que podrían enturbiar el fin de la acción incoada cuya decisión corresponde al Tribunal *a quo*. Baste por ahora afirmar que la comparación entre el artículo 305 del Decreto 1333 de 1986 y el Acuerdo número 004 de 10 de junio de 1988 emanado del honorable Concejo Municipal de Istmina, no da pie para decretar la suspensión provisional del segundo tal como se hizo en la providencia apelada, aparentemente precipitada y rodeada de irregularidades que hacen ineludible su revocatoria en la parte pertinente.

En concordancia con lo hasta aquí expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelve:

Revócase el auto apelado proferido por el Tribunal Administrativo del Chocó el 25 de julio del año en curso, en la parte en que se decreta la suspensión provisional del Acuerdo número 04 de 10 de junio de 1988, emanado del Concejo Municipal de Istmina.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

La providencia anterior la discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día 31 de octubre de 1988.

Samuel Buitrago Hurtado, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Ausente con excusa; *Simón Rodríguez Rodríguez.*

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

SUSPENSION PROVISIONAL. ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. Carácter del perjuicio.

No es suficiente la simple conjetura de un perjuicio o que éste pueda suponerse en forma más o menos razonada por el Juzgador, o que el perjuicio sea el resultado de un estimativo subjetivo, sino que ese perjuicio debe ser real, y debe asumir características de importancia.

REVOCASE LA SUSPENSION PROVISIONAL de los efectos de la Resolución número 913 de 24 de mayo de 1984 emitida por la Superintendencia de Industria y Comercio.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Sala de Decisión.— Bogotá, D. E., diecisiete de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Samuel Buitrago Hurtado.*

Referencia: Expediente número 942. Autoridades nacionales. Actor: Sociedad Rafael V. Roa. V. Hermanos.

Contra la providencia dictada por el Consejero Guillermo Benavides Melo el 15 de julio del año en curso, los señores Aníbal Roa Villamil y Hernando Roa Villamil por conducto de sus apoderados interponen el recurso de súplica. En la providencia mencionada el señor Consejero ponente admitió la demanda formulada en acción de restablecimiento del derecho por la sociedad colectiva "Rafael V. Roa V. y Hermanos" "Sucesores" a través de apoderado, contra la Resolución número 913 proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio el 24 de mayo de 1988 y decretó la suspensión provisional del acto en mención.

Tramitado el recurso, procede la Sala de Decisión a resolverlo, para lo cual hace las consideraciones que siguen:

Consta en las diligencias que la sociedad demandante "Rafael V. Roa V. y Hermanos" "Sucesores" en reunión que celebró el 22 de agosto de 1985 excluyó a dos de sus socios, Aníbal y Ramón Hernando Roa Villamil, siendo autorizada por la Superintendencia de Sociedades para el otorgamiento de la escritura correspondiente sobre reforma estatutaria por medio de la Resolución número SL-DAL 09327 de octubre 17 del mismo año, a términos de los artículos 267, numeral f) del Código de Comercio y 2º del Decreto 584 de 1983. Contra el acto en mención los hermanos Aníbal y Hernando Roa Villamil interpusieron recurso de reposición el cual les fue resuelto en forma negativa.

La sociedad actora procedió entonces a solemnizar la reforma estatutaria de exclusión de los socios por medio de la escritura número 689 de 1986 que fue registrada en la Cámara de Comercio de Bogotá, bajo el número 185.647 de 20 de febrero de 1986. Contra este acto el señor Aníbal Roa Villamil interpuso recurso de reposición que fue resuelto por la Cámara de Comercio de Bogotá por medio de la Resolución número 016 de marzo 6 de 1986, confirmando la inscripción de la escritura número 689 de la Notaría 27 de Bogotá y concediendo el recurso subsidiario de apelación para ante la Superintendencia de Industria y Comercio, entidad que, mediante la Resolución número 0945 de 10 de junio de 1986 confirmó la providencia recurrida. No obstante lo anterior, los dos socios excluidos de la sociedad acudieron a la Notaría Sexta del Círculo de Bogotá el 11 de agosto de 1987 a otorgar la escritura pública número 5296, consignando en la cláusula cuarta de la misma que la decisión de exclusión no los desvincula de la sociedad como socios, hasta tanto no se les cancele lo que les corresponde, "o hasta tanto las autoridades competentes con providencia ejecutoriada no decidan que efectivamente se dieron las causales que motivan la exclusión..." asumiendo personalmente la facultad de administrar y representar legalmente a la sociedad "Rafael V. Roa V. & Hermanos" y consiguientemente la de usar la razón o firma social ante terceros en forma individual o separadamente. Sin embargo, en dicha escritura el señor Notario dejó constancia expresa de no asumir responsabilidad alguna por el contenido y alcance jurídico de las declaraciones emitidas por los comparecientes.

El 20 de agosto de 1987 los señores Aníbal y Hernando Roa Villamil presentaron ante la Cámara de Comercio de Bogotá para su inscripción la escritura 5296, entidad que procedió a solicitarles la correspondiente resolución de la Superintendencia de Sociedades que autorizara la escritura pública a términos del artículo 159 del Código de Comercio para efecto de su inscripción, obteniéndose como respuesta el que los interesados interpusieran por conducto de apoderado los recursos de reposición y el de apelación subsidiario. Mediante Resolución 050 de 1987 se rechazó por improcedente el recurso, y como el 22 de septiembre del mismo año se insistió en el registro de la escritura 5296, la Cámara de Comercio no accedió a ello por medio de la Resolución número 058 de 11 de diciembre del año en cita. Contra ésta última resolución los socios excluidos interpusieron el recurso de apelación para ante la Superintendencia de Industria y Comercio, siendo desatado mediante la Resolución número 913 de 24 de mayo de 1988 que revocó la recurrida, ordenando como consecuencia de ello a la Cámara de Comercio de Bogotá la inscripción de la escritura pública 5296 de 11 de agosto de 1987. La Resolución 913 de 24 de mayo de 1988 de la Superintendencia de Industria es la que ha sido objeto del recurso contencioso administrativo, con petición expresa de la suspensión provisional que fue descretada en el auto objeto del recurso de súplica.

El señor Consejero ponente accedió a la suspensión provisional por considerar que con el acto acusado la Superintendencia de Industria y Comercio quebrantó de manera manifiesta tanto el artículo 159 del Código de Comercio modificado por el artículo 13 de la Ley 44 de

1981 que prohíbe a las Cámaras de Comercio registrar las escrituras de reforma sin la previa autorización de la Superintendencia de Sociedades, en tratándose de sociedades como la presente sometidas a su control, "como el artículo 73 del Código Contencioso Administrativo, al revocar una situación jurídica particular y concreta de la actora (el registro número 185.647 y los derechos que comporta), sin el consentimiento expreso y escrito de ésta. Además, tal situación jurídica subjetiva y concreta de la actora, revocada contra lo ordenado por el artículo 73 del Código Contencioso Administrativo, había sido reconocida anteriormente por la misma Superintendencia de Industria y Comercio a través de su Resolución 945 de 1986. Con su acto administrativo aquí acusado, por contera esta Superintendencia invadió, tomando para sí, competencias que la ley entrega a la Superintendencia de Sociedades".

En extensos memoriales los señores apoderados de Aníbal y Hernando Roa Villamil controvierten el auto del señor Consejero ponente. El apoderado del primero expresa que el problema planteado en la demanda es el resultado de una gran pelea familiar que ha llevado a la familia Roa a recurrir a la jurisdicción ordinaria y a la Contencioso Administrativa, para que ésta sin competencia, trate de dirimir a través de un pretendido acto administrativo cuestiones exclusivamente familiares y comerciales, ambas de derecho privado, ya que toda la pelea tiene origen en actos de dominio y en un acto eminentemente comercial como lo es la exclusión de socios de una sociedad colectiva comercial. Hace hincapié el memorialista en que el acto acusado es un mero acto administrativo por cuanto se trata de la inscripción en un registro de un acto o hecho jurídico como prueba del mismo. Cita y transcribe providencias de esta Sala y conceptos de tratadistas nacionales y extranjeros, con respaldo en lo cual concluye que en el caso de autos se trata de un acto de inscripción o de registro formal de una novedad ocurrida en el seno de una sociedad comercial que ahora se pretende demandar ante esta jurisdicción, acto que no alcanza a ser administrativo porque no reúne los elementos constitutivos del mismo según el profesor Sayagués Lasso, para quien las actuaciones de esa naturaleza constituyen "meros actos administrativos" que no reflejan voluntad creadora ni inteligente de la Administración que está limitándose a cumplir un formalismo consignado en una ley de derecho privado. Consecuencialmente, dice, el acto acusado ni es un verdadero acto administrativo, ni su juzgamiento es de competencia de esta jurisdicción, razón por la cual el único camino procesal es decretar la nulidad de todo lo actuado y ordenar el archivo de la demanda.

Al entrar al análisis del auto de suspensión provisional, expresa el suplicante que no es cierto que la exclusión de los dos socios haya sido autorizada por la Superintendencia de Sociedades, ni tampoco que con fundamento en ella la escritura pública de reforma estatutaria se inscribió en la Cámara de Comercio, como tampoco que la Superintendencia de Industria y Comercio haya confirmado tal exclusión por la Resolución número 945 de 1986. Expresa que ninguna de las afirmaciones sobre las cuales se monta la suspensión provisional, se respalda en pruebas distintas a las afirmaciones de la demanda, siendo que uno de los deberes del Juez, según el artículo

37 del Código de Procedimiento Civil, numeral 4º es emplear los poderes que dicho Código les concede en materia de pruebas, "siempre que lo considere conveniente para verificar los hechos allegados por las partes..." Que no se sabe si el Presidente de la República en ejercicio de su facultad de inspección y vigilancia sobre las sociedades comerciales dictó algún acto que hubiera incorporado a la sociedad "Rafael V. Roa V. y Hermanos Sucesores" dentro de las sociedades que había de vigilar la Superintendencia de Sociedades, o si esa vigilancia obedece a situaciones especiales previstas en el Decreto 584 de 1983. Así mismo dice que en el auto se habla de una situación jurídica particular y concreta de la actora que se atribuye a "un simple acto de inscripción o registro (el registro 185.647 y los derechos que comporta) como si tales actos fueran constitutivos o creadores de tales situaciones".

Finalmente anota el señor apoderado de Aníbal Roa Villamil, que el efectivo o hipotético perjuicio debe ser estudiado por el juzgador para encontrar un elemento esencial capaz de sostener una suspensión provisional en una acción de restablecimiento del derecho como la pretendida con la demanda, que inspiró la medida provisional tomada por el auto recurrido que tenía que establecer plenamente el perjuicio como requisito sustancial de la misma. La demostración sumaria del perjuicio, agrega, significa prueba no controvertida, prueba que nunca recogió ni analizó el ponente que simplemente la hace consistir en una apreciación del autor de la demanda, que el auto se limita a transcribir sin comentario alguno y basándose en unos "procederes abiertamente fraudulentos imputados a don Aníbal Roa V.", procederes que fueron sometidos al conocimiento y apreciación de la justicia penal, mediante una falsa denuncia contra persona determinada.

Y como consecuencia de todo lo anterior pide el memorialista la nulidad de lo actuado hasta el momento por estar establecidas las causales contempladas en los numerales 1 y 2 del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil toda vez que según el inciso final del artículo 156 del mismo Código, esas nulidades no son saneables.

El señor Ramón Hernando Roa Villamil también suplica la providencia de 15 de julio último por conducto de apoderado, quien en primer término analiza el aspecto de la incompetencia por falta de jurisdicción, pues tanto el acto de exclusión de los señores Aníbal y Ramón Hernando Roa como la actuación contenida en la escritura 5296 y en la resolución acusada, constituyen en su opinión actuaciones que están comprendidas dentro del área jurídica del derecho comercial, así como el Código de Procedimiento Civil para los conflictos sobre exclusión de socios le asigna competencia a los Jueces civiles en su artículo 438. Por consiguiente si el Juez Civil decreta la nulidad de la inscripción de la escritura pública respectiva, "queda anulada automáticamente la autorización que para otorgarla haya dado la Superintendencia de Sociedades", lo que significa que son los Jueces Civiles los competentes para conocer de tales controversias; y del mismo modo la controversia sobre recuperación de la calidad de socio excluido corresponde a dichos Jueces. Dice así mismo el señor apoderado, que el acto administrativo no es tal por el simple hecho de que lo expida una autoridad pública, pues ese criterio subjetivo lo

eliminó el nuevo Código Contencioso Administrativo en su artículo 83 reemplazándolo por una noción objetiva, por el contenido y finalidad del acto cualquiera que sea la entidad que lo produzca como es el caso de los registros o inscripciones en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, que no constituyen actos administrativos y con mayor razón las inscripciones en la Cámara de Comercio. Por eso, agrega, el acto acusado no crea una situación jurídica subjetiva puesto que ella estaba creada con el otorgamiento de la escritura pública a la cual se refiere la Resolución demandada.

Al abordar el estudio de la suspensión provisional decretada asevera que ésta es contraria a la ley, pues el artículo 152 del Código Contencioso Administraitvo dice que si la acción es distinta a la de simple nulidad, "deberá aparecer comprobado, además, aunque sea sumariamente, el perjuicio que sufre o que podría sufrir el actor"; sin embargo, en el caso presente la parte demandante se limitó a afirmar que aun cuando no se ha producido perjuicio económico, puede llegar a sufrir un enorme perjuicio "por cuanto como se ve en la escritura que ordena inscribir el acto acusado..." se dispone entregar la representación legal a unas personas que fueron excluidas de las mismas por sus procederes abiertamente fraudulentos tal como aparece en la respectiva acta de exclusión. Pero de dichas afirmaciones dice el señor apoderado del impugnador, no puede derivarse un criterio cierto de que el acto acusado va a producir perjuicios a la sociedad demandante, pues en igual forma podría afirmarse que quienes intenten administrar con exclusión la empresa mencionada, son quienes pueden causarle inmensos perjuicios por su inexperiencia y desconocimiento del negocio.

Al emprender el estudio de las violaciones alegadas el memorialista analiza el artículo 13 de la Ley 44 de 1981 que modificó el artículo 159 del Código de Comercio comentando que si se estuviera en frente de su desconocimiento sería el otorgamiento de la escritura y no la decisión tomada por la Superintendencia de Industria y Comercio; que el acto notarial realizado por los hermanos Aníbal y Hernando Roa Villamil no corresponden a la clase de actos reformatorios de los estatutos sociales, sino al ejercicio de un derecho derivado de su condición de copartícipe en el capital social de la compañía que por ser colectiva su administración corresponde a todos y a cada uno de los socios según el artículo 310 del Código de Comercio, y por no ser el acto notarial número 5296 ni su registro en la Cámara de Comercio los actos acusados, no puede aspirarse a que la Resolución acusada haya violado en alguna forma el artículo 159 del Código de Comercio.

Comenta igualmente el señor apoderado que al señalar el actor como violado el artículo 73 del Código Contencioso Administrativo hace referencia a la Resolución 945 de junio 10 de 1986 de la Superintendencia de Industria y Comercio que confirmó la inscripción de la escritura otorgada por los socios Martha Liliana, Claudia Patricia y Marcela Roa Ocampo, quienes protocolizaron por ese medio decisiones tomadas en forma irregular el 22 de agosto de 1983; y no puede afirmarse que la Resolución 913 de 1988 de la Superintendencia de Industria y Comercio revocó algún acto administrativo de carácter particular y concreto, pues tanto la Resolución 945 de 1986 como la 913 de 1988 que obedecen a un mismo criterio jurídico en la aplicación

de la ley, se refieren a declaraciones de voluntad de grupos diferentes de socios, no pudiéndose calificar tales resoluciones sino como simples actos de trámite que no crean situaciones subjetivas y concretas ni en favor en contra de ninguno de los socios ni de la sociedad, ya que se está en presencia de un conflicto de carácter comercial entre socios de una sociedad colectiva.

El señor apoderado de la sociedad actora glosa por antitécnicos e injurídicos los escritos presentados por los apoderados de Aníbal y Hernando Roa Villamil, pues en el primero parece proponerse un incidente de nulidad que no reúne los requisitos del artículo 173 del Código de Procedimiento Civil; subsidiariamente se intenta el recurso de súplica para que sea revocada la suspensión provisional, siendo dicho recurso un medio de impugnación autónomo; y en el 2º se interpone la súplica contra el acto por medio del cual además de admitirse la demanda se decreta la suspensión provisional, solicitándose en forma principal la revocatoria de la admisión de la demanda; pero ésta tan sólo se puede impugnar a través de la reposición por ser una simple actuación de sustanciación, al paso que la suspensión sí puede ser controvertida a través de la súplica directa y no subsidiaria de otra petición. De otra parte, afirma, que el acto acusado en este proceso tiene una naturaleza que se inscribe plenamente en el ámbito del derecho público y que las decisiones que están sometidas al registro en la Cámara de Comercio se cumplen en dos fases: a) Una privada como es la decisión de adoptar una reforma del estatuto social impugnable en la justicia ordinaria, y b) Una que opera claramente en el campo del Derecho Administrativo que es la relativa a la inscripción de dichos actos en el registro mercantil donde no se tiene en cuenta el contenido mismo de la decisión de la sociedad, sino unos requisitos señalados por la ley para que dichas decisiones puedan llegar a ser registradas en desarrollo de facultad que la Carta atribuye al Presidente de la República como es la de inspeccionar y vigilar a las sociedades mercantiles, función que ejerce a través de la Superintendencia de Sociedades (art. 266 del C. de Co.) En el caso de autos la Resolución acusada tiene clara intención de producir efectos en derecho, que es la nota que tipifica con claridad a los actos administrativos.

De la lectura de los memoriales presentados por los apoderados de los impugnadores Aníbal y Ramón Hernando Roa Villamil, aparece claro para la Sala que la esencia de su posición frente al auto proferido por el señor Consejero ponente el 15 de julio del año en curso se orienta a varios planteamientos y peticiones; a) Una nulidad procesal de todo lo actuado en el proceso por configurarse las causales contempladas en los numerales 1º y 2º del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil insaneable al tenor del artículo 156 *ibídem;* b) La revocatoria del auto admisorio de la demanda para que en su lugar se disponga la inadmisión de la misma, y c) La revocatoria del auto de suspensión provisional.

En cuanto hace a lo primero, esto es, a la nulidad procesal planteada, élla habrá de rechazarse porque se ha propuesto irregular e injurídicamente ante esta Sala de Decisión, siendo que el Consejero competente para su trámite y decisión es el conductor del proceso,

puesto que así además queda expedito al proponente el camino para el recurso de súplica para ante el resto de los Consejeros de la Sala.

La petición de revocatoria del auto admisorio de la demanda también habrá de rechazarse puesto que el auto admisorio de una demanda tiene el carácter de auto de sustanciación que, como es sabido, sólo es susceptible del recurso de reposición para ante el Magistrado o Consejero ponente. No es pues acertado formular esa petición de revocación de la admisión de la demanda por los cauces del recurso de súplica.

Y en cuanto a la revocatoria del auto de suspensión provisional se tiene lo siguiente:

Expresa el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo que el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos podrán suspender los efectos de un acto mediante las siguientes reglas:

"Si la acción es la de nulidad, basta que haya manifiesta violación de una norma superior, que se pueda percibir a través de una sencilla comparación o del examen de las pruebas aportadas.

"Si la acción ejercitada es distinta de la de nulidad del auto deberá aparecer comprobado, además, aunque sea sumariamente, el perjuicio que sufre o que podría sufrir el actor".

En el caso presente se ha incoado la acción de restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo que tiene una demarcación bien diferente de la de simple nulidad, en la cual como reza la norma transcrita, basta la sola transgresión manifiesta del acto censurado a la norma superior indicada, al paso que la acción de restablecimiento no va encaminada solamente a la defensa de la legalidad sino que el demandante busca que se le restablezca en el derecho que ha sido violado por el acto acusado. Por manera que no sobresale tanto el interés general como el particular lesionado, puesto que hay un obrar administrativo que golpea y lastima al particular y así, la decisión administrativa es cuestionada jurisdiccionalmente con un móvil que no es exclusivamente altruista de defensa de la ley, sino que busca por lo general la satisfacción de un beneficio personal. Por eso precisamente el legislador exigió como requisito de indispensable observancia en las acciones distintas a la de nulidad, el que mediara, al decreto de la suspensión provisional, el perjuicio que sufre o que podría sufrir el actor y la prueba, aunque sea sumaria, de ese perjuicio.

No es suficiente pues la simple conjetura de un perjuicio o que éste pueda suponerse en forma más o menos razonada por el juzgador, o que ese perjuicio sea el resultado de un estimativo de carácter esencialmente subjetivo al cual sólo puede llegarse después de complejos análisis, sino que ese perjuicio debe ser real, verdaderamente efectivo nada de hipotético. Y el perjuicio debe igualmente asumir características de importancia, de consideración, casi de enormidad o de exceso, puesto que en verdad no es suficiente el simple menoscabo económico transitorio.

Y es que la exigencia del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo en cuanto hace a la suspensión provisional en acciones

distintas de la de nulidad, no puede pasar desapercibida para el juzgador ya que en la provocación del contencioso de restablecimiento, se repite, más que el interés altruista de prevalencia del orden jurídico, hay un interés privado del demandante afectado con el acto de la administración que impugna y por ello la suspensión provisional debe estar rodeada de mayores exigencias que son las que van a darle un margen de seriedad jurídica a ese obstáculo que va a encontrar el acto acusado con esa medida.

En el caso que ocupa la atención de la Sala ciertamente que el perjuicio no está claro, ni debidamente probado, hablándose en la demanda de un posible perjuicio al decirse que "el perjuicio económico no se ha producido; pero la sociedad demandante puede llegar a sufrir un enorme perjuicio, por cuanto como se ve en la escritura que ordena inscribir el acto acusado, la cual se acompaña debidamente autenticada con la demanda, se dispone entregar la representación legal de mi poderdante a unas personas que fueron excluidas de la misma por sus procederes abiertamente fraudulentos tal como aparece en la respectiva acta de exclusión, que también debidamente autenticada se anexa a la demanda. Esta espuria representación legal, significaría la libre disposición de las cuentas corrientes de la sociedad y demás activos sociales, para no hablar de consecuencias más graves".

Por manera que en el expediente que ahora se estudia y sobre el cual ha de mirarse únicamente la verdad procesal, objetiva y real para dirimir el recurso de súplica, es muy clara la orfandad probatoria del perjuicio. La ley exige la prueba sumaria de su existencia y en el caso de la suspensión provisional en acciones como la impetrada no puede dejarse al fallador en un desamparo de medios de juicio que le impidan sopesar la validez de la prueba.

Así las cosas, la providencia suplicada en cuanto decretó la suspensión provisional de la Resolución acusada, será revocada. Y en tal virtud, la Sala de Decisión,

Resuelve:

1º Por improcedente se rechaza la nulidad propuesta por el apoderado del señor Aníbal Roa Villamil.

2º Igualmente por improcedente, se niega la petición de revocatoria del auto admisorio de la demanda formulada por el apoderado del señor Ramón Hernando Roa Villamil.

3º *Revócase* el auto de fecha 15 de julio del año en curso, en cuanto se dispuso por el honorable Consejero ponente, suspender provisionalmente los efectos de la Resolución número 913 proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio el 24 de mayo de 1988.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al señor Consejero ponente para los fines legales consiguientes.

La presente providencia la discutió y aprobó la Sala de Decisión el día 10 de noviembre de 1988.

Samuel Buitrago Hurtado, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

INTRA/RUTAS Y HORARIOS.—

No es que la ley exija estudio técnico para cada determinación del INTRA, sino que de todos los requisitos técnicos y formales que deben contener las decisiones sobre rutas y horarios, el estudio es uno de ellos, sea porque fuere aportado por la empresa interesada o sea porque fuere elaborado oficiosamente por el INTRA sin que sea impedimento para él mismo servirse de un solo estudio para varios objetivos y autorizaciones.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., veintidós de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Samuel Buitrago Hurtado.*

Referencia: Expediente número 48. Autoridades nacionales. Actor: Nuevo Rápido Quindío Ltda.

La sociedad Nuevo Rápido Quindío Ltda., por medio de apoderado, en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, ha formulado demanda ante esta Corporación a fin de que, con previa citación y audiencia del Agente del Ministerio Público y notificación de la admisión de la misma al Director General del Instituto Nacional del Transporte y al representante legal de la Sociedad Colombiana de Transportadores Ltda., SOCOLTRAN, se decrete la nulidad parcial de la Resolución número 1713 de 27 de septiembre de 1985 expedida por el Director General del INTRA, en sus artículos 1º y 2º en los cuales se otorgan determinadas rutas veredales en el Departamento del Quindío a la Sociedad Colombiana de Transportadores Ltda., SOCOLTRAN, y que en consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, se adjudiquen a Nuevo Rápido Quindío Ltda., las rutas y horarios allí relacionados.

Los *hechos* se sintetizan así:

Primero. El 24 de febrero de 1983 mediante la Resolución número 315, el Director General del INTRA decidió, al desatar un recurso de apelación, revocar las Resoluciones números 141 y 141 *bis* de agosto 16 de 1983, por las cuales la Dirección Regional de ese Instituto en el Quindío había decidido reestructurar el servicio de transporte de pasajeros en algunas rutas veredales. Para tal efecto ordenó elaborar un estudio técnico.

Segundo. Obedeciendo dicha orden, la Dirección Regional del Quindío elaboró el estudio número 18 de 28 de noviembre de 1984.

Tercero. La Dirección Regional del INTRA publicó el 23 de enero de 1985 las rutas y horarios disponibles habiéndose presentado a ofrecer el servicio, entre otras, Nuevo Rápido Quindío Ltda. y SOCOLTRAN Ltda.

Cuarto. La Sociedad SOCOLTRAN Ltda., obtuvo del INTRA regional el 30 de mayo de 1984 una licencia de funcionamiento provisional que vencía el 30 de mayo de 1985. Después, el 18 de julio obtuvo su licencia definitiva por nueve años; es decir, que estuvo sin licencia en el interregno de la vigencia de las dos Resoluciones. En la licencia definitiva el INTRA regional se abstuvo de conferirle licencia para buses y hasta hoy no se ha producido por parte de esa entidad ningún acto administrativo que defina la clasificación y la licencia para ese tipo de vehículos.

Quinto. Mediante la Resolución número 161 de abril 11 de 1985 el INTRA regional del Quindío adjudicó las rutas y los horarios disponibles, no habiendo favorecido en ella a SOCOLTRAN Ltda., por no tener licencia para buses ni poseer estos vehículos. Esa empresa impugnó dicha Resolución por la vía gubernativa argumentando que el trámite había sido contrario a la ley por no haber evaluado las empresas proponentes y por no ser viable legalmente la reestructuración.

Sexto. Antes de resolver el recurso, la Dirección General del INTRA ordenó a la Regional del Quindío elaborar el estudio que examinara cada una de las empresas participantes en el concurso, con los criterios y elementos de juicio establecidos por el Decreto 2558 de 1984 para la adjudicación de las rutas.

Séptimo. Los criterios de evaluación y los demás elementos quedaron consignados en el estudio R.Q. S-T 015 de 2 de agosto de 1985. Como resultado de estos análisis, Nuevo Rápido Quindío Ltda., aparece con un puntaje inmensamente superior al logrado por Socoltrán Ltda., habiendo recomendado la Subdirección operativa del INTRA la confirmación de la resolución recurrida pero proponiendo como alternativa, sin respaldo en el estudio, la distribución de algunas rutas entre las dos empresas.

Octavo. El Director General del INTRA acogió la propuesta de la Subdirección Operativa, concretada en memorando de 22 de agosto de 1985, sin que aparezca estudio y sin que se desvirtúen las conclusiones del estudio 015 para justificar la adjudicación a Socoltrán de las rutas veredales en buses.

Noveno. La Resolución número 1713 de 27 de septiembre de 1985 no le ha sido notificada personalmente al demandante.

Violación de normas y explicación de su concepto:

Como normas violadas señala el actor el artículo 26 de la Constitución Nacional, el Decreto 1393 de 1970 y el Decreto 2558 de 1984 y al explicar el concepto de la violación expone en síntesis lo siguiente:

La Resolución demandada, carece de estudios técnicos que la fundamenten según lo ordenado por los Decretos 1393 de 1970 y 2558 de

1984 pues "en este caso como en la expedición de licencias de funcionamiento y clasificaciones, la definición de tarifas, la determinación del número de vehículos que debe o puede tener una empresa de transporte y, en general, en todos y cada uno de los actos administrativos que dicta el INTRA en desarrollo de sus funciones, *el legislador quiso que siempre existiera un estudio técnico que respaldara las decisiones de tal entidad*", no dejando nada al arbitrio del funcionario. Menciona además otras disposiciones complementarias para reforzar sus argumentos y subraya que, en los artículos 67 a 83 del Estatuto Nacional del Transporte Terrestre Automotor se ordena la elaboración de estudios para determinar las rutas y horarios a adjudicar, los criterios que deben tenerse en cuenta para seleccionar la empresa de transporte a cuyo cargo quedará la prestación del servicio y las variables económicas, sociológicas, jurídicas y de infraestructura vial que deben considerarse en la confección de los estudios técnicos, Se detiene el demandante en amplios análisis sobre la reglamentación que de tales estudios hacen las normas invocadas y en las precisiones establecidas en ellas poniendo en comparación el estudio RQ. S-T 015 y deduciendo que la única técnica ajustada a la ley y fundamentada en el estudio es la confirmación de la Resolución número 161 de 1985, expedida por la Regional del Quindío. Se refiere igualmente al memorando de la Subdirección Operativa del INTRA en el que se recomienda confirmar la dicha resolución aventurándose además, en forma ilegal a plantear como alternativa la redistribución de las ocho rutas recurridas entre las dos empresas en proporción al puntaje obtenido por cada una de ellas. Este memorando, que no es un estudio, es el punto de referencia de la providencia demandada. Agrega que el puntaje inferior de SOCOLTRAN Ltda., el hecho de no tener buses ni licencia ni clasificación para este tipo de vehículo, así como las conclusiones del estudio número 15, circunstancias todas que apoyaban la confirmación de la Resolución 161 de 1985 de la Regional del Quindío, son razones suficientes para impugnar la Resolución de la Dirección General por contradecir el orden jurídico establecido. Al transgredir este procedimiento, dice el actor, se violenta el principio contenido en el artículo 26 de la Constitución Política. Establece finalmente el recurrente, una contradicción en el contexto de la Resolución atacada consistente en que la determinación del Director General al desatar el recurso no guarda relación con las conclusiones del estudio que él mismo ordenó arrogándose, además, una facultad discrecional que no tiene.

La contestación de la demanda y la intervención de las partes interesadas:

Al descorrer el traslado de la demanda, el apoderado del Instituto Nacional del Transporte en su breve libelo de respuesta, manifiesta que "la razón fundamental para que la Dirección General del INTRA expidiera la Resolución 1713 de 1985, está en el hecho expecífico (sic) de no haberse tenido en cuenta por parte de la Regional del Quindío los factores de evaluación previstos en el Decreto 2558 de 1984 en sus artículos 10 y 11, para la adjudicación de horarios y rutas realizada por medio del acto administrativo número 161 de 1985".

Se hizo también presente en el proceso como parte interesada la Sociedad Colombiana de Transportadores, SOCOLTRAN Ltda., la que, al responder las afirmaciones de la demanda, respalda el acto administrativo acusado manifestando que no existe violación de los requisitos legales para otorgar rutas y horarios ya que el INTRA, oficiosamente, según la facultad que le otorgaba el artículo 14 del Decreto 2558 de 1984, "realizó los estudios de oferta y demanda para declarar la disponibilidad de las rutas y horarios veredales en buses en el Departamento del Quindío y ejecutó todos los trámites administrativos, hasta atender y resolver en su actuación administrativa, las peticiones de las empresas solicitantes, mediante la Resolución 161 de 11 de abril de 1985". Dice también, que los estudios técnicos que justifican la disponibilidad de las rutas y horarios veredales están contenidos en el estudio técnico 18 de noviembre 28 de 1984 elaborado por el INTRA Regional del Quindío y que los estudios de evaluación exigidos por el artículo 10 del Decreto 1393 de 1970 y que corresponden de manera exclusiva al Instituto Nacional del Transporte que tiene como objeto que los técnicos tasen, valores o atribuyan un valor según los cuatro factores dados por el decreto, están consignados en el estudio 015 de 2 de agosto de 1985 de la misma Regional. Asegura por otra parte, que el INTRA tiene poder discrecional para asignar rutas y horarios a las empresas sin apartarse del Decreto 2558 de 1984 ya que si bien dicho decreto regla el acto, hay una parte de poder discrecional como es la referente a determinar por el Director General del organismo a qué empresa o empresas le entrega las rutas y horarios, bien sea a la que tenga el mayor puntaje o repartir de manera proporcional entre las empresas solicitantes o negar el otorgamiento. Refuta lo dicho por el demandante en el sentido de que una empresa no puede recibir autorización para rutas y horarios si no tiene el tipo de vehículo autorizado citando una sentencia de esta Corporación en la que se determina que "la licencia es una condición previa a la prestación del servicio", pues no se justificaría adquirir un parque automotor con el riesgo de que no sea autorizado su uso. Propone finalmente la excepción de "carencia de fundamento legal en la acción incoada por el demandante" fundamentándola en que SOCOLTRAN ha tenido siempre licencia de funcionamiento en buses, en que el Director del INTRA tiene facultada discrecional para otorgar rutas y horarios, en que los estudios técnicos tenidos en cuenta para las decisiones tomadas son los únicos exigibles por el Decreto 2558 de 1984 y, finalmente, en que por jurisprudencia del Consejo de Estado y por carencia de normas legales que así lo determinen, ninguna empresa está obligada a poseer determinado tipo de vehículo antes de solicitar la licencia de funcionamiento en las clases de vehículo, rutas y horarios a que aspira.

Entre las pruebas solicitadas por el demandante, se practicó una inspección judicial en las oficinas del Instituto Nacional del Transporte, con el fin de establecer si existe un estudio distinto del RQ. S-T 015 de 2 de agosto de 1985 habiendo quedado constancia, a solicitud del apoderado de la empresa demandante, de que no existe en el Instituto otro estudio, memorando, documento o análisis que respalde la Resolución número 1713 de 1985. En el mismo orden de ideas, se practicó un experticio sobre los memorandos antes reseñados y sobre el estudio *up supra* dicho encontrándose, en los primeros, que

la propuesta de la Subdirección operativa difiere de las conclusiones del estudio, y éste, a satisfacción con las exigencias técnicas y metodológicas que establece el artículo 10 del Decreto 2558 de 1984.

Sobre el particular anotado en la parte final del párrafo anterior, basa su alegato de conclusión el apoderado judicial de SOCOLTRAN Ltda., concluyendo que las preguntas del demandante en el dictamen pericial sólo buscan distraer la atención pues los memorandos, que no son estudios técnicos, tienen la única finalidad de facilitar al Director General la toma de una decisión administrativa. En su alegato conclusivo, por su parte, el demandante refuerza su posición inicial en cuanto a la carencia de facultad discrecional del Director General "en el cuadro reglamentario del transporte", apuntalando su argumentación en la inspección judicial y en el dictamen pericial para colegir que "sólo son válidos los otorgamientos que la Resolución impugnada reiteró para Rápido Quindío Ltda., mientras que aquellos hechos a favor de SOCOLTRAN Ltda., son ilegales". Enfatiza una vez más en lo que él llama contradicciones de la Resolución demandada. Hizo también presencia, con su alegato de conclusión, el apoderado del INTRA afirmando, entre otras cosas, que las causales de anulación están enunciadas en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, así: Incompetencia, vicio de forma, desviación de poder, violación de la regla de derecho, y que después de analizar las pruebas allegadas a la presente controversia, se debe concluir que no aparecen demostradas las infracciones alegadas por el demandante.

El concepto Fiscal:

En el momento procesal oportuno, el expediente fue remitido al Agente Fiscal a fin de que rindiera concepto de fondo sobre el asunto debatido. Inicialmente, el representante del Ministerio Público formuló algunas dudas sobre la fecha real a partir de la cual empezó a correr el término de caducidad de la acción, asunto al cual habrá de hacerse referencia en este proveído, concluyendo en su concepto jurídico que no se había logrado desvirtuar en el proceso la presunción de legalidad que ampara la Resolución 1713 de 25 de septiembre de 1985, sugiriendo en consecuencia que no se atiendan las pretensiones de la demanda.

Para decidir, esta Sala considera:

Se encaminarán en principio estas consideraciones a analizar si realmente fueron violadas las normas señaladas como tales, ya que será el resultado de ese análisis el que servirá de base para fallar en derecho teniendo en cuenta que la acción de restablecimiento conlleva *ab initio* la anulación del acto demandado, si éste ha caído en infracción de las normas a las que ha debido estar sujeto. Son pues tres, en el caso *sub iuris*, las reglas jurídicas violadas, según el dicho del actor: El Estatuto Nacional del Transporte o Decreto 1393 de 1970; el Decreto número 2558 de 1984 y el artículo 26 de la Constitución Nacional.

En primer lugar tenemos que el Decreto 1393 de 1970 en los artículos citados por el demandante, es decir, del 67 al 83, hace alusión

a los estudios en los que se deben fundamentar las decisiones del Instituto Nacional del Transporte y a la supuesta discrecionalidad del Director del mismo para tomarlas, puesta en juicio crítico por el demandante, que son en esencia los dos elementos a los que éste sujeta la alegada invalidez del acto acusado. El artículo 70 establece que cuando dos o más empresas soliciten la distribución de rutas y horarios, el Instituto *después de analizar las circunstancias y condiciones del servicio, decidirá lo pertinente* (subrayamos); lo que ya es un principio de concesión a la discrecionalidad. El inciso final del artículo 78 le señala al Director, como pauta para tomar la decisión, que tenga en cuenta el número de sanciones que se le hayan impuesto a las empresas por violación de las normas del estatuto dejando a su criterio la incidencia que pudiera tener en la toma de su decisión, asunto que fue posteriormente reglamentado en el Decreto 2558 de 1984. El mismo espíritu de discrecionalidad se deduce de la redacción del artículo 80 cuando autoriza a que se inviten a las autoridades locales, los concejos municipales y demás entidades y organismos que puedan ser afectados con las medidas a tomar, a las audiencias en que se debatirán los problemas del transporte que se quieren solucionar y sus conclusiones y recomendaciones, podrán ser tenidas en cuenta al tomar la decisión correspondiente, remata el artículo 81. De lo anterior se colige que, de acuerdo con el texto de las normas señaladas, el criterio orientador definitivo y decisorio, será el del Instituto representado por su Director.

El Decreto 2558 de 1984, hoy derogado por el Decreto 1183 de 1986 pero vigente al momento de dictarse la resolución acusada, que reglamentaba el otorgamiento de rutas y horarios por carretera de uso público del país, mediante permiso, establecía en el artículo 10 los factores, y su respectiva cuantificación, que se debían tener en la evaluación de las empresas que solicitaban al Instituto la autorización de rutas y horarios. El dicho Decreto 2558, habla de dos clases de estudios claramente determinados en sus artículos 7º y 16 por una parte y 14 por la otra, siendo los primeros los que debe aportar la empresa cuando haga una propuesta para servir rutas y horarios y siendo los segundos oficiosos, es decir, realizados por el INTRA cuando los crea útiles para la toma de decisiones en el mismo sentido. No es pues, como lo dice el demandante variando la verdad, que la ley exija estudio técnico para cada determinación del INTRA (fl. 40) sino que se infiere del contexto del decreto aludido que de todos los requisitos técnicos y formales que deben contener las decisiones sobre rutas y horarios, el estudio es uno de ellos, sea porque fuere aportado por la empresa interesada o sea porque fuere elaborado oficiosamente por el INTRA sin que sea impedimento para el mismo servirse de un solo estudio para varios objetivos y autorizaciones, máxime si se tiene en cuenta que, dadas las especificaciones exigidas para dicho trabajo técnico, resultaría asaz costoso individuarlizarlo para cada caso, advirtiéndose que por aplicarlo para un caso, el estudio no caduca y su vigencia podría prolongarse dentro de unas determinadas circunstancias de tiempo, de lugar y de servicio. Y aún admitiendo en gracia de discusión que se exigiera el susodicho estudio para cada caso, consta en autos que para este

caso particular, como lo aceptan sin disimulo los hechos sexto y séptimo de la demanda, la Dirección General del INTRA, antes de resolver el recurso de apelación subsidiaria, ordenó la elaboración de un estudio que es el mismo al que nos hemos venido refiriendo como el R.Q.S-T-015 de 2 de agosto de 1985. Con los fundamentos dados por el estudio en mención, con sus criterios de evaluación y los datos técnicos en él proporcionados al director, aunque no lo manifieste enfáticamente, y asesorado por los funcionarios competentes que para tal efecto existen, como la Subdirección Operativa y la Oficina Jurídica, tomó las decisiones que eran de su incumbencia según las facultades que le otorga la ley e interpretando fielmente lo preceptuado en el parágrafo del artículo 9º del Decreto 2558 que ordena que "si el Instituto encuentra disponibilidad de horarios, los adjudicará teniendo en cuenta lo preceptuado en este decreto". Y no dice, como tampoco lo dice el artículo 10 en ningún otro de la disposición reglamentaria, que los servicios disponibles deben otorgársele con carácter de exclusividad a la empresa que resultara con el mayor puntaje. La discrecionalidad tácita que la norma otorga a las directivas del tránsito, fue correcta y equitativamente ejercida por el director del INTRA al otorgar, en proporción directa al puntaje obtenido, las rutas y horarios consignados en la Resolución 1713 de 27 de septiembre de 1985. No se podía pretender que con el prurito de aplicar una rigurosa justicia, se incurriera en el error de cometer una injusticia mayor. He ahí la prueba de la idoniedad del funcionario. Fue ese precisamente el error que le corrigió a su subordinado departamental del Quindío.

En relación con la afirmación hecha por el demandante en el numeral 9º de los hechos, sin posterior referencia en la parte sustentante ni consecuente solicitud y en la cual fija su atención el señor Fiscal de la Corporación planteando una duda, lógica en apariencia, respecto de la fecha que se debería tener en cuenta como referencia para una posible caducidad de la acción, se debe aclarar que, constando en el expediente a folio 20, debidamente autenticada, la citación hecha al gerente del Nuevo Rápido Quindío para que se notificara de la resolución en cuestión y estando fechada dicha citación el 7 de octubre de 1985, se deduce que la acción incoada el 30 de enero de 1986 no pudo haber caducado ya que entre las dos fechas corre un período menor de cuatro meses, término exigido por la norma pertinente para dicha caducidad. Por otra parte, observando la constancia manifiesta en el folio 21 en la que el funcionario competente comunica que el citado se negó a notificarse de la resolución pero que está enterado sobre ella y tiene copia de la misma, y con fundamento en que ha presentado demanda impugnándola, se da por sentada dicha notificación por conducta concluyente.

Desvirtuada como ha quedado, la hipótesis de una violación de las normas superiores analizadas, sería fútil entrar a examinar las consideraciones hechas por el demandante sobre los memorandos presentados por los funcionarios asesores del Director General del Instituto Nacional del Transporte toda vez que, como ya se dijo, está dentro del conducto regular y dentro de la mecánica propia de esta clase de decisiones, la intervención de dichos funcionarios. La pluralidad de criterios y de interpretaciones pueden ser válidos, segu-

ramente, en la dialética argumental de quien expone sus razones en la demanda no lo sería, *contrario sensu*, el tener que hacer obligada referencia a todos y cada uno en la motivación del fallo de quien juzga que, por ser ésta exiomática como en el caso presente, descarta la necesidad de pronunciarse, en innecesaria dilación sobre esas proposiciones *ad latere*. Se cierran pues estas consideraciones diciendo ,una vez más, que con la Resolución número 1713 de 1985 no se infringió norma superior alguna y que, interpretando las demás exigencias del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, tampoco fue ella expedida por funcionario incompetente, ni en forma irregular, ni falsamente motivada y que no hubo desviación de funciones al ser proferida y, finalmente, que al estar conforme a derecho, no procede contra ella la declaración de nulidad.

Al establecer el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo que la acción de restablecimiento del derecho podrá ser intentada por "toda persona que se crea lesionada en un derecho suyo, amparado por una norma jurídica", se tiene, en el caso examinado, que además de no haberse demostrado en el proceso la lesión y el perjuicio causado por el acto impugnado y al no ser procedente contra él la declaratoria de nulidad como ya se definió en el antecedente párrafo, no prosperará, como resulta lógico, la acción incoada.

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

Falla:

Deniéganse las peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

El fallo anterior lo discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día 18 de noviembre de 1988.

Samuel Buitrago Hurtado, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA.— Inspección y vigilancia.

Dado que la empresa requerida es una Sociedad de Economía Mixta, la exigencia de que modifique sus estatutos sociales con el fin de amoldarlos a aquellos del mismo tipo, hecha por la Superintendencia es de su competencia legal.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., veintidós de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Samuel Buitrago Hurtado.*

Proyecto: *Doctor Rodrigo Ramírez González,* Magistrado Auxiliar.

Referencia: Expediente número 790. Autoridades nacionales. Actor: Industria Química Pennwalt S. A.

Se procede al estudio, para entrar a fallar, de la demanda presentada por la sociedad Industria Química Pennwalt S. A., por medio de apoderada, en la que solicita se declare la nulidad de la Resolución número Ex-08328 de 8 de julio de 1987 expedida por el Superintendente de Sociedades, en la cual se le exige al representante legal de esa sociedad "modificar sus estatutos sociales con el fin de amoldarlos a los de las sociedades de economía mixta, como quiera que el Estado posee el 40.9% de su capital social". La demanda, que solicita además el restablecimiento del derecho, señala como parte demandada a la Superintendencia de Sociedades representada por el Superindente.

Resumidos, los siguientes son los *hechos:*

1. El Superintendente de Sociedades comunicó al representante legal de Industria Química Pennwalt S. A., por medio del oficio Ex-01006 de 26 de enero de 1987, que debía proceder a modificar los estatutos sociales a fin de amoldarlos a su nueva naturaleza de sociedad de economía mixta, de conformidad con lo establecido por el artículo 21 de la Ley 20 de 1975, en atención a que la sociedad posee un aporte estatal del 40.9% en el capital social y que el control fiscal de la compañía deberá ser ejercido por revisores fiscales elegidos por la Asamblea General de Accionistas, de listas pasadas por el Contralor General de la República y sus funciones desempeñadas en los términos previstos en el Código de Comercio en relación con las sociedades anónimas, sin perjuicio de que el Contralor practique inspecciones en ella y exija informes al correspondiente revisor fiscal.

2. Para resolver el recurso de reposición interpuesto contra el referido oficio, se dictó la Resolución acusada en la que se confirmó en todas sus partes lo ordenado en el oficio.

3. Industria Química Pennwalt S. A., no es una sociedad de economía mixta no obstante tener entre sus accionistas al Instituto de Fomento Industrial —IFI—, por cuanto no reúne los requisitos definidos en el artículo 462 del Código de Comercio en concordancia con el artículo 8º del Decreto extraordinario 1050 de 1968.

4. La Superintendencia de Sociedades carece de competencia para determinar cuándo es el caso de transformar en sociedades de economía mixta las que han existido como sociedades de derecho privado, aun cuando en ellas haya participación de capital oficial, porque esa atribución se confió a los representantes de la Nación o de sus entidades descentralizadas en el artículo 22 del Decreto extraordinario 130 de 1976.

5. El representante legal de una sociedad no tiene posibilidad jurídica de modificar los estatutos. Ese derecho está reservado por el artículo 187 del Código de Comercio a las Juntas de Socios o Asambleas Generales.

6. La vinculación de una sociedad de economía mixta al organismo administrativo que haya de ejercer la correspondiente tutela, sólo corresponde determinarla a una norma con fuerza de ley, como lo exige el artículo 63 de la Constitución.

7. A partir de la vigencia de la Ley 33 de 1983, el domicilio de las empresas de economía mixta del orden nacional sólo puede fijarse por el Congreso, a través de ley.

Las normas superiores señaladas como violadas son: Los artículos 20 y 63 de la Constitución y los artículos 161, 187, 421, 462 y 465 del Código de Comercio, el 8º del Decreto extraordinario 1050 de 1968, el 4º del Decreto extraordinario 3130 de 1968, los artículos 1º, 5º y 22 del Decreto extraordinario 130 de 1976, el artículo 1º de la Ley 33 de 1983 y la aplicación indebida del artículo 21 de la Ley 20 de 1975.

Fundamentación del concepto de violación e intervención de las partes:

La demandante, en relación con el concepto de violación de las normas señaladas como tales por el acto acusado hace, entre otras, las siguientes aseveraciones:

Que la actora no es una empresa de economía mixta y al pretender obligarla a reformar sus estatutos para ajustarlos a ese tipo de sociedades, no solamente se violentan los derechos de los accionistas, sino que la coloca en una situación de imposible cumplimiento por cuanto la asamblea de accionistas de una sociedad comercial carece de facultad jurídica para definir la vinculación a la dependencia administrativa que va a tutelarla, toda vez que la asignación de funciones públicas requiere norma con fuerza de ley y que por otra parte, a partir de la vigencia de la Ley 33 de 1983, el Congreso se reservó el derecho de señalar el domicilio de la empresa de economía mixta,

siendo por todo ello la Resolución atacada violatoria de las normas citadas aplicando además, indebidamente, el artículo 21 de la Ley 20 de 1975.

Para sustentar su afirmación de que Industria Química Pennwalt S. A. no es una empresa de economía mixta, la actora cita el artículo 8º del Decreto 1050 de 1968 que reglamenta la forma como están constituidas las sociedades de economía mixta, deduciendo de su contexto que no podría existir sociedad de economía mixta de orden nacional que no se encuentre vinculada a alguno de los organismos principales de la administración que, según el mismo decreto, sólo son los Ministerios y los Departamentos Administrativos, vinculación que sólo puede tener origen en la ley y en los estatutos. Cita a continuación el Decreto 3125 de 6 de octubre de 1986 que dice en uno de sus considerandos que para que haya sociedades de economía mixta en el orden nacional, de conformidad con el Decreto 1050 de 1968, artículo 8º, se requiere que la ley cree la sociedad o autorice su creación. Aporta igualmente, en sustento de la razón que defiende, la cita del artículo 1º de la Ley 8ª de 1987 que encarga a la Comisión Octava del Senado y de la Cámara la vigilancia del "funcionamiento de los Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos del Estado, sociedades de economía mixta y toda persona jurídica en donde el Estado tenga participación, cualquiera que sea su porcentaje". Concluye transcribiendo el Decreto 3130 de 1968, artículo 4º que determina en su parte final que "cuando la Nación o los organismos descentralizados adquieran derechos o acciones en entidades que hasta ese momento tenían el carácter de personas jurídicas de derecho privado, se harán inmediatamente, si fuere el caso, las reformas estatutarias que las sometan al régimen que les corresponda conforme al Decreto 1050 de 1968 y al presente Decreto", agregando la demandante que "aparecen sociedades que teniendo un aporte público no tienen el carácter de sociedades de economía mixta, por carecer de una o más de las cinco características apuntadas por el profesor Tafur Galvis como la esencia de estas sociedades".

Hace hincapié la demandante en la exigencia contenida en el texto del artículo 462 sobre la autorización legal para señalar a qué organismo administrativo se confía la tutela a que necesariamente deben estar sometidas las sociedades de economía mixta según que tengan como destinatarios a los accionistas particulares o a las autoridades públicas. Finalmente alude al Decreto 130 de 1976 que determina en el artículo 5º que en los estatutos "debe precisarse su pertenencia a los órdenes nacional, departamental o municipal" y el 22 que ordena a los representantes de la Nación o de sus entidades descentralizadas en los órganos directivos de las sociedades o asociaciones que provean a las reformas estatutarias indispensables para ajustar la organización y el funcionamiento de dichas personas jurídicas a las normas de ese estatuto.

Hace luego la actora un recuento histórico de la empresa mencionando paso a paso y la evolución de la misma desde su origen, por iniciativa del Gobierno nacional mediante el Decreto 1157 de 1940 que creó el Instituto de Fomento Industrial hasta el presente cuando, con la razón social de Industria Química Pennwalt S. A., aparece con una composición accionaria en la que el Instituto de Fomento

Industrial —IFI— y la Caja de Previsión Social del IFI poseen el 40.9% de las acciones y Pennwalt Corporation, Pennwalt S. A. de C. V. e Inversiones Puyana S. A. con el 59.1%. Enfatiza una vez más la demandante en que, analizados los diversos instrumentos que han conformado los estatutos de la sociedad desde su fundación, aparece claro que ésta carece de los elementos que constituyen las sociedades de economía mixta y que ello es tan evidente que nunca hasta ahora la Superintendencia de Sociedades había pretendido que se introdujera bajo ese régimen como lo demuestran las múltiples reformas estatutarias aprobadas todas mediante las respectivas resoluciones emitidas por esa entidad, estando fechada la última, la 122, el 22 de enero de 1987 es decir, cuatro días antes del envío del oficio por el que se ordenó modificar los estatutos para "amoldarlos a su nueva naturaleza de sociedad de economía mixta". Considera además la demandante que existe, en la solicitud del Superintendente de Sociedades, indebida aplicación del artículo 21 de la Ley 20 de 1975 por cuanto, habiéndose dicho que Industria Química Pennwalt S. A. no tiene el carácter de sociedad de economía mixta, no le es aplicable dicho artículo. Se refiere posteriormente a la incapacidad del representante legal para variar los estatutos de una sociedad resultando imposible, por consiguiente, el cumplimiento de la exigencia hecha a través de la Resolución Ex-08328 de 1987. Esa atribución está reservada, mediante *quórum* especial, a la Asamblea General de Accionistas por lo que, de hacerlo en forma diferente, se violarían los artículos 187 y 421 del Código de Comercio.

Denuncia por otra parte la actora que el Superintendente de Sociedades es incompetente para promover reformas estatutarias que coloquen a una sociedad dentro del régimen de las sociedades de economía mixta y que, aún en el supuesto de que la sociedad demandante tuviera los elementos para ser demandada como tal, no sería la Superintendencia de Sociedades el órgano competente para promover la reforma estatutaria pues ni el artículo 22 del Decreto 130 de 1978 (sic) ni el artículo 267 del Código de Comercio, ni el Decreto 638 de 1974 le dan esas atribuciones. Finaliza su exposición la demandante alegando que ha existido en el acto acusado desviación de funciones, ya que "la decisión de dar categoría de economía mixta a una sociedad anónima supone una definición política de trascendencia, que no aparece en el caso en estudio" y que "toda la finalidad de la exigida reforma de estatutos meramente se endereza a permitir al Contralor General de la República cobrar una mínima cuota burocrática al proponer candidatos para la elección de un revisor fiscal.

Al contestar la demanda y al alegar en conclusión, la apoderada de la Superintendencia de Sociedades, exponiendo las razones de la defensa, apoya en el artículo 266 del Código de Comercio el derecho de la Superintendencia para ordenar a una sociedad la reforma de sus estatutos con el fin de ajustarlos a las leyes vigentes en concordancia con el artículo 4º del Decreto 3130 de 1968 y para su correcta aplicación. Señala además que no se pretendía que el representante legal de la sociedad, *mutuo propio* (sic) reformara los estatutos lo que es absurdo el afirmarlo, sino para que éste, con el cumplimiento de las formalidades legales, convocara y pusiera a consideración del órgano competente las modificaciones señaladas. Manifiesta que

ocurrió en impropiedad el legislador de 1968 "al advertir que este tipo de sociedades pueden ser creadas por ley, pues el sustrato jurídico de las sociedades es un contrato (art. 98 del C. de Co.), el cual al tenor del 864 *ibídem,* es un acuerdo de dos o más partes para constituir una relación jurídica patrimonial". Lo anterior en relación con la citación que del artículo 8º del Decreto 1050 de 1968 hace la demandante toda vez que esta norma, refiriéndose a las sociedades de economía mixta, dice que "son organismos constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, creados por la ley o autorizados por ésta", deduciéndose de ello que el Estado puede formar parte de una sociedad de economía mixta en dos formas: Por creación legal y por autorización legal. Es esta segunda opción, según la respondiente, la que cobija a la sociedad Industrial Química Pennwalt S. A. ya que el Decreto 1157 de 18 de junio de 1940 (origen de aquélla) mediante el cual se creó el IFI, dice en su artículo 30: "Con el fin de promover la creación de empresas que se dediquen a la explotación de industrias básicas y de primera transformación de materias primas nacionales, que la iniciativa y el capital particulares no hayan podido por sí solos desarrollar satisfactoriamente, créase por el presente Decreto una institución que se denominará Instituto de Fomento Industrial", deduciéndose por ende la calidad de sociedad de economía mixta de la empresa en mención. Refuta la interpretación que se hace del artículo 1º de la Ley 8ª de 1987 ya que, según élla, éste no distingue entre sociedades de economía mixta y sociedades comerciales con aporte estatal sino que "simplemente diferencia las personas jurídicas constituidas como sociedades comerciales con aportes privados y estatales o sea de economía mixta, de las demás personas jurídicas con aporte estatal como asociaciones, fundaciones, sociedades civiles, etc.". Así mismo, el Decreto 3125 de 6 de octubre de 1986, no tiene aplicación al caso de discusión toda vez que esta norma sólo se aplica, exclusivamente, para las entidades financieras que sean nacionalizadas en virtud del Decreto 2920 de 1982. Deduciendo de todo lo anterior que la orden dada en la Resolución acusada, así como la aplicación del artículo 21 de la Ley 20 de 1975, son acertadas y no hay contradicción ni indebida aplicación de dicho artículo. Y concluye diciendo que la aducida incompetencia de este organismo para esos efectos no existe ya que la sola lectura del artículo 266 demuestra su sinrazón y que con la exposición de los criterios precedentes se desvirtúa igualmente la alegada desviación de funciones, "ya que se reitera una vez más que la sociedad Industria Química Pennwalt S. A. es una sociedad que debe amoldarse a la naturaleza de economía mixta, por tener todos los presupuestos legales para calificarla como tal".

Concepto Fiscal:

El señor Fiscal Primero de la Corporación, al emitir concepto de fondo sobre el caso *sub litem,* manifiesta que "los cargos que formuló la actora los encuentra plenamente fundados por lo que es del parecer que debe declararse la nulidad del acto demandado" y luego de hacer algunas consideraciones, dice que con base en las mismas "se saca una primera gran conclusión: Existen sociedades que sin ser de eco-

nomía mixta tienen capital oficial, o, lo que es lo mismo, el solo hecho de que una sociedad tenga capital oficial no la hace sociedad de economía mixta".

Consideraciones de la Sala:

La sociedad Industria Química Pennwalt S. A. pretende, obtener la declaración de nulidad de la Resolución número Ex-08328 de 8 de julio de 1987 del Superintendente de Sociedades por la cual se exige, "al representante legal de la sociedad denominada Industria Química Pennwalt S. A. domiciliada en Bogotá modificar sus estatutos sociales con el fin de amoldarlos a los de las sociedades de economía mixta como quiera que el Estado posee el 40.9% de su capital social".

Para llegar a una decisión sobre la validez de la Resolución acusada, se debe analizar a profundidad la discusión surgida sobre lo que constituye el meollo de la cuestión, esto es, sobre si la sociedad requerida con la Resolución es o no una sociedad de economía mixta y sobre la facultad o competencia de la Superintendencia para hacer dicho requerimiento. A tal efecto, se han tenido en cuenta los planteamientos hechos por las partes en conflictos así como el concepto del Agente del Ministerio Público.

El inciso primero del artículo 461 del Código de Comercio dice: "Son de economía mixta las sociedades comerciales que se constituyen con aportes estatales y de capital privado".

Dice la demandante, y para ello apoya su atestación en el criterio de un tratadista de la materia, que existen cinco características que distinguen la sociedad de economía mixta haciendo una desafortunada confusión entre características y elementos esenciales, asunto que el tratadista citado sí parece distinguir muy bien. Es que, sin pretender dar definiciones que agoten la materia, se ha dicho siempre que lo que es esencial a una cosa es lo que hace que ésta sea lo que es y no otra. Asunto distinto es hablar de sus características que pueden ser mutables, contingentes, sin que su existencia o carencia toquen la esencia misma del ser. El artículo 8º del Decreto extraordinario 1050 de 1968 habla de esas características. Pero la norma que define lo que se debe entender para el derecho colombiano como sociedades de economía mixta, es el artículo 461 del Código de Comercio, Decreto-ley 410 de 1971, en plena vigencia. Resulta entonces lógico que todos los esfuerzos hechos por la demandante para demostrar que la sociedad que define no es de economía mixta, aún avalados por el concepto del señor Fiscal de la Corporación, resultan innanes al confrontarlos con esta norma directriz. Tanto es así, que en el inquisitivo trabajo sobre las normas pertinentes y otras más, no le fue posible a la actora presentar al menos un caso de una sociedad que, estando compuesta en parte con aportes estatales, no fuera de economía mixta. Y si la tal existiera, existiría fuera de la ley pues ésta no consagra excepciones. No es oportuno por consiguiente la citación que en la demanda se hace (fl. 338) de una sentencia de esta Sala puesto que allí se habla de la "sola intervención en el Gobierno de una empresa" y no de la intervención con aportes estatales en la misma; distíngase bien. La circunstancia, realmente inexplicable, de que las diferentes reformas

estatutarias, especialmente las más recientes, hayan sido autorizadas por la Superintendencia de Sociedades sin reparo alguno, no significa que la naturaleza jurídica de la sociedad no fuera la que le corresponde según las normas vigentes. Ocurre más bien, que por la ligereza con que se actúa en ciertos actos que se tornan rutinarios en el acontecer oficial, se incurre frecuentemente en omisiones que resultan perjudiciales y gravosas en la correcta administración de la cosa pública. No se puede pues interpretar tal negligencia, puesta de relieve por la demandante, como una condonación, subsanción o convalidación de lo aprobado por medio de dichas resoluciones y mucho menos como derogación de normas superiores. Así lo reconoce la apoderada de la Superintendencia cuando a folio 369 del expediente dice "cosa diferente es que la sociedad no haya dado cumplimiento al artículo 4º del Decreto 3130 de 1968 en lo que respecta a las reformas estatutarias que la sometan al régimen correspondiente de acuerdo al Decreto 1050 de 1968, 3130 del mismo año y demás normas pertinentes. *Porque si bien es cierto que esta Superintendencia no reparó oportunamente en la violación a las normas antes citadas,* ésto no quiere decir que la sociedad no tenga la calidad de economía mixta" (Subrayas de la Sala).

Determinado está pues el criterio de la Sala sobre la naturaleza que, como sociedad de economía mixta, tiene la empresa demandante. Desde este punto de vista, que es por demás lógico, no se ve claramente cómo puedan ser violados con la Resolución acusada los artículos 161, 187, 421, 462 y 465 del Código de Comercio que se refieren al régimen que gobierna el sistema de reformas según que las sociedades sean por cuotas o parte o por acciones, funciones de la junta de socios, *quórum* decisorio, emisión de acciones y señalamiento de condiciones que "para la participación del Estado contenga la disposición que autorice su creación", asuntos estos que son precisamente materia de las modificaciones y del amoldamiento de los estatutos que se ordena hacer por medio de la Resolución Ex-08328 de 1987. Igual es el comportamiento que la ley obliga respecto al artículo 4º del Decreto 3130 de 1968 citado también como violado, pues es tan obligante la exigencia del artículo 21 de la Ley 20 de 1975, que aún el mismo artículo 4º citado (Decreto 3130 de 1968) ordena también que "cuando la Nación o los organismos descentralizados adquieran derechos o acciones en entidades que hasta ese momento tenían el carácter de personas jurídicas de derecho privado, se harán inmediatamente, si fuere el caso, las reformas estatutarias que las sometan al régimen que les corresponda conforme al Decreto 1050 de 1968 y al presente Decreto"; lo que implica una concatenación concreta de todas las normas hacia la búsqueda de un mismo objetivo cual es la tutela de las sociedades en las que existen aportes estatales, esto es, las de economía mixta. Tácitamente, el inciso transcrito está confirmando el principio de que todas las sociedades en las que existan o se adquieran acciones por parte de la Nación o de los organismos descentralizados, se convierten *ipso facto* en sociedades de economía mixta. Y no podría ser de otra manera si el artículo primero de ese mismo Decreto (3130 de 1968) define y clasifica las entidades descentralizadas así: Establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y *sociedades de economía mixta* (subrayamos). Los artículos 1º, 5º y 22 del Decreto extraordinario 130 de 1976 no son violados

por el acto acusado sino todo lo contrario, le dan plena confirmación a sus pretensiones, muy en particular el 22 que prescribe que "los representantes de la Nación o de sus entidades descentralizadas en los órganos directivos de las sociedades o asociaciones aquí previstas, promoverán las reformas estatutarias indispensables para ajustar la organización y el funcionamiento de dichas personas jurídicas a las normas de este estatuto". En cuanto al artículo 1º de la Ley 33 de 1983 no se ve cómo pueda ser violado por la Resolución en cuestión ni la demandante explica cómo pueda configurarse la agresión que denuncia. También parece muy esotérica esa violación en los casos de los artículos 20 y 63 pues el primero habla de la responsabilidad de los particulares ante las autoridades y el segundo dice que "no habrá en Colombia ningún empleo que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento". No aparece, *prima facie,* la flagrancia de la violación dicha aunque no suficientemente sustentada.

Resulta igualmente obligante hacer referencia a lo afirmado por la demandante a folio 364, cuando en su alegato de conclusión afirma que por no contener los estatutos norma alguna que la introduzca en el régimen de las sociedades de economía mixta, carece de fundamento la sustentación de la Resolución acusada la cual pretende, precisamente, que esos estatutos sean modificados. No puede descartarse lo definible por lo que está ya definido pues sería dar paso a un dogmatismo que no solamente le quitaría vida al derecho, que es esencialmente dinámico, sino que canonizaría situaciones que si en un tiempo fueron aparentemente normales por no contradecir normas positivas, deben evolucionar para adaptarse a la nueva normatividad, reflejo natural de los cambios sociales y económicos. Es esa seguramente la filosofía que oriente la legislación que, en materia de sociedades, se ha producido en las últimas décadas y que se tipifica en la expresión final del Decreto-ley 130 de 1976 cuando al hablar de la tutela sobre las sociedades dice: "...teniendo en cuenta su objetivo social y los mecanismos necesarios para controlar sus actividades y asegurar la coordinación de éstas con la política general del Gobierno".

Se acusa en la demanda la disposición contenida en el artículo segundo de la Resolución enjuiciada, en el sentido de exigir al representante legal de Industria Química Pennwalt S. A., modificar sus estatutos sociales con el fin de amoldarlos a los de las sociedades de economía mixta, pues "de ninguna manera el representante legal de una sociedad tiene posibilidad jurídica de modificar los estatutos de la sociedad que representa". Responde la apoderada de la Superintendencia de Sociedades, y lo repite en su alegato de conclusión, que resulta absurdo afirmar que se "ordenara que el representante legal *mutuo propio* (sic) reformara los estatutos de la sociedad; obviamente, y teniendo en cuenta que las personas jurídicas actúan a través de sus representantes legales, la misma (léase orden) se dio para que éste convocara y pusiera a consideración del órgano competente las modificaciones señaladas". Fundamenta dicha orden en el artículo 22 del Decreto 130 de 1976 en concordancia con el inciso tercero y el parágrafo del artículo 4º del Decreto 3130 de 1968. Si bien las normas citadas respaldan tal decisión, no huelga decir sin embargo que faltó claridad a la resolución en cuanto al destinatario, en cuanto al encargo que se le hacía sin imponérselo como respon-

sabilidad directa. El lenguaje oficial y el lenguaje jurídico deben tener una expresión clara e inequívoca. No se escribe para que se entienda entre líneas, estilo éste que corresponde a otras disciplinas. Ni se transcribe de una manera para que se lea en otra como lo sugiere entre paréntesis la apoderada. Aún así, es cierto que los representantes legales de las instituciones son sus personeros ante la ley es de su resorte hacer lo concerniente para que las sugerencias y órdenes oficiales dadas por su conducto, sean cumplidas.

Es de observarse también que al disponer el artículo 2066 del Código de Comercio que "el Presidente de la República ejercerá *por medio de la Superintendencia de Sociedades* la inspección y vigilancia de las sociedades comerciales no sometidas al control de la Superintendencia Bancaria, con el fin de que en su formación y funcionamiento se ajusten a las leyes y decretos y de que se cumplan normalmente sus propios estatutos, según lo previsto en este Código o en leyes posteriores" (subrayamos), la competencia de la entidad demandada para hacer las exigencias repetidamente mencionadas en este expediente, es manifiesta.

En síntesis, se concluye que, dado que la empresa requerida con la Resolución acusada para que modifique sus estatutos sociales con el fin de amoldarlos a los de las sociedades de economía mixta, si es una sociedad de esta naturaleza y que la entidad de la cual emana dicha resolución tienen competencia legal para hacerlo, esta sentencia no acogerá las solicitudes de la demandante.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, en desacuerdo con el criterio del Agente del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Deniéganse las peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

El fallo anterior lo discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día 18 de noviembre de 1988.

Samuel Buitrago Hurtado, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

ACTO ADMINISTRATIVO.— Clases.

Mirados los actos administrativos a través de la perspectiva del número de manifestaciones de voluntad que es indispensable tener en cuenta para saber de qué clase se trata, existe la cuatripartita clasificación del acto simple, del acto complejo, del acto colegial y de los actos conexos.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., veintiocho de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente número 1053 (11376). Autoridades nacionales (Reconstrucción - Decreto extraordinario 3825 de 1985). Actor: Angela Patiño Ruiz.

La Sala entra a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra el fallo de nueve (9) de diciembre de mil novecientos ochenta y tres (1983) mediante el cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca —Sección Primera— declaró inepta la demanda. El libelista, en ejercicio de la acción de plena jurisdicción o de restablecimiento del derecho, había solicitado la nulidad de la Resolución número 1216 de 1979 —16 de mayo— expedida por el Servicio Nacional de Aprendizaje —SENA—, que la destituyó del cargo de instructora de formación física, clase IV, del Centro Comercial "Bogotá", y que, además, como consecuencia de ello, se condenase al establecimiento público mencionado a reintegrarla a dicho empleo o a otro de igual o superior categoría y al reconocimiento y pago de la totalidad de los sueldos, primas, bonificaciones legales y extralegales, desde el 16 de mayo de 1979 hasta la fecha de la efectiva reincorporación.

La sentencia recurrida estimó inepta la demanda por cuanto, como según dice aparece de autos, la resolución cuya anulación se impetra, íntegra con las Resoluciones 1548 de 1979 —31 de mayo— y 490 de 1979 —15 de junio—, que no fueron demandadas de nulidad, un solo acto complejo y que tuvieron, igualmente, la aptitud de agotar la vía gubernativa.

I. Antecedentes:

1.1. El demandante había enumerado los siguientes hechos y omisiones:

"1º La actora, Angela Patiño Ruiz, prestó servicios personales al Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), durante el tiempo comprendido entre el día 7 de febrero de 1972, y el 16 de mayo de 1979, fecha en la cual fue destituida sin el lleno de los requisitos legales.

"2º La actora, desempeñó el cargo de Instructora de Formación Física IV, con eficiencia, dedicación, durante todo el tiempo que laboró al servicio del Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA).

"3º Por medio de la Resolución 001216 de 16 de mayo de 1979 el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), destituyó del cargo que venía desempeñando la actora, sin el lleno de los requisitos legales, establecidos para los empleados de dicha institución.

"4º La actora, venía desempeñando el cargo en propiedad, por haber pasado las pruebas establecidas por el SENA, además de haber acreditado la idoneidad, y los títulos necesarios para el desempeño con lujo de competencia el cargo asignado.

"5º El Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), desconociendo el buen desempeño de las labores por parte de la actora arbitrariamente, y sin el lleno de los requisitos legales, la destituyó del cargo, aduciendo la comisión de una falta grave, de la cual es completamente ajena la actora.

"6º El Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA) 'abrió una investigación' argumentando que la actora, presentó certificados falsos para lograr que se le reembolsara unos gastos de hospitalización y relacionados con motivo de un accidente de tránsito que sufriera en compañía de sus hijas, atención que se le prestó a la niña Gilma Patricia Salinas su hija.

"7º Que de acuerdo a la 'investigación' efectuada por la subcomisión de personal, en momento alguno se ha demostrado la comisión de falta alguna por parte de la actora, pues élla se ciñó a las indicaciones *verbales que* el señor encargado del trámite Daniel Olarte Trujillo le hizo al respecto.

"8º Aparece claramente, que la señorita Patiño Ruiz, no cometió ningún acto doloso, pues se limitó a transmitir las indicaciones *tendenciosas* del empleado del Bienestar Social del SENA, que a su vez fueron obedecidos *irresponsablemente* por la persona que expidió un certificado que no se ajustaba a la realidad, cuestión que además hizo sin presión de ninguna especie de acuerdo con el informe que el Hospital Militar Central presentó a consideración del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA.

"9º A la actora, no se le practicó la investigación correspondiente de acuerdo a lo establecido por el Decreto 1950 de 1973, y el Estatuto de Personal del SENA, ya que se pretermitieron todas las normas que establecen el procedimiento a seguir en estos casos, violando el derecho de defensa establecido por la Constitución Nacional en su artículo 26. Se violó en forma descarada el procedimiento establecido por el Decreto 1950 de 1973, en el

sentido de no haber dado traslado de los cargos, simplemente se le cita el día x a rendir descargos, sin que se le formulara en pliego y las pruebas en las cuales se basaban los mismos.

"10. Es verdaderamente sospechosa la decisión de la Subcomisión de Personal, en el sentido de que por *'unanimidad'* la actora cometió falta grave, la composición misma de dicha subcomisión hace más sospechosa la decisión, además el concepto de marras, en momento alguno cumplió con los requisitos establecidos por el Decreto 1950 de 1973.

"11. El acto administrativo cuya nulidad demando, quebranta un sinnúmero de normas de orden superior, adolece de abuso y desviación de poder, por parte de quien lo expidió y exhibe falsa motivación.

"12. La actora mediante solicitud número 1737 de 1973, pidió su inscripción en la Carrera Administrativa, presentando la documentación en orden, de acuerdo a lo reglamentado para el caso".

1.2. Citó, así mismo, en apoyo de sus formulaciones demandatorias, los artículos 2º, 16, 17, 20, 26 y 30 de la Constitución Nacional; los artículos 1º, 3º, 5º, 6º, 7º, 9º, 40, 46 del Decreto 2400 de 1968, modificado y adicionado por el 3074 de 1968; artículos 131, 134, 136, 149, 156 del Decreto 1950 de 1973, y el artículo 2464 (?), como violados por la Resolución arriba mencionada, arguyendo al respecto:

"Prescribe el artículo segundo de la Constitución Nacional que los poderes públicos se deben ejercer en los términos que ella prescribe o establece, esto es que la función pública debe concretarse en una actuación administrativa justa, veraz, e imparcial. Si se pretermiten dichos principios la Administración Pública excede sus facultades y antes bien, omite una de sus funciones que de manera expresa le está atribuida en la Carta Fundamental. Por otra parte, es sabido que las autoridades tienen como una de sus funciones esenciales la de defender la honra y bienes de las personas, y es obvio que con la providencia anterior, se le lesiona en su patrimonio moral en una forma aberrante, sin la menor muestra de consideración con la reputación de las personas honesta, además de lesionar el patrimonio moral, se afecta el patrimonio económico, lo cual contraría tajantemente el espíritu del precepto (16, C. N.) citado.

"Ahora bien, es menester reclacar (sic) que por mandato de la ley y el constituyente, los funcionarios que posean la facultad de remover empleados administrativos, no pueden ejercerla sino dentro del marco de la ley, y respetando las garantías que aquélla ha establecido para proteger el empleado y en general a las personas, y en el caso de Angela Patiño Ruiz, no se llenaron las formalidades requeridas y de manera imparcial el procedimiento contemplado para separarla del cargo en forma legal, pues no se le ha demostrado la comisión de falta alguna.

"De otra parte, al tenor del artículo 17 de la Carta, el trabajador merece una protección estatal, si se tiene en cuenta que

comporta una función social y esta protección no sólo le fue negada a mi mandante, sino por el contrario se le arrebató en la forma más descarada.

"Cabe recalcar igualmente, que el derecho adquirido, con justo título y con el lleno de los requisitos establecido para el desempeño del cargo (art. 30 de la C. N.), no podía desvirtuársele al actor, sino con el lleno de los requisitos legales específicamente dispuestos para estos casos, es decir mediante la investigación desapasionada efectuada por el organismo correspondiente investido de las facultades para establecer las responsabilidades de los empleados. Para que el acto tuviera siquiera un ligero barniz de legalidad, debería habérsele citado en la forma correcta garantizándole el status que tenía en el momento de presentarse la controversia.

"Falta de esa manera varios de los elementos que integran el Acto Administrativo: El Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), por intermedio del Director, no tenía facultad para destituir aquella actora, por medio de la Resolución 001216 de 16 de mayo de 1979. Las normas legales, establecen las distintas distribuciones de facultades a las cuales deben ajustarse los funcionarios, so pena de incurrir en incompetencia del órgano, en el presente caso en forma arbitraria el Gerente Regional del Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), sin el concepto previo motivado de acuerdo a lo establecido por el Decreto 1950 de 1973, procedió a destituir a la actora sin el lleno de los requisitos legales, es decir sin el concepto escrito y *motivado* (se subraya) por parte de la Comisión de Personal, quien tiene las funciones específicas en el tratamiento de estos casos de sanciones a los empleados públicos, en esta forma se violaron flagrantemente los artículos 144 a 158 del Decreto 1950 de 1973, en el sentido de no dársele el trámite correspondiente, citar a la empleada en la forma establecida y darle traslado de los cargos y de las pruebas que se tenían acerca de los cargos que se le formularían, pues la actora en momento alguno conocía la calidad y el número de cargos que se le hacían, esto lo vino a conocer en el momento de llegar a la citación referida, las afirmaciones de los señores Director del Hospital Militar Central, al igual que las de los empleados de la sección de cobranzas y el tesorero general de la Institución anotada, no dan muestra sino de la irresponsabilidad que los caracteriza al hacer unos cargos que son de absoluta responsabilidad de dichos señores, hay por lo tanto una vilación (sic) de la ley en el sentido de tener como pruebas sin serlo las afirmaciones de los mencionados señores, son ellos los directamente responsables de la alteración de dichos documentos; el acto administrativo acusado al pretermitir el procedimiento anotado en el Decreto 1950 de 1973, para la sanción de los empleados públicos, entre ellos los de carrera administrativa, presenta una típia desciación (sic) de poder, que es igualmente sancionable con la anulación del acto.

"Al tenor de lo establecido por el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo las providencias administrativas que

se expidan con alguno de los vicios anteriormente anotados, debe anularse. En síntesis, y en virtud a los anteriores sintéticos razonamientos, me permito reiterar al honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que se acceda a las súplicas de la demanda, se restablezca el orden jurídico abruptamente lesionado, y se reivindiquen los derechos injustamente vulnerados de mi mandante".

II. Sustentación del recurso:

Sostiene el recurrente lo que a continuación se transcribe:

"En primer lugar, solicitando expresamente la revocatoria del fallo del honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca de 9 de diciembre de 1983 en cuanto *'declara la ineptitud de la demanda'* absteniéndose de pronunciarse en el fondo de la *litis* con fundamento en que no se demandó el *'acto complejo'*, que según su criterio, conforman la *Resolución número 001216* de 16 de mayo de 1979 mediante la cual se destituye a mi mandante; la *Resolución número 001548* de 31 de mayo de 1979 que resuelve el recurso de reposición interpuesto contra aquella, desfavorablemente a lo pretendido por la actora y la *Resolución número 490* de 15 de junio de 1979 mediante la cual se desata la apelación, confirmando la destitución.

"Hay razones extremadamente elementales para no haber demandado 'todos los actos' producidos en torno a la destitución de la demandante, razones que dicta la lógica más rudimentaria, entre ellas tenemos:

"1ª Si el primer acto se hubiese revocado por cualquiera de los dos subsiguientes, éste proceso no estaría en el estado en que está.

"2ª El contenido y resultado, en definitiva, del primer acto es exactamente igual al de los otros dos, demandado aquel (destitución), involucra necesariamente los restantes (confirmación de la destitución).

"3ª Si se hubiera esperado a la producción del último acto, el término para demandar al primero *habría expirado,* y a no dudarlo, en lugar de la *'ineptitud de la demanda'* el honorable Tribunal habría declarado la *'caducidad de la acción'*.

"Ha dicho la jurisprudencia que en el acto complejo 'la serie de actos que lo integran no tienen existencia jurídica separada e independiente. El acto que se forma es un acto único y única es la voluntad declarada, por la fusión en una sola voluntad de las voluntades de los órganos que concurren en el proceso de formación del acto" (Sentencia del Consejo de Estado de 15 de septiembre de 1964). Consejero ponente doctor A. Domínguez Molina (*).

"(*) Diccionario Jurídico, Tomo 1, pág. 169.

"El acto compuesto o complejo tiene su origen en la ley o en la intrínseca necesidad de la concurrencia de dos o más actuaciones escalonadas o simultáneas, de dos o más autoridades administrativas colocadas en línea vertical u horizontal o, en fin, en la concurrencia *necesaria* de varias voluntades administrativas, siempre y cuando la falta de una de ellas haga inexistente el acto o lo afecte una nulidad absoluta por tal carencia o por lo menos, sea completamente defectuoso e inoperante. Jamás el acto complejo puede tener su génesis en la mera voluntad de la administración, haciéndolos simples o complejos según su parecer. No. Su complejidad lo determina su misma naturaleza.

"Ese no es el caso propuesto a nombre de la demandante. La *destitución* de marras existe por sí, sin necesidad de confirmación. El acto es autónomo e independiente, con características independientes e indivisibles, a menos que se hubiere revocado, pero no ocurrió así.

"La decaaratoria (sic) de nulidad por la parte del Contencioso de la destitución hecha a mi mandante, tácita y necesariamente involucraría los demás actos proferidos por el SENA. Si a *contrario sensu*, no los involucrase, se daría la existencia del acto complejo. En otras palabras si al prosperar la nulidad de la Resolución número 001216 quedasen vigentes las números 001548 y 490 podría predicarse la complejidad del acto, pero por razones que saltan de bulto, no van a quedar vigentes partiendo de la prosperidad de la petición, porque sería aberrantemente absurdo.

"El Consejo de Estado en memorable providencia de 28 de julio de 1980, analizó con profundidad para clarificar las diversas variantes que pueden presentarse al recurrir un acto simple que de golpe pudiere llegar a ser complejo y en tal proveído, perentoriamente dijo:

"'EL HECHO DE QUE LOS ACTOS SIMPLES ESTEN SOMETIDOS A RECURSO NO LES CAMBIA SU NATURALEZA NI LOS CONVIERTE EN COMPLEJOS' (Las mayúsculas no son del texto) (*).

"En dicha providencia, más adelante expresó: 'Las consideraciones anteriores llevan a la Sala a concluir que el Tribunal Administrativo del Atlántico no debió inhibirse para pronunciar sentencia de mérito, *por cuanto el acto demandado fue el principal y no los confirmatorios*. Por consiguiente habrá de revocarse la providencia apelada' (Lo subrayado es mío).

"En segundo término, mi alegación apunta a solicitar del honorable Consejo, una vez revocado el fallo del Tribunal, imparta sentencia condenatoria al tenor del *petitum* planteado en el libelo demandatorio.

"Las razones expuestas por el SENA para destituir a la demandante no han sido acreditadas en el proceso con el rigor probatorio que la ley exige en tales eventos. Legalmente todo documento que *provenga* de las partes se presume su validez si en juicio no se tacha o se redarguye de falso. Pero en este prin-

cipio, muy general por cierto, no es extensivo a los documentos originarios de *terceros*, los cuales además de *reconocerlos* en contenido y firma, rquieren (sic) que por lo menos, repito, por lo menos, se dé testimonio veraz de los hechos y circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon sus antecedentes y concomitante producción, para que la respectiva prueba tenga mérito de tal. Como dicho trámite (reconocimiento y somero testimonio) ni fue puntualizado por la representación de la entidad demandada ni oficiosamente se dio en autos, los documenos de folios 153 y 154, 146 y 147 carecen de todo valor probatorio. Tales pruebas han debido ser reconocidas por sus respectivos suscriptories (sic) si es que su base se quiere plantear la legalidad de la destitución.

"Por tanto, sin asidero alguno que respalde el ilegal proceder del SENA, es consecuencia obligada, habrá de impartirse sentencia condenatoria para que repare el perjuicio infringido a quien represento".

III. Impugnación a la apelación:

El apoderado judicial para este caso del Servicio Nacional de Aprendizaje argumenta:

"Mi oposición se basa en las siguientes consideraciones:

"1. *Excepción de inepta demanda:* Efectivamente, a la señora Angela Patiño Ruiz de Salinas, la entidad, después de seguirle el correspondiente proceso disciplinario, la destituyó del cargo de Instructora de Educación Física del SENA Regional Bogotá, mediante Resolución número 1216 de 16 de mayo de 1979, la cual fue notificada a la intereseda en la misma fecha.

"Interpuestos en tiempo los recursos de reposición y apelación contra la citada Resolución, la Gerencia del SENA Regional Bogotá resolvió el primero mediante Resolución 1548 de mayo 31 de 1979, la cual fue notificada a la señora Patiño de Salinas, el 1º de junio del mismo año.

"A la vez, el Director General de la entidad resolvió el recurso de apelación mediante Resolución 490 de junio 15 de 1979, la cual fue notificada a la señora Patiño de Salinas en forma personal, el 2 de julio de 1979.

"El apoderado de la demandante en el *petitum* de su demanda, solicita tan solo la nulidad de la Resolución número 1216 de 16 de mayo de 1979, por medio de la cual se destituyó del cargo de Instructora de Educación Física a la señora Patiño R. de Salinas, expedida por el Gerente del SENA Regional Bogotá (fl. 7 del expediente). Y conservando lógica en su planteamiento, en el punto 3 de los hechos de la demanda, en el mismo folio, hace referencia tan solo de la citada Resolución, mediante la cual se produjo la destitución, sin incluir los actos administrativos mediante los cuales fueron resueltos en forma desfavorable a la interesada, los recursos de reposición y de apelación (Resoluciones 1548 de mayo 31 de 1979 y 490 de junio 15 de 1979).

"El abogado demandante es lógico en su proceder, ya que la señora Patiño R. de Salinas, tan sólo le confirió poder para que 'demande la nulidad de la Resolución número 1216 de 16 de mayo de 1979, proferida por el Gerente Regional del Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA...'; mas no lo recibió para demandar las dos restantes Resoluciones proferidas por los funcionarios competentes de la entidad (fl. 1).

"De lo anterior se concluye, como lo hizo el Tribunal, que en el presente caso, se presenta una inepta demanda, pues por tratarse de un acto administrativo complejo (3 Resoluciones mediante las cuales la Administración destituye a un funcionario y con posterioridad le resolvió en forma negativa los recursos de reposición y apelación), la solicitud de nulidad del querellante debía dirigirse contra las tres Resoluciones y no contra una sola de ellas como efectivamente lo hizo. La jurisdicción contencioso administrativa, es incompetente para pronunciarse sobre las Resoluciones 1548 de mayo 31 de 1979 y 490 de junio 15 de 1979 por medio de las cuales el SENA declaró ajustada a derecho la Resolución de destitución de la señora Patiño Ruiz de Salinas, o sea la número 1216 de mayo 16 de 1979.

"Por tanto solicito a esa Corporación, proceda a confirmar en este sentido la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera.

"2. La entidad tomó la decisión de desvincular a la señora Patiño R. de Salinas como una consecuencia de la falta por ella cometida, consistente en presentar al SENA una certificación expedida por el Hospital Militar con alteraciones parciales en el concepto y valor del pago, con miras a obtener un mayor reintegro por los servicios de hospitalización, pequeña cirugía (banco de sangre) y habitación hospitalaria (pensión), incrementando los valores por tales conceptos y deduciéndolos del pago por honorarios profesionales hechos al doctor Enrique Amador por la suma de $ 4.500 (valor que no es reconocido por el SENA de acuerdo con su reglamento de servicio médico para los familiares de los empleados), buscando así obtener un mayor beneficio económico para sí, pero infringiendo con su proceder el Acuerdo 13 de abril de 1977 del Consejo Directivo Nacional de la entidad, reglamentario de la seguridad social en el SENA, en sus artículos 26 y 36, norma ésta última que establece que 'la entidad considera falta grave la presentación de documentos falsos o cualquier engaño o intento de fraude por parte del empleado en relación con el Servicio Médico Asistencial'.

"La documentación de que se hace referencia así como el citado Acuerdo del Consejo del SENA, fueron aportados al expediente como pruebas debidamente decretadas, presentadas y autenticadas.

"3. En la desvinculación del SENA de la señora Patiño Ruiz de Salinas, la entidad siguió el procedimiento disciplinario previsto para estos casos en su Estatuto de Personal aprobado por el Decreto 2464 de 1970, como lo comprueba la documentación

que también fue aportada como prueba por la entidad, a solicitud del suscrito mediante Oficio número 57641 de 15 de mayo de 1981 del Jefe de Personal del SENA (fls. 87 y ss.). En efecto detectada la comisión de la falta por la Sección de Bienestar Social de la Regional Bogotá, se hizo la correspondiente averiguación administrativa, se reunió la respectiva documentación relacionada con la modificación hecha por la interesada a los documentos expedidos por el Hospital Militar, se le formularon por escrito los cargos a los cuales también por escrito, la señora Patiño R. de Salinas hizo los correspondientes descargos, la Gerencia Regional evaluó la falta grave pasando la respectiva documentación a la Subcomisión de Personal Regional a fin de que estudiara el caso y rindiera su concepto, lo cual efectivamente hizo según Acta número 9 de 19 de abril de 1979, al calificar la falta como grave por infringir el Estatuto de Personal aprobado por Decreto 2464 de 1970, en su artículo 52, literal c), numeral 6º y artículo 48, numeral 8º, como también el artículo 38 del Acuerdo 24 de 1978 del Consejo Directivo Nacional del SENA, reglamentario de la seguridad social en la entidad a partir de 1º de enero de 1979 que reprodujo en lo pertinente el Acuerdo 13 de 1977, normas que sucesivamente consideraron como falta grave la inadecuada utilización o el valerse de procedimientos fraudulentos en la tramitación de los auxilios previstos para los empleados en el Servicio Médico Asistencial, lo cual podía ser sancionado como falta grave de acuerdo a los reglamentos de la entidad. De los citados Acuerdos aparecen fotocopias debidamente autenticadas en el expediente (fls. 87, 88 y ss.).

"Teniendo en cuenta la gravedad de los hechos y la recomendación unánime de los miembros de la Subcomisión de Personal, la Gerencia Regional procedió a expedir la Resolución número 1216 de 16 de mayo de 1979 destituyendo a la señora Patiño de Salinas del cargo de Instructora de Educación Física e inhabilitándola por el término de seis (6) meses para el desempeño de funciones públicas; todo ello en aplicación de las normas pertinentes de los capítulos VII y VIII del Estatuto de Personal del SENA aprobado por el Decreto 2464 de 1970 (publicado en el Diario Oficial número 33233 de febrero 3 de 1971) y en el capítulo VII del Decreto 1950 de 1973, relacionado con los procedimientos disciplinarios en las entidades públicas. El Estatuto de Personal está en los folios 103 y siguientes del expediente.

"De lo anterior se desprende que el SENA, en la desvinculación de la señora Patiño R. de Salinas, procedió en un todo de acuerdo a la ley y así se servirá declararlo esa honorable Corporación, al negar las peticiones de la demanda".

IV. Concepto del Ministerio Público:

La señora Fiscal Quinta de la Corporación descorrió el traslado de rigor diciendo:

"El asunto *sub júdice* consiste en dilucidar si la Resolución número 001216 de 16 de mayo de 1979 expedida por el Gerente

del Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, Regional Bogotá, mediante la cual se destituyó a la señora Angela Patiño Ruiz del cargo de Instructora de Formación Física Clase IV, se ajusta a derecho.

"El Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la sentencia apelada declaró la ineptitud de la demanda por no haber sido acusadas las tres resoluciones que decidieron la situación de la demandante por vía gubernativa y que conforman un acto jurídico complejo.

"Básicamente sustenta el señor apoderado de la actora su apelación aduciendo que no era necesario demandar todos los actos proferidos con relación a la demandante, ya que tales actos no constituyen un acto jurídico complejo.

"Que la Resolución acusada mediante la cual se destituyó a la actora es un acto autónomo e independiente. Cita en su apoyo la sentencia de 28 de julio de 1980 del honorable Consejo de Estado.

"Afirma también que no están suficientemente probadas las razones que la Administración adujo para imponer la sanción de destitución a la señora Patiño Ruiz, y que los documentos aportados carecen de valor probatorio porque no fueron reconocidos por sus respectivos suscriptores; que por tanto debe declararse la nulidad del acto acusado.

"Por su parte el señor apoderado del SENA manifiesta en escrito que obra a folios 85 a 87, que se opone a las pretensiones de la actora ya que al no haber demandado las tres resoluciones que conforman el acto jurídico complejo dio lugar a la declaratoria de inepta demanda por parte del Tribunal en la sentencia apelada.

"Dice además, que las pruebas aportadas fueron debidamente decretadas y autenticadas, por tanto son válidas.

"Finalmente afirma que está probado que la demandante incurrió en una falta calificada como grave por infringir el Estatuto de Personal del SENA, conducta que determinó el adelantamiento del proceso disciplinario y la imposición de las sanciones de destitución y de inhabilidad por el término de 6 meses para el desempeño de funciones públicas.

"Después de analizar cuidadosamente los elementos de juicio que obran en el proceso, la Fiscalía encuentra que los fundamentos expuestos en la sentencia del Tribunal son acertados y jurídicamente válidos.

"En efecto, en el escrito de demanda que obra a folios 30 a 33 se observa que el señor apoderado de la demandante pidió sólo la nulidad de la Resolución número 001216 de 16 de mayo de 1979 expedida por el Gerente del SENA, Regional Bogotá, mediante la cual se destituyó a la señora Angela Patiño Ruiz.

"Indudablemente al interponerse los recursos de reposición y apelación que cabían contra la mencionada Resolución, me-

diante escrito que obra a folio 160, y decidirse tales recursos por medio de las Resoluciones números 001548 de 31 de mayo de 1979 proferida por el señor Gerente del SENA, Regional Bogotá, número 490 de 15 de junio de 1979, dictado por el Director General del SENA, se agotó la vía gubernativa.

"Pero al no haberse demandado tales Resoluciones que resolvieron los recursos interpuestos es como si no se hubiera agotado la vía gubernativa, lo cual obviamente hace imposible decidir el fondo del asunto, de conformidad con lo que dispone el numeral 1 del artículo 135 del Código Contencioso Administrativo y lo ordenaba la legislación anterior.

"Al quedar en firme dichos actos y no haber sido acusados, lógicamente impiden el restablecimiento de los pretendidos derechos.

"La exigencia del agotamiento de la vía gubernativa no es caprichosa, y lo sería si una vez agotada fuerza opcional y no obligatorio demandar los actos administrativos correspondientes.

"No sobra precisar además, que en estos casos la caducidad de la acción no se cuenta a partir de la notificación del primer acto sino a partir de la del que resuelve el último de los recursos interpuestos, es decir cuando queda en firme la actuación administrativa".

El proceso ha sido reconstruido a la luz de las disposiciones del Decreto extraordinario 3825 de 1985, a causa de su destrucción a raíz de los luctuosos sucesos de 6 y 7 de noviembre del mencionado año en el Palacio de Justicia de Bogotá. Y hallándose en la etapa correspondiente para dictar la sentencia de segunda instancia, a ello pasa la Sala.

Para resolver, se considera:

1. Entre las diversas clasificaciones que, desde distintos puntos de vista, se hacen de las manifestaciones de la voluntad administrativa capaces de producir efectos jurídicos, el acto administrativo necesita de singularísima atención en su naturaleza y en la posición que ocupa dentro del engranaje del derecho público, para poder determinar, en el momento de presentar en su contra una acción en vía jurisdiccional, cómo ha de dirigirse, bien la acción de nulidad simple (art. 66, Ley 167 de 1941; art. 84, Decreto-ley 01 de 1984), bien la acción de plena jurisdicción o de restablecimiento del derecho (arts. 67 y 85, *ibídem*, respectivamente), que son los caminos ordinarios para recabar la invalidación de dichos pronunciamientos de la Administración del Estado.

Ahora bien, mirados los actos administrativos a través de la pespectiva del número de manifestaciones de voluntad que es indispensable tener en cuenta para saber de qué clase se trata, existe la cuatripartita clasificación del acto simple, del acto complejo, del acto colegial y de los actos conexos. Aunque tal clasificación es tan elemen-

tal, la Sala no ha vacilado un instante a explicarla para la máxima claridad que exige el asunto, o más específicamente, el análisis de lo que tratan el recurso y el caso *sub lite*.

Es acto simple, como dicen autores tan notables como Sayagués Lasso, Tretin, Fraga, D'Alessio, Vidal Perdomo, Libardo Rodríguez, Penagos, para no citar sino unos cuantos extranjeros y nacionales, es aquella declaración de voluntad administrativa que emana de un solo pronunciamiento de un solo órgano. Es acto complejo el que requiere varias actuaciones jurídicas para su expedición, como el que está sujeto a autorización previa, aprobación posterior, concepto de otros organismos o autoridades, o que requiere varias aprobaciones. Es acto colegial el producido por entes plurilaterales. Y son, finalmente, actos conexos, las manifestaciones de voluntad administrativa tomadas separadamente por uno o varios órganos respecto de una misma persona, o respecto a un mismo punto, tomadas en situaciones cronológicas desligadas entre sí.

El acto complejo, aunque integrado por una pluralidad de actos física y cronológicamente separados, es tenido como uno solo, por lo cual, cuando se quiere demandar su anulación, es preciso que se invoque la anulación de todos ellos, porque conforman un todo, una unidad; cosa igual ocurre cuando se trata de los actos que conforman y agotan la vía gubernativa.

2. En el caso *sub exámine* se observa, como lo han visto el Tribunal de Cundinamarca, el impugnante del recurso y la distinguida Agente del Ministerio Público, demandose tan solo la declaratoria de nulidad de la primera de las resoluciones que destituyó a la actora del cargo que desempeñaba. Es obvio que si la antigua empleada del SENA interpuso contra esa los recursos de ley, o sea, el de reposición y el de apelación en sede administrativa, la vía gubernativa agotose con los dos pronunciamientos posteriores, por lo que también debieron ser demandados.

3. Como no se hizo así por el demandante y la jurisdicción contencioso administrativa es eminentemente rogada, el libelo resulta inepto como tuvo a bien, de acuerdo con estos postulados, de decretarlo el *a quo*, cuya sentencia amerita ser confirmada. Además, como lo recuerda la señora Fiscal, no sobra precisar que en estos eventos la caducidad de la acción no se cuenta a partir de la notificación del primer acto, sino a partir de la del que resuelva el último de los recursos interpuestos.

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

Falla:

Confírmase la sentencia de 9 de diciembre de 1983 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca —Sección Primera— en este asunto.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen. Cúmplase.

La anterior sentencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 18 de noviembre de 1988.

Aydée Anzola Linares, Ausente; *Reynaldo Arciniegas Baedecker, Pedro Charria Angulo,* Conjuez; *Alvaro Lecompte Luna.*

Miguel A. Perilla P., Secretario Sección Segunda.

NORMA SUSTANTIVA.— Determinación.

Se entiende por norma sustantiva aquella que define o demarca los derechos subjetivos y sus alcances y que puede hallarse indistintamente, como las normas adjetivas, en cualesquiera códigos o estatutos o recopilaciones de disposiciones legales.

Entendiendo lo que reza el artículo 138 del Código Contencioso Administrativo como una especie de señalamiento adicional acerca del derecho de acción, y siendo éste un derecho subjetivo, habrá de concluirse que se trata de una norma sustantiva.

DERECHO DE ACCION. ACCION DE NULIDAD. Individualización del acto.

Cuando no se individualiza el acto acusado de nulidad tal como es él, el ejercicio del derecho de acción carece de asidero jurídico, por lo que tampoco se traba una verdadera relación procesal.

Reiteración jurisprudencial.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., veintinueve de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente número: 1874. Recurso extraordinario de anulación. Actor: Gabriel Orlando Vizcaino Hernández. Recurrente: La Nación (Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional).

Se decide el recurso extraordinario de anulación interpuesto contra la sentencia ejecutoriada de veinticuatro (24) de febrero de mil novecientos ochenta y seis (1986), proferida por el Tribunal Administrativo del Chocó, por medio de la cual declaró nulo el Decreto número 1894 de 5 de julio de 1983 del "Ministerio de Defensa Nacional, mediante el cual separó en forma absoluta del servicio activo de la Policía Nacional, al señor Teniente (r) Gabriel Orlando Vizcaino Hernández, quien después de reunir los requisitos, fue ascendido al grado de Subteniente de la Policía Nacional con fecha 5 de noviembre de 1977, habiendo prestado sus servicios en forma continua en la Institución hasta el día 5 de julio de 1983, cuando fue retirado de la Policía Nacional".

Igualmente dispone el referido proveído que "como consecuencia de la anterior nulidad, se ordena al Ministerio de Defensa, reintegrar

al señor Teniente (r) Gabriel Orlando Vizcaino Hernández, al servicio activo de la Institución al grado que ostentaba en el día de su retiro, reconociéndole los ascensos a que tiene derecho conforme a la carrera profesional de los Oficiales de la Policía Nacional y reconocerle y pagarle al mismo, los sueldos, bonificaciones, subsidios y demás prestaciones que de manera permanente correspondan al grado y cargo que ocupaba dentro de la Policía Nacional, hasta el día cuando efectivamente sea reintegrado al servicio activo, con sujeción a lo previsto por el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo y demás disposiciones pertinentes y concordantes".

Por último, el ameritado fallo dice: "Declárase que no ha existido solución de continuidad en los servicios prestados a la Nación colombiana —Policía Nacional— por el señor Teniente (r) Gabriel Orlando Vizcaino Hernández, para todos los efectos relacionados con prestaciones sociales y ascensos".

Como se ha indicado *ut supra,* en la referencia, del medio de impugnación que se señala en el párrafo precedente, ha hecho uso la Nación (Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional). Los cargos que se esgrimen son los siguientes:

"Primer cargo:

"Acuso la sentencia recurrida por ser directamente violatoria, por aplicación errónea del artículo 138 del Código Contencioso Administrativo.

"Este artículo es muy claro cuando al hablar de la individualización de las pretensiones, dice que en caso de nulidad se identificará el acto con toda precisión, indicándose además los actos de trámite o los que fueron modificados o confirmados en la vía gubernativa.

"En casos como el que nos ocupa, es imperativo demandar el acto administrativo complejo conformado por:

"Fallo de primera instancia, proferido por el Comando del Departamento de Policía del Chocó, con fecha abril 8 de 1983.

"Fallo de segunda instancia, dictado por la Dirección General de la Policía Nacional el 6 de junio de 1983.

"Decreto número 1894 de julio 5 de 1983, proferido por el señor Presidente de la República y el Ministro de Defensa Nacional.

"Lo anterior tiene su asidero legal en lo siguiente:

"Ante la comisión de una falta, que es imputable a un funcionario de la administración —Policía Nacional— se adelanta un proceso disciplinario del cual sobresalen dos etapas independientes aunque conexas que son:

"Primera etapa: Imposición de la sanción.

"De conformidad con el Decreto 1835 de 1979, Reglamento de Disciplina y Honor para la Policía Nacional, se adelantó contra el demandante un informativo disciplinario, que contiene dos manifestaciones de voluntad de la administración, así:

"a) Fallo de primera instancia dictado por el Comando del Departamento de Policía Chocó con fecha abril 8 de 1983;

"b) Fallo de segunda instancia proferido por la Dirección General de la Policía Nacional, el 6 de junio de 1983.

"Ejecutoriado el fallo de segunda instancia, se entiende que la sanción (separación absoluta), existe jurídicamente, pues en él se encuentra plasmada la manifestación de voluntad disciplinaria de la administración —Policía Nacional—.

"*Segunda etapa: Ejecución de la sanción.*

"Impuesta la sanción, corresponde a la autoridad competente ejecutarla, o cumplirla tal como lo establece el artículo 218 del Decreto 1835 de 1979.

"En el presente caso, la autoridad competente para ordenar la ejecución de la sanción era la Presidencia de la República y el Ministerio de Defensa Nacional. En tal virtud, nace a la vida jurídica el Decreto 1894 de julio 5 de 1983.

"En el caso *sub júdice*, se acusó en forma exclusiva y expresa, el Decreto 1894 de julio 5 de 1983, esto es, el acto administrativo de ejecución de la sanción, pero no son así los fallos de primera y segunda instancia, vale decir, los actos administrativos de *imposición* de la sanción.

"Existiendo la presunción de legalidad que ampara los actos administrativos, forzoso es concluir, que el señor apoderado de la parte actora, consideró legal la imposición de la sanción y por ello no solicita su nulidad, pero ilegal la ejecución de la misma y por tal razón la acusa.

"Aceptar que se demande solamente el acto de ejecución de la sanción, es dejar de lado lo establecido en el artículo 138 del Código Contencioso Administrativo.

"En efecto, 'individualizar el acto con toda precisión' como dice el artículo, exige la inclusión de los actos administrativos de imposición de la sanción, porque éstos son tan importantes para el acto de ejecución de la misma, pues son ellos finalmente los que determinaron que el Decreto hoy acusado naciera a la vida jurídica.

"Anulado el acto administrativo de ejecución de la sanción, los actos de imposición de la misma no quedarían sin piso jurídico, puesto que son éstos los que le dieron vida al acto ejecutorio de la sanción (Decreto impugnado).

"No basta con demandar el decreto que separó en forma absoluta al hoy actor, para que queden cobijados con la demanda, los fallos de primera y segunda instancia que le impusieron la

sanción, puesto que nuestra justicia administrativa es rogada y el fallador no puede, sin desbordar los límites de su potestad interpretar el querer del actor, yendo más allá del *petítum*. El fallo *extra petita* no es aceptado en nuestra legislación administrativa.

"La sentencia debe contener decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda, pero no sobre aquellas que no fueron solicitadas, como ocurre en el proceso en comento.

"En el presente caso, al no haberse solicitado la nulidad de los fallos de primera y segunda instancia que reposan en el informativo disciplinario número 002-R 65 adelantado contra el actor por el Comando del Departamento de Policía Chocó mal puede ordenar el Tribunal Administrativo del Chocó, en el numeral segundo de la parte resolutiva del fallo cuya anulación se pretende, ordenar el reintegro del hoy actor. Es evidente que el accionante no cumplió con la carga procesal de que trata el artículo 138 del Código Contencioso Administrativo, siendo inepta la misma, y el Tribunal, desbordando los límites de su potestad, dictó fallo de fondo, cuando ha debido proferir el fallo inhibitorio por ineptitud sustantiva de la demanda, aplicando erróneamente el artículo 138 del Código Contencioso Administrativo.

"Segundo cargo:

"Acuso la sentencia recurrida de ser directamente violatoria, por falta de aplicación, de los artículos 26 de la Constitución Nacional, 150 del Código Contencioso Administrativo y 177 del Decreto 613 de 1977, vigente al momento de los hechos.

"El artículo 26 de la Carta Magna establece que 'nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante el Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio".

"Igualmente, el artículo 177 del Decreto 613 de 1977, subrogado por el artículo 225 del Decreto 2062 de 1984, estatuto orgánico de la carrera de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional, dice:

" 'En las demandas que se ventilen ante las jurisdicciones ordinarias, laboral y contencioso administrativa, que interesen a la Policía Nacional, la admisión de las mismas deberá ser notificada personalmente al Director General de la Policía Nacional, quien en dicho acto podrá constituir apoderado, sin perjuicio de las funciones que correspondan a los Agentes del Ministerio Público'.

"El artículo 150 del Código Contencioso Administrativo, establece a quiénes debe ser notificada la demanda y establece claramente que es parte de la entidad que expida el acto.

"En el presente caso, a pesar de que la Policía Nacional, en aspectos relacionados con discrección y mando depende del Mi-

nisterio de Defensa (art. 16 del Decreto 2137 de 1983), es una institución pública, de carácter permanente y naturaleza oficial (art. 11 del Decreto 2137 de 1983), a quienes debe notificársele personalmente el auto admisorio de la demanda.

"En el caso en comento, el accionante demanda directamente al Ministerio de Defensa Nacional y no solicita sea notificada la demanda al Director General de la Policía Nacional, quien es la persona de mayor jerarquía de la Institución que profirió el acto, porque es la Policía Nacional y no el señor Presidente de la República o el señor Ministro de Defensa Nacional, quienes impusieron la sanción, de separación absoluta de la institución al hoy actor; éstos, simplemente firman el acto de ejecución de la misma, por indicación expresa del artículo 218 del Decreto 1835 de 1979.

"Al propio tiempo, el honorable Tribunal Administrativo del Chocó, quien avocó, por competencia, el conocimiento del presente negocio, no admitió la impropiedad en que incurrió el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, al admitir la demanda, y continúa el trámite, sin citación y audiencia de la parte que profirió el acto.

"Las controversias contra la Policía Nacional, necesariamente sitúan a ésta como parte demandada, por lo que siendo ella parte, debe gozar de las garantías procesales que son básicas en todo juicio. 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" (fls. 250 a 254).

Oposición a la prosperidad del recurso:

A tales pretensiones se opone el apoderado de la parte actora diciendo:

"a) El artículo 198 del Código Contencioso Administrativo, dispone que: 'Podrá anularse una sentencia por *violación directa* de la Constitución Política o de la *ley sustantiva*'.

"En el trámite del presente proceso que culminó con la declaratoria de nulidad del acto administrativo que retiró en forma absoluta de la Policía Nacional a mi patrocinado, no se vislumbra por parte alguna la 'violación directa' de la Constitución Nacional ni de la *ley sustantiva,* por lo siguiente:

"La acción contencioso administrativa se inició en el honorable Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, dentro del término legal y con observancia de todos los presupuestos procedimentales, surtiéndose las notificaciones de rigor, tanto personales como por estado, tal como obra en autos, pues, no notificó en forma personal al señor Agente del Ministerio

Público y al señor Secretario General del Ministerio de Defensa, pues así lo determina el artículo 208 del Decreto-ley número 612 de 1977, que textualmente dice: 'Notificación de Demandas. En las demandas que se ventilen ante la jurisdicción ordinaria, laboral y contencioso administrativa, que interesen al ramo de Defensa, la admisión de las mismas deberá ser notificada personalmente al señor Secretario General del Ministerio de Defensa quien en dicho acto, podrá constituir apoderado, sin perjuicio de las funciones que correspondan a los agentes del Ministerio Público'.

"Lo anterior fue exactamente lo que se hizo en el proceso que nos ocupa, por lo que se ha dado cumplimiento en todas sus partes al debido proceso y, la violación al artículo 26 de la Carta Constitucional se encuentra ausente, al respecto el honorable Consejo de Estado, Sección Segunda, con ponencia del doctor Alvaro Orejuela Gómez, textualmente dijo: 'La Fiscalía Cuarta de la Corporación, en su vista reglamentaria, solicita se declare probada la excepción de inepta demanda, en el que el libelo inicial no designa el representante de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional como lo exige perentoriamente el texto 84 del Código Contencioso Administrativo. Se denegará la prosperidad de la excepción propuesta, si se tiene en cuenta que la disposición en referencia no llega al formulismo que deba indicarse concretamente quien es el representante de los establecimientos públicos ya que ésto, se encuentra expresamente consagrado en las normas de su creación y en aquellas que regulan dicos entres (sic) oficiales. De otra parte, tampoco es necesario señalar el nombre de los Gerentes o Directores de los Establecimientos Públicos que ocupen este cargo en el momento de presentarse la demanda o sustituirse la notificación, pues sería incurrir en un exceso de formalismos, sacrificando el derecho sustancial en el litigio, como lo ha dicho la Sala en repetidas oportunidades al decidir siempre esta misma excepción" (Diciembre 12 de 1981, juicio número 1813, actor: José Francisco Zapata Santacruz).

"De otra parte el inciso segundo del artículo 149 del Código Contencioso Administrativo, establece que: 'En los procesos contencioso administrativos la Nación estará representada por el Ministro, Jefe del Departamento Administrativo, Superintendente, Registrador Nacional del Estado Civil, Procurador o Contralor, según el caso; en general, por la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto o produjo el hecho'.

"En el presente evento el acto administrativo acusado fue expedido por el Ministerio de Defensa Nacional, pues, lo firman el señor Presidente de la República y el señor Ministro de Defensa Nacional, por lo que la persona de mayor categoría es el señor Ministro de Defensa Nacional y el acto administrativo demandado y anulado fue expedido en su despacho.

"Deduciéndose que la notificación de la admisión de la de la (sic) demanda se efectuó a la entidad que produjo el acto admi-

nistrativo acusado y por consiguiente en forma legal, por lo que no se infringió el artículo 150 del Código Contencioso Administrativo.

"Igualmente a la demanda se le dio el trámite adecuado, esto es el que corresponde al contencioso administrativo, y no se incurrió en error procedimental que lleve a la anulación del fallo proferido en única instancia.

"No se incurrió en violación a la ley sustantiva, pues, con relación a la aplicación del artículo 138 del Código Contencioso Administrativo, que trata de la individualización de las pretensiones, se tienen que esta norma empezó a regir a partir de 1º de marzo de 1984, cuando la presente demanda ya había sido presentada, aceptada y tramitada, por lo que su aplicación era imposible, y el honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca ha dicho: 'Cuando la segunda resolución no hace sino confirmar la primera haciendo alusión en aquélla a lo expresado en ésta, resulta inoficioso e innecesario obligar al demandante a cursar los dos actos administrativos, ya que el primero está expresa y virtualmente contenido en el segundo' (Juicio número 058. Autoridades Nacionales. Magistrado ponente: Doctor Luis Alberto Medina Bermúdez. Actor: Hernando Pinzón).

"Por lo brevemente expuesto, pido a la honorable Corporación confirmar el fallo proferido por el honorable Tribunal Contencioso Administrativo del Chocó, en orden a la justicia y equidad" (fls. 261 a 263).

Adicionalmente argumenta el opositor:

"Primer cargo:

"Se acusa la sentencia recurrida de ser directamente violatoria, por aplicación errónea del artículo 138 del Código Contencioso Administrativo.

"Efectivamente el artículo 138 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984) no se aplicó al formular la demanda de nulidad del Decreto número 1894 de 5 de julio de 1983, que retiró del servicio activo de la Policía Nacional a mi patrocinado, por motivo a que para la fecha de los hechos, presentación y aceptación de la demanda, esto es 2 de noviembre y 12 de diciembre de 1983, dicha norma era totalmente desconocida, toda vez que ella empezó a regir a partir de 1º de marzo de 1984, y su observancia y aplicación era totalmente imposible.

"En el recurso extraordinario de anulación se pide al honorable Consejo de Estado dicte fallo inhibitorio por ineptitud sustantiva de la demanda por aplicación errónea del artículo 138 del Código Contencioso Administrativo, empero, para la fecha de presentación de la demanda ante el honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca se encontraba el Código Contencioso Administrativo, contenido en la Ley 167 de 1941, norma que no

habla de la individualización de las pretensiones de la indicación de los demás actos de trámite o de los modificados o confirmados en la vía gubernativa.

"Al efecto el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, textualmente dice: 'Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deba empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación'.

"En similares circunstancias lo dispone el artículo 52 del Código Político y Municipal.

"Sin más elucidaciones claramente se puede llegar a la conclusión de que no se presenta violación al artículo 138 del Decreto 01 de 1984, y el artículo 138 de la Ley 167 de 1941, dice que: 'Las pruebas que se hubieren practicado en la primera instancia, y agregado al expediente después de la citación para sentencia y antes de dictarse ésta, podrán ser estimadas por el Consejo de Estado al estudiar el negocio en la segunda instancia'.

"Norma que no guarda ninguna relación con la individualización de las pretensiones, por lo tanto este cargo no prospera para la producción de fallo inhibitorio.

"Segundo cargo:

"Se acusa la sentencia recurrida de ser directamente violatoria, por falta de aplicación, de los artículos 26 de la Constitución Nacional, 150 del Código Contencioso Administrativo, y 177 del Decreto 613 de 1977.

"Siguiendo el orden enunciativo de las disposiciones violadas se tiene:

"a) Falta de aplicación del artículo 26 de la Constitución Nacional.

"En el presente evento en ningún momento se desconoció dicha norma, pues, el proceso y la sentencia están en toda su tramitación acorde con su observancia, siendo así que el proceso se adelantó y tramitó bajo el imperio de las normas constitucionales y legales vigentes para el momento de su tramitación y ante Tribunal competente según la Ley 167 de 1941, que indicaba los lineamientos de dicha actuación, y una vez en vigencia el Decreto 01 de 1984, fue remitido al Tribunal competente que era el de el Chocó y allí se tramitó con la observancia a plenitud de las formas propias que correspondían a ese juicio, se aportaron las pruebas conducentes y se efectuaron las notificaciones de rigor, tal como se demostrara más adelante.

"En la demanda de anulación no se hace mención ni se concreta cuál fue la causa de la violación del artículo 26 de la

Constitución Nacional en el curso del juicio y la producción de la sentencia, esto es que no se hace un cargo o relación concreta en qué momento procesal ocurrió su inaplicabilidad y cuáles sus consencuencias, tal como lo ordena el numeral 3º del artículo 199 del Decreto 01 de 1984.

"Al respecto la honorable Corte Suprema de Justicia ha dicho: 'La norma de derecho sustancial puede resultar infringida por la sentencia de tres maneras: Por falta de aplicación, por aplicación indebida o interpretación errónea. Viólase la ley por falta de aplicación cuando no se hace obrar el presepto (sic) pertinente en el caso controvertido, debiendo haberse aplicado en el fallo...' (Casación Civil, 1º de abril de 1975).

"b) Que igualmente se violó el artículo 177 del Decreto número 613 de 1977, que establece: 'En las demandas que se ventilen ante las jurisdicciones ordinaria, laboral y contencioso administrativa, que interesen a la Policía Nacional, la admisión de las mismas deberá ser notificada personalmente al Director General de la Policía Nacional, quien en dicho acto podrá constituir apoderado, sin perjuicio de las funciones que correspondan a los Agentes del Ministerio Público'.

"Con respecto a la supuesta violación de esta norma, en ningún momento se presentó dicha transgresión en el proceso y fallo acusado si se tienen en cuenta las siguientes consideraciones de orden legal:

"1º El acto administrativo demandado, esto es el Decreto número 1894 de 5 de julio de 1983, que retiró del servicio a mi patrocinado, fue producido por el Ministerio de Defensa Nacional, es decir en él solamente se encuentran las firmas del señor Presidente de la República y Ministro de Defensa Nacional y, en el membrete del papel utilizado para la elaboración del mencionado Decreto solamente se lee: 'República de Colombia. Ministerio de Defensa Nacional. Secretaría General'. No encontrándose membrete, inscripción o firma alguna de funcionario de la Policía Nacional, por lo que el señor Magistrado del honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca doctor Jaime Mossos Guarnizo, dispuso que el auto admisorio de la demanda se notificara personalmente al señor Secretario General del Ministerio de Defensa Nacional, a quien efectivamente se notificó en forma personal, tal como consta al folio 89, vuelto, del proceso, y al folio 90 obra la constancia de que el Mayor General Diego A. González Ossa, para esa fecha desempeñaba el cargo de Secretario General del Ministerio de Defensa Nacional, constancia que fue agregada al proceso en el momento de la notificación y si no designó apoderado en ese momento fue por omisión suya o porque no lo consideró procedente, y si hubiera considerado que la notificación no era de su competencia le hubiera dado traslado de la notificación al Director General de la Policía Nacional o la entidad correspondiente. En el mismo folio 90 obra la notificación personal efectuada al señor Agente del Ministerio Público y por Estado.

"El Decreto número 612 de 1977 (marzo 15) reorgánico de la carrera de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares dictado en uso de las facultades extraordinarias de la Ley 60 de 1976, en su artículo 208 establece que: 'En las demandas que se ventilen ante las jurisdicciones ordinaria, laboral y contencioso administrativa que interesen al Ministerio de Defensa, la admisión de las mismas deberá ser notificada personalmente al Secretario General del Ministerio de Defensa, que en dicho acto podrá constituir apoderado, sin perjuicio de las funciones que correspondan a los Agentes del Ministerio Público'. El mismo decreto en el artículo 218 deroga las disposiciones que le sean contrarias.

"Lo anterior fue lo que exactamente se hizo, notificar en forma personal al señor Secretario General de Defensa Nacional, toda vez que el Decreto demandado había sido producido en su despacho y en atención a que el artículo 16 del Decreto 2137 de 1983, textualmente dice: 'La Policía Nacional para efectos de dirección y mando depende del Ministerio de Defensa Nacional'.

"De otra parte los decretos dictados por el Ministerio de Defensa Nacional siempre se dirigen a disponer la organización, actividades, sueldos, prestaciones, etc., del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y es así como el Decreto 772 de 1978 (abril 28) fija los sueldos básicos para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, de los Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional y de los empleados públicos de las Fuerzas Militares, la Policía Nacional y del Ministerio de Defensa.

"Posteriormente, con fecha julio 4 de 1978, el Ministerio de Defensa dicta el Decreto 1288, modificando el Decreto 772 de 1978, reajustando los sueldos básicos mensuales para el personal de Oficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

"Con fecha 5 de julio de 1978 produce el Decreto número 1300, por medio del cual se reglamentan algunas disposiciones del Decreto 612 de 1977, reorgánico de la carrera de Oficiales y Suboficiales. Para no citar más decretos, todos estos actos administrativos son firmados por el señor Presidente de la República y el Ministro de Defensa Nacional, como representante legal de dicho Ministerio. Presentándose entonces el interrogante si en el supuesto de ser demandado cualquiera de estos decretos ante lo Contencioso Administrativo es requisito legal notificar en forma personal al Director de la Policía o a los Comandantes del Ejército, Armada o Fuerza Aérea?

"El honorable Consejo de Estado al fallar una demanda similar a la presente dijo: 'La Fiscalía Cuarta de la Corporación, en su vista reglamentaria, solicita se declare probada la excepción de inepta demanda, en el que el libelo inicial no designa el representante de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional como lo exige perentoriamente el texto 84 del Contencioso Administrativo. Se denegará la prosperidad de la excepción propuesta, si se tiene en cuenta que la disposición en referencia no llega al formalismo de que deba indicarse concretamente quien es el

representante de los establecimientos públicos ya que ésto, se encuentra expresamente consagrado en las normas de su creación y en aquellas que regulan dichos entes oficiales. De otra parte, tampoco es necesario señalar el nombre de los Gerentes o Directores de los Establecimientos Públicos que ocupen este cargo en el momento de presentarse la demanda o sustituirse la notificación, pues sería incurrir en un exceso de formalismos, sacrificando el derecho sustancial en litigio, como lo ha dicho la Sala en repetidas oportunidades al decidir siempre esta misma excepción' (Diciembre 12 de 1981. Juicio número 1813. Sección Segunda. Magistrado ponente doctor Alvaro Orejuela Gómez. Actor: José Francisco Zapata Santacruz).

"El Decreto número 613 de 1977, fue reglamentado por el número 08 de enero 8 de 1980, con base en las facultades del numeral 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional y en este Decreto no se hace mención alguna a que las demandas que interesen a la Policía Nacional deben ser notificadas al Director de esta Institución y, en el artículo 160 deroga las disposiciones reglamentarias que le sean contrarias.

"El Decreto número 613 de 1977, no es ley sustantiva para los efectos del recurso extraordinario de anulación, pues no fue producido conforme a los lineamientos previstos en los artículos 76, 121 y 122 de la Constitución Política y por tanto no tiene fuerza de ley sustantiva en su acepción formal u orgánica.

"Al respecto el honorable Consejo de Estado se ha pronunciado en la siguiente forma: 'Por su parte, el artículo 197 del mismo Estatuto (C. C. A.) dispone como única causal de anulación la «violación directa de la Constitución Política o de la ley sustantiva». En materia constencioso administrativa se explica en atención a que a la Carta Fundamental se han llevado a muchos preceptos sobre la organización o funcionamiento administrativo, de carácter sustancial, proceso que la doctrina denomina la constitucionalización del derecho administrativo. Igualmente, para precisar el concepto de «ley sustantiva» (sustancial, dice la moderna terminología), para diferenciarla de la acepción gramatical con que Jeremías Bentham distinguió el derecho sustantivo del adjetivo debe decirse que, por una parte, el bocablo «ley» hay que entenderlo en su acepción formal u orgánica, o sea la del Congreso de la República y decretos que tienen fuerza de ley por disposición constitucional, y, por otra, que la «sustantiva» o sustancial es aquella que no es procedimental, cualquiera que sea el código en donde se encuentre la norma. Así mismo debe precisarse que el carácter «directo» de la violación resulta de enfrentar objetivamente y sin intermediación alguna los términos de la sentencia con los de la norma constitucional para deducir si ésta dejó de aplicarse, o se le dio aplicación indebida, o fue interpretada erróneamente, únicas vías que para el efecto señala la lógica' (Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 14 de mayo de 1985. Consejero ponente doctor Gustavo Humberto Rodríguez. Expediente 010. Actor: Lino Infante).

"c) Se acusa la sentencia recurrida de ser directamente violatoria, por falta de aplicación del artículo 150 del Código Contencioso Administrativo, como no se indica a qué Código se refiere, hay que entender que se hace referencia al Código Contencioso Administrativo que contiene la Ley 167 de 1941, que era el que se encontraba vigente para la época de los hechos, presentación y aceptación de la demanda de nulidad del Decreto número 1894 de 5 de julio de 1983, y dicho artículo se encuentra dentro del Capítulo de Revisión de Carta de Naturaleza y hace relación a que en la demanda se expresarán con toda claridad los hechos en que se funda la revisión de las Carta de Naturaleza, lo cual no guarda ninguna relación con el caso llevado en recurso estraordinario (sic) de anulación que nos ocupa.

"Si se trata del artículo 150 del Decreto número 01 de 1984, que trata de la notificación del auto admisorio de la demanda, como antes quedó anotado, esta norma solamente empezó a regir el 1º de marzo de 1984, y la presentación y aceptación de la demanda ocurrió en el año 1983, cuando aún esta norma era desconocida. En relación con la notificación de la demanda este hecho quedó ampliamente aclarado en acápites anteriores. Por lo que la alegada inaplicación de esta norma no tiene ninguna injerencia en el recurso de anulación impetrado y este cargo no puede prosperar.

"Con respecto a la citación de normas equivocadas para la interposición de los recursos extraordinarios, la honorable Corte Suprema de Justicia dijo: 'Si el recurrente incurre en error al señalar las causales de casación que invoca, las consecuencias de ese error deber (sic) recaer sobre quien las cometió, sin que el Poder Judicial tenga facultad para enmendarlo o para salirse de la estricta aplicación de la ley' (Casación de agosto 23 de 1907).

"Como claramente puede observarse que para interponer el recurso extraordinario de anulación contra el fallo de fecha 24 de febrero de 1986, proferido por el honorable Tribunal Contencioso Administrativo del Chocó, se invocaron normas que no se encontraban vigentes en el momento de la tramitación del proceso o equivocadas, pido respetuosamente al honorable Consejo de Estado se digne confirmar el fallo impugnado" (fls. 276 a 282).

Concepto del Ministerio Público:

Emitido por la señora Fiscal Quinta de la Corporación, reza:

"La doctora apoderada de la Policía Nacional formula los siguientes:

"1º Ser directamente violatoria, por aplicación errónea del artículo 138 del Código Contencioso Administrativo.

"2º Ser directamente violatoria, por falta de aplicación, de los artículos 26 de la Constitución Nacional; 150 del Código Contencioso Administrativo y 177 del Decreto 613 de 1977.

"Para sustentar el primer cargo se argumenta que según el artículo 138 del Código Contencioso Administrativo, era imperativo demandar el acto administrativo complejo conformado por:

"—Fallo de primera instancia, proferido por el Comando del Departamento de Policía del Chocó, con fecha 8 de abril de 1983.

"—Fallo de segunda instancia, dictado por la Dirección General de la Policía Nacional el 6 de junio de 1983.

"—Decreto número 1894 de julio 5 de 1983, proferido por el señor Presidente de la República y el Ministro de Defensa Nacional.

"Se afirma que ante la comisión de una falta se adelanta un proceso disciplinario, del cual sobresalen dos etapas: La de la imposición de la sanción que se cumple con los fallos de 1ª y 2ª instancia proferidos por la Policía Nacional y la de ejecución de la sanción que compete al Presidente de la República.

"Se concluye diciendo que aceptar que se demande solamente el acto de ejecución de la sanción, es dejar de lado lo establecido en el artículo 138 del Código Contencioso Administrativo y que el Tribunal, desbordando los límites de su potestad, dictó fallo de fondo, cuando debió proferirlo inhibitorio por ineptitud sustantiva de la demanda.

"Respecto al segundo cargo se dice que al no cumplir con la notificación del auto admisorio de la demanda al Director General de la Policía como lo ordena el artículo 177 del Decreto 613 de 1977, se violó el artículo 26 de la Constitución, el cual prescribe que nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa ante Tribunal competente y observando la plenitud de las normas propias de cada juicio.

"Que las controversias contra la Policía Nacional, necesariamente sitúan a ésta como parte demandada, por lo cual debe gozar de las garantías procesales que son básicas en todo juicio. Que 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.

"A juicio de esta Fiscalía, son ciertos y jurídicamente válidos los anteriores razonamientos.

"En efecto, no sólo bajo la vigencia del Nuevo Código Contencioso Administrativo adoptado por el Decreto 01 de 1984, sino también bajo la vigencia del anterior —Ley 167 de 1941—, era indispensable para obtener el restablecimiento de derechos, la desaparición de la vida jurídica de todos los actos que se consideraban violatorios de tales derechos por ser contrarios a normas positivas.

"En el caso concreto del Teniente Gabriel Orlando Vizcaíno Hernández, estando vigentes, por no haber sido controvertidos por vía jurisdiccional actos como los que aparecen a folios 55 a 60 y 72 a 74, se hace imposible el restablecimiento de sus pretendidos derechos.

"En dichos actos se le impuso la sanción de separación absoluta de la Policía Nacional y el Decreto 1894 de 5 de julio de 1983, proferido por el señor Presidente de la República y no por el Ministro de Defensa como lo afirman el actor en la demanda y el Tribunal en el fallo recurrido, constituyó simplemente un acto de ejecución, de cumplimiento de la sanción impuesta, por ser de competencia del Gobierno el nombramiento y retiro de Oficiales de la Policía, de conformidad con el Decreto 613 de 1977 y el 1835 de 1979, vigentes cuando ocurrieron los hechos.

"Si no se cumplió con el requisito procesal, de acusar la totalidad de actos proferidos por vía administrativa, la decisión del Tribunal ha debido ser inhibitoria, por falta del presupuesto procesal de demanda en forma.

"Por otra parte, no cabe duda ninguna acerca de la obligación de notificar el auto admisorio de las demandas que interesen a la Policía Nacional, al Director General de la Institución. Así lo han ordenado inveteradamente todas las normas anteriores y posteriores a la iniciación de ese juicio, y a la obligación continúa según el artículo 225 del Decreto 2062 de 1984 que derogó el 117 del Decreto-ley 613 de 1977, expedido en uso de facultades extraordinarias.

"Sin embargo, es constante la jurisprudencia del honorable Consejo de Estado respecto a los alcances de las normas que regulan el recurso extraordinario de anulación, según la cual, éste no puede considerarse como otra instancia para corregir los errores de procedimiento de valoración de las pruebas que se tuvieron en cuenta para proferir el fallo.

"La violación de normas constitucionales y legales sustantivas, debe ser directa y se excluye la posibilidad de invocar las de procedimiento.

"En el caso que nos ocupa, la violación del artículo 26 de la Constitución se deducirá del desconocimiento de disposiciones procedimentales como las que se citan por la entidad recurrente, y que no son de recibo para fundamentar este recurso extraordinario.

"No obstante observa la Fiscalía, que aun cuando a su juicio y por las anteriores razones, no está llamado a prosperar el recurso extraordinario de anulación, la sentencia resulta de imposible cumplimiento.

"En efecto, ninguna sentencia puede conducir a actos contrarios a derecho ni obligar a los funcionarios administrativos a violar la ley o a desconocer actos administrativos ejecutoriados y vigentes.

"El Tribunal Administrativo del Chocó incurrió en irregularidades tales como la de anular un acto que no aparece en el proceso.

"El que obra a folio 75 es el Decreto 1894 de 5 de julio de 1983, proferido por el señor Presidente de la República, con la firma del Ministro de Defensa Nacional, es decir, por el Gobierno.

"En la demanda se acusa un acto distinguido con ese número y fecha pero proferido por el Ministro de Defensa.

"Ese fue el que se declaró nulo en la sentencia recurrida, pero no coincide con el que en copia se aportó al proceso como acto acusado, pues no es lo mismo el Gobierno que el Ministerio de Defensa.

"En este orden de ideas es preciso concluir que el Decreto por medio del cual el Teniente Gabriel Orlando Vizcaíno Hernández fue separado en forma absoluta del servicio activo de la Policía Nacional continúa vigente, y también lo están las providencias de 8 de abril y 6 de junio de 1983, proferidas por el Comando General de la Policía Nacional, respectivamente, en las cuales se le sanciona con separación absoluta.

"Tales actos impiden el restablecimiento del derecho ordenado, por lo demás, a una autoridad sin facultad para ello pues es competente el Gobierno y no el Ministro de Defensa, por la sentencia recurrida.

"En los anteriores términos esta Agencia del Ministerio Público rinde concepto adverso a la prosperidad del recurso extraordinario de anulación" (fls. 285 a 389).

De esta suerte, habiéndose agotado las etapas correspondientes a esta clase de asuntos, y no observándose tacha alguna que afecte la validez de lo actuado,

Para resolver se considera:

I. Cuestiones generales sobre el recurso extraordinario de anulación.

Ya es suficientemente conocida la jurisprudencia del Consejo de Estado, a través de su Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y de sus Secciones, acerca de la naturaleza y de los alcances del recurso extraordinario de anulación. Instituido como medio de impugnación *sui géneris* contra sentencias ejecutoriadas por el Capítulo III, Título XXIII, Libro Cuarto del nuevo Código Contencioso Administrativo, se endereza contra fallos de única o de segunda instancia dictadas por las Secciones del Consejo de Estado y contra las de la única dictadas por los Tribunales administrativos (art. 194), debiéndose interponer "dentro de los veinte (20) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia" (art. 196) para que de él se conozca al tenor de lo preceptuado en el artículo 186 (art. 195).

"En cuanto a la única causal para su prosperidad (art. 197), o sea la 'violación directa de la Constitución Política o de la ley sustantiva',

se ha planteado que ella asemeja al mencionado recurso con el de casación existente en el Código de Procedimiento Civil respecto de la causal primera señalada en el artículo 138, es decir, 'ser la sentencia violatoria de una norma de derecho sustancial, por falta de aplicación, por aplicación indebida o por interpretación errónea', lo que equivale al llamado por los doctrinantes *'error iuris in iudicando'*, debiéndose descartar, por ende, cualquier cuestión de índole procedimental o adjetiva o de carácter probatorio o fáctico. Además, es indispensable que el recurrente demuestre (art. 199-3) 'la incidencia de la violación de la norma legal concreta en la parte resolutiva' de la providencia".

Ha de recordarse que se entiende por norma sustantiva aquella que define o demarca los derechos subjetivos y sus alcances y que puede hallarse, indistintamente, como las normas adjetivas, en cualesquiera código o estatutos o recopilaciones de disposiciones legales. Y, en contraste, ha de entenderse por *norma adjetiva* aquella que señala los ritos, las formas, las maneras de actuar en determinados asuntos o circunstancias.

Igualmente, ha de recordarse también que "el derecho subjetivo se define, o como interés jurídicamente protegido —es decir, objetivamente jurídico, protegido por normas de derecho—, o como querer jurídicamente reconocido" (Kelsen "Teoría General del Estado", pág. 72).

Bajo esas pautas, pues, pasan a analizarse los dos cargos que la recurrente formula contra el proveído del Tribunal del Chocó.

II. Del primer cargo: Violación directa, por aplicación errónea, del artículo 138 del Código Contencioso Administrativo.

Dice la disposición:

> "*Individualización de las pretensiones.* Cuando se demande la nulidad de un acto se individualizará éste con toda precisión pudiéndose indicar también los actos de trámite, o los que fueron modificados o confirmados en la vía gubernativa.
>
> "Cuando se pretendan condenas o declaraciones diferentes de la simple nulidad de un acto, deberán enunciarse clara y separadamente en la demanda".

Cabe preguntar entonces: ¿Cómo podrá clasificarse la norma, como sustantiva o como adjetiva? ¿Determinará una prerrogativa de la que sea un sujeto de derecho o simplemente demarcará un ritual que ha de cumplirse al presentar una demanda de nulidad ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo?

Quepa decir, antes de dar respuesta explicativa a tales interrogantes, que la acción, entendida como camino o sendero que la ley positiva pone a disposición de las personas —naturales o jurídicas, particulares o públicas— para acudir, mediante demanda, a las autoridades jurisdiccionales con el fin de recabar ciertas pretensiones, es de entender que se trata *de un derecho,* de un derecho que reposa en un sujeto que, frente a ciertos "sucesos" que han acaecido, tiene la prerrogativa de acudir a órganos jurisdiccionales para que se dirima

el litigio que, respecto a uno o varios derechos, tiene frente a otra u otras personas. De manera que, objetivamente estimada, la acción puede considerarse, y así lo es, como un mecanismo, como un medio; pero cuando la persona *actúa* como demandante, con fundamento en unas pretensiones, está haciendo *uso de un derecho que es suyo*, y, en ese sentido, puede hablarse, con toda propiedad, del *derecho de acción*.

De allí que la Sala entienda lo que reza el artículo 138 que se acaba de transcribir como una especie de señalamiento adicional acerca del derecho de acción y que, siendo éste un derecho subjetivo, habrá de concluirse que se trata de una norma sustantiva.

Sin embargo, queda la duda en torno a su aplicación errónea alegada por el recurrente como causal de la violación directa, ante la circunstancia de que la parte actora, quien, como es obvio y se ha visto, se opone a la anulación solicitada, ha dicho que esa norma era inaplicable por haberse incoado el libelo cuando aún no estaba rigiendo el actual Código Contencioso Administrativo (Decreto-ley 01 de 1984), porque ella fue presentada el 5 de julio de 1983. Pero cuando fue presentada la demanda regía una norma similar, contenida en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, antiguo, que era del siguiente tenor:

> "Si la acción intentada es la de nulidad del acto administrativo se individualizará este con toda precisión y si se demanda el restablecimiento de un derecho, deberán indicarse las prestaciones que se pretenden, ya se trate de indemnizaciones o de modificaciones o reforma del acto demandado o del hecho u operación administrativa que causa la demanda".

Ahora bien, como para ejercer el derecho de acción, o más específicamente, el *derecho de acción de nulidad de un acto administrativo*, bien bajo la égida de la Ley 167 de 1941 o bajo la del Decreto-ley 01 de 1984 es indispensable que ese acto *se individualice con toda precisión*, si esa precisión no se observa y no obstante ello el Tribunal del conocimiento lo pasa por alto y falla de fondo el litigio sometido a su juicio indebidamente, es claro que hubo aplicación errónea en cuanto a esa norma sustantiva concierne y, si contra ese fallo se formula recurso extraordinario de anulación u otro semejante, sosteniéndose y demostrándose que se aplicó erróneamente la norma transcrita en sus dos versiones, se ve que hay causal suficiente para que el órgano superior de lo contencioso administrativo, el Consejo de Estado, proceda en consonancia.

Debe hacerse memoria a lo que respecto a este punto ha expresado jurisdiccionalmente el Consejo:

> "A la sentencia para que pueda considerarse como tal, con capacidad para hacer tránsito a cosa juzgada, no le basta la forma. Es indispensable que pueda aceptársela como sentencia material, que su pronunciamiento sea el acto con que culmine un proceso regular, lo que depende de que la relación procesal se haya establecido conforme a la ley. Esta relación *reclama unos presupuestos* que los doctrinantes llaman procesales de la acción, *pero también requiere la existencia de los de la pretensión.*

Eduardo Couture explica muy sobriamente el punto al advertir que 'la pretensión procesal es la autoatribución de un derecho y la petición de que sea tutelado' y para evitar nuestros frecuentes equívocos insiste en que 'los presupuestos procesales de esa pretensión no consisten tanto en la efectividad de ese derecho, *como en la posibilidad de ejercerlo*' (Subraya la Sala).

"El mismo autor comenta que 'si ha habido caducidad del derecho o no ha agotado la vía administrativa o el pretensor aduce su propia falta... la pretensión no puede prosperar'. Si el Juez, por inadvertencia o por error, decide sobre el derecho argüido a pesar de que el actor lo pide después de caducado su derecho, la sentencia carece de fuerza vinculatoria porque resulta de una relación procesal *irregularmente trabada,* que es su condición para que el fallo sea un acto jurídico. Si no hay acto aunque exista una providencia con forma de sentencia, ésta será un mero hecho puesto que el Juez no es competente para pronunciarse sobre una petición que la ley prohíbe que sea formulada o, en otras palabras, que no puede presentarse después de transcurrido cierto plazo..." (Sentencia 19 de septiembre de 1974, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Miguel Lleras Pizarro. Actor: Roberto Lowenthal Salomón; "Diccionario Jurídico", María Elena Giraldo Gómez y Nubia González Cerón, D-I, Tomo II).

A ojos de la Sala, cuando no se individualiza el acto acusado de nulidad tal como es él, el ejercicio del derecho de acción carece de asidero jurídico, por lo que tampoco se traba una verdadera relación procesal. Y ese no ejercicio adecuado del derecho de acción impide que la sentencia sea verdaderamente tal; y al establecerse ello, al establecerse que existe de ese modo un quebranto a esa norma sustancial sobre el derecho de acción, habrá que declarar la nulidad del fallo, si se ha usado del recurso extraordinario u otro similar.

Y es lo sucedido en el caso *sub lite: El acto no fue individualizado en su integridad,* pues está contenido no sólo en el Decreto número 1894 de 1983 —24 de febrero—, sino también por el "fallo" de primera instancia dictado por el Comando del Departamento de Policía "Chocó" de 8 de abril de 1983 y por el "fallo" de segunda instancia proferido por la Dirección General de la Policía Nacional de 6 de junio de 1983. Ellos forman un verdadero y cabal acto administrativo complejo, pues es una sola manifestación de voluntad de la Administración; aunque constante de una pluralidad de pronunciamientos, es una singularidad jurídicamente hablando. Y siendo ello así, habrá la Sala que decidir en consecuencia. No hay porqué, entonces, que analizar el segundo cargo esgrimido por la parte recurrente la prosperidad, como en efecto prospera, el primero. Y en consecuencia, el Consejo asume su función de Juez de instancia para declararse inhibido para decidir en el fondo.

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

Falla:

1º Declárase la anulación de la sentencia de veinticuatro (24) de febrero de mil novecientos ochenta y seis (1986) dictada por el Tribunal Administrativo del Chocó en este asunto.

2º Declárase inhibido para decidir en el fondo acerca de las peticiones de la parte actora.

3º Queda cancelada la caución prestada por la parte recurrente. Desglósese la póliza judicial cuando fuere oportuno para los efectos del caso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de su origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 25 de noviembre de 1988.

Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Julio César Obando Correa, Conjuez; *Alvaro Lecomte Luna.*

Miguel A. Perilla P., Secretario.

INCORA.— Competencia. BALDIOS. Presunción.

El INCORA sí tiene competencia para clarificar la situación de las tierras urbanas, desde el punto de vista de su propiedad.

Fue el artículo 4º de la Ley 70 de 1866 (julio 4) el que por primera vez consagró la presunción de baldíos de las islas marítimas nacionales.

DECLARA LA NULIDAD DE LA RESOLUCION 035 de mayo 7 de 1980, de la Junta Directiva del INCORA.

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.*

Colaboró: Magistrado auxiliar: *Doctor Fernando Ospina Henao.*

Referencia: Expediente número 3489. Baldíos. Nulidad de las Resoluciones números 035 de mayo 7 de 1980 y 059 de julio 29 de 1981 dictadas por el "INCORA". Actor: Cementos del Caribe S. A. y Parrish & Cía. S. A.

I

Por conducto de apoderado legalmente constituido, las sociedades Cementos del Caribe S. A. y Parrish & Compañía S. A., demandaron la nulidad de la Resolución número 035 de 7 de mayo de 1980, originaria de la Junta Directiva del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria "INCORA", por medio de la cual se declaró que son baldíos los terrenos que conforman el predio rural denominado Isla de San Nicolás, ubicado en jurisdicción del Municipio de Barranquilla; y la Resolución número 059 de 29 de julio de 1981, proferida por el mismo órgano, en virtud de la cual no se repuso la anterior.

Agotada la tramitación procesal de ley, sin que se observe causal de nulidad que vicie la actuación, se procede a dictar el fallo correspondiente.

Para una mejor comprensión del asunto, se transcribe a continuación lo pertinente de la demanda.

Petitum:

"*Primera:* Es *nula* la Resolución número 035 de 7 de mayo de 1980, de la Junta Directiva del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria 'INCORA', por la cual 'se declara que son baldíos los terrenos que conforman el predio rural denominado Isla de San Nicolás, ubicado en jurisdicción del Municipio de Barranquilla, Departamento del Atlántico', y se ordena la cancelación de unos registros en relación con el mencionado predio.

"*Segunda:* Es igualmente *nula* la Resolución número 059 de 29 de julio de 1981, de la Junta Directiva del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria 'por la cual no se repone la Resolución número 035 de 7 de mayo de 1980, que declaró baldíos los terrenos que conforman el predio rural denominado Isla de San Nicolás, ubicado en jurisdicción de Municipio de Barranquilla, Departamento del Atlántico'.

"*Tercera:* Como consecuencia se *declara* que son de propiedad privada de Cementos del Caribe S. A., las tierras que conforman o integran la denominada Isla de San Nicolás y cuyos linderos son los siguientes: 'Un globo de terreno con una extensión superficiaria de un mil ciento veinticinco (1.125) hectáreas, más o menos cubierta hoy parcialmente por las aguas del Mar Caribe denominada Isla de San Nicolás, que está situada en el Corregimiento de La Playa en jurisdicción del Municipio de Puerto Colombia, en este Departamento y con los siguientes linderos: Por el norte, linda con la Ciénaga de Mallorquín, hoy conectada con el Mar Caribe; por el sur, con Ciénaga de La Playa y Caño de la Barrita Viejo (hoy parcialmente cegado), y linda en parte con finca El Puente de propiedad de los compradores (antes Ujueta & Colpañía); por el éste linda con el Tajamar Occidental del Río Magdalena (Obra de Bocas de Ceniza) y por el oeste, linda con el Mar Caribe y Ciénaga del Barrial con sus mejoras actuales. Para mayor claridad de lo antes dicho se agrega al protocolo y como parte integrante de la presente escritura copia de un plano del globo de la Isla de San Nicolás'.

"*Cuarta:* Igualmente, que a manera de restablecimiento de los derechos desconocidos en la expedición de las providencias que se anulan, *se condene* al Instituto de la Reforma Agraria 'INCORA', a pagar a mis poderdantes, Cementos del Caribe S. A. y a Parrish & Compañía S. A., o a quienes sus derechos representen, el monto de los daños de toda índole que se le han causado. Los perjuicios comprenden el daño emergente y el lucro cesante. El daño se actualizará en su valor al momento de la sentencia siguiendo para ello los procedimientos técnicos empleados por la Sección Tercera de esa honorable Corporación.

"Si no se pudiere establecer la cuantía de los daños, su valor será tasado mediante el incidente de que tratan los artículos 307 y 308 del Código de Procedimiento Civil.

"*Quinta:* A la sentencia se le dará cumplimiento en la forma y términos prevenidos en el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo" (fls. 88 y 89, cuaderno 1).

Causa petendi:

"Las peticiones que se formulan tienen sus fundamentos en la situación fáctica que a continuación se narra:

"1º Parrish & Compañía S. A. y Cementos del Caribe S. A., son desde el año de 1967, propietarios y poseedores inscritos de un bien inmueble, ubicado en jurisdicción de los municipios de Puerto Colombia y Barranquilla, denominado 'Isla de San Nicolás' o 'Los Pantanos'. Esta propiedad la tienen en común y proindiviso, bien que tiene los siguientes linderos: Por el norte, linda con la Ciénaga de Mallorquín, hoy conectada con el Mar Caribe; por el sur, con Ciénaga de La Playa y Caño de la Barrita Viejo (hoy parcialmente cegado), y linda en parte con finca El Puente de propiedad de los compradores (antes Ujueta & Compañía); por el éste linda con el Tajamar Occidental del Río Magdalena (Obra de Bocas de Ceniza) y por el oeste, linda con el Mar Caribe y Ciénaga del Barrial con sus mejoras actuales.

"2º Dicho bien fue adquirido por mis poderdantes mediante escrituras públicas números 2996 de 1967 de la Notaría 3ª de Barranquilla y que tiene las siguientes tradiciones de transferencias de dicha propiedad y por medio de las escrituras públicas números: 1100 de 29 de mayo de 1967 de la Notaría 3ª del Circuito de Barranquilla; 2996 de 29 de diciembre de 1967 de la Notaría 3ª del Circuito de Barranquilla; 157 de noviembre 9 de 1887 de la Notaría 1ª del Circuito de Barranquilla; 149 de julio 28 de 1880 de la Notaría 1ª del Circuito de Barranquilla; 575 de agosto 28 de 1900 de la Notaría 1ª del Circuito de Barranquilla; 505 de junio 1º de 1904 de la Notaría 2ª del Circuito de Barranquilla; 106 de abril 7 de 1906 de la Notaría 2ª del Circuito de Barranquilla; 1584 de diciembre 25 de 1914 de la Notaría 1ª del Circuito de Barranquilla; 1253 de abril 30 de 1945 de la Notaría 3ª del Circuito de Barranquilla; 1301 de mayo 18 de 1950 de la Notaría 2ª del Circuito de Barranquilla; 582 de marzo 5 de 1951 de la Notaría 2ª del Circuito de Barranquilla. Todas debidamente registradas en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Barranquilla.

"3º Sobre ese bien mis poderdantes y sus antecesores, han ejercido los actos de señor y dueños que las condiciones agrológicas del terreno permiten, y desde hace varios años adelantan las gestiones y los trabajos necesarios para adecuar las tierras y establecer allí una urbanización de tipo industrial. Así mismo, han elaborado los estudios necesarios para los trabajos de defensa de las avenidas de las aguas que lo limitan.

"4º Como la sociedad 'Monómeros Colombo Venezolanos S. A.', presentó una solicitud de adjudicación sobre parte del inmueble denominado 'Los Pantanos', mis poderdantes estimaron sus derechos a oponerse a esa adjudicación por ser ella propietataria de esas tierras. Esa decisión de mis clientes, dio lugar a que el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, por Resolución número 00734 de 10 de noviembre de 1978, de la Dirección Regional del Proyecto Atlántico, ordenara iniciar las diligencias tendientes a clarificar la propiedad del predio rural denominado 'Isla de San Nicolás' o 'Los Pantanos', cuyos linderos se han transcrito en otra parte de este memorial.

"5º Notificada la iniciación del procedimiento mis clientes acompañaron las pruebas documentales pertinentes para demostrar la propiedad privada de su bien, y solicitaron la práctica de una Inspección ocular con asistencia de peritos al predio mencionado, diligencias que se cumplieron en su debida oportunidad.

"Es de anotar, que durante la diligencia de inspección ocular no se lograron establecer todos los linderos del predio. Apenas, según reza el dictamen pericial 'los linderos Este, parte del Sur ,y el Occidental'. Más tarde, se sostiene que los peritos lograron establecer 'la colindancia del inmueble por el costado Norte, con la Ciénaga de Mallorquín'.

"Así mismo, se dice por los peritos que el predio que no lograron establecer plenamente se encuentra casi totalmente inundado y que esa inundación data de más de 30 años.

"Y fundamentan su aseveración en unas aerofotografías de vuelos de los años de 1961 y 1973.

"6º Con fundamento en las pruebas que obran en el expediente y sin tener en consideración la falta de identificación del bien, considerando que el predio de mis poderdantes se encontraba inundado por las aguas por más de 10 años, se dictó la Resolución número 035 de 7 de mayo de 1980, de la Junta Directiva del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, acto por el cual se declaró como baldío el predio rural denominado 'Isla de San Nicolás' ubicado en jurisdicción del Municipio de Barranquilla, con extensión superficiaria aproximada de 1.125 hectáreas, determinado por los siguientes linderos: 'NORTE linda con la Ciénaga de Mallorquín, hoy conectada con el Mar Caribe, SUR, con la Ciénaga de La Playa y Caño de la Barrita Viejo (hoy parcialmente cegado) y linda en parte con la finca El Puente de propiedad de los compradores (antes Ujueta & Cía.); ESTE, linda con Tajamar Occidental del Río Magdalena (obra de Bocas Ceniza); OESTE, linda con el Mar Caribe y Ciénaga del Barrial con sus mejoras actuales'.

"Es importante destacar que en esa Resolución el INCORA manifestó que: 'Para excluir este inmueble de la estipulación consignada en el artículo 723 del Código Civil se agrega: Se requiere un título de dominio obtenido con anterioridad al 26 de mayo de 1873. De las pruebas aportadas al procedimiento, y especialmente de lo establecido mediante el folio de matrícula inmobiliaria (...) se observa que el primer título otorgado sobre el inmueble fue la escritura pública 149 de septiembre 28 de 1880, mediante la cual Ana Guell de Núñez adquirió el predio Isla Verde, dentro del cual se encontraba San Nicolás. Así mismo, no fue aportado por los interesados títulos de propiedad de las calidades antes dichas, ya que las escrituras aportadas por ellos, son las consignadas en el folio de matrícula inmobiliaria, esto es, que al igual que en dicho folio estos documentos solamente se remontan a 1880, imposibilitándose un pronunciamiento que no acoja lo dispuesto por el artículo 723 del Código Civil'.

"7º Notificados de la providencia anterior, mis clientes, por medio de apoderado, solicitó la reposición de lo decidido por el INCORA, fundado en que las pruebas que obraban en los autos no permitían arribar a la conclusión que llegó la Resolución recurrida, que las

normas que pretendió aplicar el Instituto no permitían la conclusión tomada y además que existían transacciones sobre el bien anteriores al año de 1880. En esa oportunidad se presentó un nuevo certificado de tradición del predio así como la escritura pública número 157 de noviembre 9 de 1887 de la Notaría Primera de Barranquilla.

"8º El día 29 de julio del año en curso, la Junta Directiva del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria 'INCORA' después de analizar la objeción del dictamen pericial, la inundabilidad de los terrenos y los nuevos títulos aportados, dispuso 'mantener en todas sus partes la Resolución número 035 de 7 de mayo de 1980'.

"9º De la nueva resolución, fueron notificados las partes y el Procurador Agrario. Debe expresarse que con tal acto administrativo se ha agotado la vía gubernativa, procediendo tan sólo las acciones contencioso administrativas.

"10. Es evidente que la expedición de los actos acusados así como la ejecución de los mismos, han producido a mis poderdantes daños en su patrimonio. En efecto, esas providencias han logrado la virtud de extinguir o dar por terminado el derecho de propiedad que mis poderdantes han tenido durante más de trece (13) años sobre un bien inmueble, derecho inscrito en la correspondiente Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Barranquilla. Así mismo por la expedición de esos actos administrativos se verá imposibilitada en adelantar los planes de desarrollo urbanístico que se venían adelantando y los cuales le habían significado grandes erogaciones de la misma manera no podrá aprovecharse de las obras de defensa de las avenidas del Mar Caribe y de las inundaciones. En fin, el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria 'INCORA' al declarar baldío el predio 'Isla de San Nicolás' terminaron la propiedad privada sobre ese predio en titularidad de Cementos del Caribe S. A. y Parrish & Compañía S. A. y al desaparecer ese dominio también desaparecieron los derechos de uso, goce y disfrute sobre tal bien.

"11. En síntesis, puede decirse que el INCORA llegó a la conclusión de declarar como baldíos las tierras que integran el predio denominado 'Isla de San Nicolás' por cuanto:

"I. El dictamen practicado dentro de las diligencias administrativas no fue objetado 'dentro de la oportunidad procesal para hacerlo. El dictamen fue declarado en firme y apreciado en su totalidad al momento de proferir la decisión demandada, como prueba idónea de los hechos allí establecidos'.

"II. 'La inundación del predio se establece no sólo de dicho dictamen sino también de los títulos otorgados sobre el inmueble y del folio de matrícula inmobiliaria'.

"III. Los títulos presentados por mis poderdantes son títulos derivados, no originarios del Estado, como sería necesario para aplicar el artículo 723 del Código Civil.

"IV. Para los efectos de competencia sobre clarificación para el INCORA poco importa que se trate de predios urbanos o rurales" (fls. 90 a 94, cuaderno 1).

II

Alegato presentado por el apoderado de la parte actora:

A folios 164 y siguientes del cuaderno número 1 aparece el alegato presentado por el apoderado de la parte actora del cual se destacan las siguientes valoraciones de orden jurídico y fáctico:

"Nuestra Constitución ha establecido que el campo de actuación de las autoridades sea el señalado por la ley, la que delimita y señala las funciones y procedimientos que deben seguirse para cada una de las actividades asignadas a cada una de dichas autoridades. No pueden, bajo ningún pretexto, burlar las específicas y determinadas atribuciones que las normas legales les imponen. Por ello se dice que mientras a los particulares les está permitido hacer todo aquello que no esté expresamente prohibido, a las autoridades sólo se les permite ejecutar aquello que la ley les autoriza de manera expresa. Es decir, se encuentran sometidas a un régimen de competencia delimitado por la ley.

"Por su parte, el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria 'INCORA' no constituye, ni lo podrá según las voces del artículo 2º de la Carta, constituir una excepción a lo antes enunciado.

"Las normas que lo crearon y sus adiciones y modificaciones le fijaron sus objetivos y funciones.

"Objetivo primordial y principal del Instituto es el enunciado por el numeral 1º del artículo 1º de la citada Ley (135 de 1961), que reza:

" 'Reformar la estructura *social agraria* por medio de procedimientos enderezados a eliminar y prevenir la inequitativa concentración de la *propiedad rústica* o su fraccionamiento antieconómico...' (se subraya). Dentro de sus funciones se le asigna la de 'clarificar la situación de las tierras desde el punto de vista de su propiedad, a objeto de identificar con la mayor exactitud posible las que pertenecen al Estado, facilita el saneamiento de la titulación privada y cooperar en la formación de los catastros fiscales', en el entendido que el derecho a clarificar es el que versa sobre bienes inmuebles rurales y no otro, pues el objetivo de la ley que dio origen al INCORA trata sólo sobre esta clase de inmuebles y no sobre los urbanos.

"Entonces, si mediante el procedimiento indicado por el Decreto 1265 de 1977 el INCORA adelantó el trámite de clarificación de la propiedad del predio denominado 'Isla de San Nicolás', ubicado según el Acuerdo número 006 de 1968 del Concejo de Barranquilla, dentro del perímetro urbano de dicha ciudad, incurrió en una violación de las Leyes 200 de 1936 y 135 de 1961, y de sus reglamentos, pues excedió la competencia que se le había asignado. Se dice lo anterior porque en autos hay pruebas de la condición de bien urbano del predio

'Isla de San Nicolás'. En efecto, en la aclaración del dictamen rendido por los expertos se lee: 'Ahora hemos vuelto a indagar sobre la real y exacta ubicación jurisdiccional del inmueble Isla de San Nicolás y después de una serie de consultas y examen de documentos del catastro, la Junta Metropolitana y el mismo IGAC podemos responder que el predio se encuentra comprendido en jurisdicción de los Municipios de Barranquilla y Puerto Colombia y *dentro del área urbana Metropolitana*' (Se subraya).

"Como integrante de Barranquilla el inmueble se halla ubicado en el barrio Las Flores y corresponde al *sector urbano* de ese Municipio (Subrayé).

"Como inmueble de Puerto Colombia hace parte del área de ese Municipio, en el Corregimiento de 'La Playa'.

"De lo expuesto se concluye que el INCORA no tenía competencia para la expedición de los actos acusados y, por lo tanto, deben ser anulados, por esa misma causa.

"Pero no sólo se presenta en el caso en estudio una incompetencia *ratione materiae* por este aspecto, sino que, aún aceptando la competencia en razón del bien, existiría una extralimitación de las funciones otorgadas al INCORA por medio de la Ley 135 de 1961, en su artículo 3º, ordinal d), norma que faculta al mencionado Instituto para 'clarificar la situación de las tierras desde el punto de vista de su propiedad, a objeto de identificar con la mayor exactitud posible las que pertenecen al Estado, facilitar el saneamiento de la titulación privada y cooperar en la formación de los catastros fiscales', posteriormente reglamentada mediante el Decreto 1265 de 1977, que sirvió de base al INCORA para proferir la Resolución 035 que se impugna.

"Para deducir la ilegalidad, bástenos transcribir apartes de la aclaración de voto emitida por el honorable Consejero doctor Carlos Betancur Jaramillo, a la sentencia de Sala Plena de fecha 31 de julio de 1985, actor Jaime Rodríguez Camacho, que expresa:

"El Gobierno nacional mediante el Decreto 1265 de 1977 reglamentó los artículos 3º, ordinal d) y 38 *bis* de la Ley 135 de 1961 y reguló el procedimiento tanto para clarificar la situación de las tierras desde el punto de vista de su propiedad (arts. 3º y ss.), como para la recuperación de los baldíos indebidamente ocupados (arts. 13 y ss.).

"Fue así como dispuso que ese procedimiento de clarificación tendría como fines:

"a) Identificar con mayor exactitud posible las tierras que pertenecen al Estado;

"b) Facilitar el saneamiento de la titulación privada, y

"c) Cooperar en la formación de los catastros fiscales.

"Los artículos 3º a 12 reglamentan en detalle el procedimiento de clarificación a seguir, el que debe culminar con una Resolución en la que el INCORA, mediante acto motivado, decidirá si el terreno salió o no del patrimonio del Estado. Si la decisión concluye que el inmueble no ha salido de dicho patrimonio se pedirá la cancelación de

los registros de los presuntos títulos de propiedad privada. Si la decisión es en contrario, se ordenará la cancelación de la Resolución que inició el procedimiento de clarificación.

"De lo expuesto se deduce que mientras la ley facultó al INCORA para adelantar diligencias de mera constatación para identificar los inmuebles del Estado y facilitar el saneamiento de la titulación privada, el Decreto reglamentario fue más allá, como que le permitió pedir la cancelación de 'los presuntos títulos de propiedad privada', con lo que, en el fondo, se le facultó para decidir problemas de dominio.

"Se patentiza así exceso en la facultad reglamentaria que impone la inaplicación del Decreto 1265 en tales extremos, por violación del ordinal 3 del artículo 120 de la Carta, ya que la medida no puede entenderse como vía para la debida ejecución de la ley; fuera de que, so pretexto de clarificar unos títulos, el INCORA al ordenar esas cancelaciones invade la órbita del órgano jurisdiccional y modifica situaciones subjetivas por fuera de su poder legal, porque en la práctica, como se dijo, puede llegar por este camino a extinguir el dominio privado, con pretermisión del procedimiento establecido por la ley para este efecto.

"Es apenas obvio que dado el tenor del artículo 3º, literal d), de la Ley 135, los poderes del INCORA son de simple averiguamiento o constatación y tendientes sólo a identificar los inmuebles estatales o facilitar el saneamiento de los títulos privados. Pero como lo dice el texto 'facilitar ese saneamiento' no puede interpretarse como 'efectuar el saneamiento mismo' ni 'identificar' puede significar constituir derechos en favor de un sujeto determinado, llámese Estado o particular.

"El INCORA, en ejercicio de esta precisa competencia, no puede modificar las situaciones jurídicas existentes ni crear una nuevas. Los poderes que se derivan de la Ley 135 en este campo son limitados y meramente declarativos (constatan la existencia de una situación precedente), nunca constitutivos o de condena.

"Por esa razón el INCORA podrá culminar las diligencias de clarificación, luego de oír a las partes y el Ministerio Público y de practicar las pruebas, con una providencia que declara:

"a) Que en relación con el inmueble investigado no existe el título originario expedido por el Estado (art. 13 del Decreto 059 de 1938);

"b) Que el bien investigado posee su título de adjudicación que no ha perdido su eficacia legal;

"c) Que el inmueble es de propiedad privada porque su dueño exhibe una cadena de títulos inscritos otorgados con anterioridad a la vigencia de la Ley 200 de 1936, en los que constan tradiciones de dominio por un lapso no menor al término que señala la Ley 50 de 1936 para la prescripción extraordinaria;

"d) Que los títulos aportados son insuficientes, o bien porque no acreditan ese dominio, sino la tradición de las mejoras hechas sobre el inmueble o se refieren al inmueble no adjudicado situado en zonas de reserva o destinado al uso público.

"Pero si hecha la averiguación resultare que el inmueble está ocupado, poseído en los términos de la legislación agraria (Decreto 059 de 1938), *la decisión del INCORA no podrá concluir, como corolario de una cualquiera de las declaraciones indicadas en los literales precedentes, que el inmueble es baldío.* Y no puede hacerlo porque estaría desvirtuando, sin poder para ello, la presunción del artículo 1º de la Ley 200 de 1936; presunción que, aunque legal, es oponible a todos, con mayor razón frente al Estado. En otros términos, evidenciada la posesión agraria, el INCORA no puede culminar sus diligencias de constatación con la declaración de que el bien es baldío, así el poseedor no presente título originario expedido por el Estado, no tenga título de adjudicación vigente o no tenga la cadena de títulos inscritos de que habla el literal c) precedente.

"En parte alguna dice la ley colombiana que la presunción del artículo 1º antes dado no es oponible al INCORA" (Se ha subrayado).

"La Sala de lo Contencioso Administrativo de esa honorable Corporación, en la sentencia a que la anterior aclaración de voto hace referencia, también sentó la tesis de la inconstitucionalidad del Decreto 1265 de 1977, al decir:

"...INCORA se apoya en el Decreto 1265 de 1977, al dictar uno de los actos enjuiciados al ordenar la cancelación del título distinguido con el número 2161 de 14 de mayo de 1975 de la Notaría Cuarta de Bogotá y registrado en la Notaría del Círculo de Yopal, con lo cual desconoció, una vez más, lo previsto en la legislación agraria, y aplicó una disposición que es abiertamente inconstitucional, pues el Decreto anteriormente citado fue más allá de las previsiones que contiene la ley que reglamenta, por lo cual desbordó la potestad reglamentaria contemplada en el ordinal 3º del artículo 120 de la Carta, fuera de que so pretexto de clarificar unos títulos, invadió la órbita del órgano jurisdiccional, modificó situaciones subjetivas por fuera del marco que estrictamente le había señalado la ley. Por estas razones, considera la Sala que el Decreto 1265 de 1977 no debió aplicarse por ser contrario a la Constitución, como ya se apuntó.

"En el presente caso tenemos que el INCORA, con fundamento en el artículo 3º, ordinal d), de la Ley 135 de 1961, y su Decreto reglamentario, el 1265 de 1977, inició el procedimiento de clarificación sobre un predio de propiedad de mis poderdantes denominado 'Isla de San Nicolás'; que adelantado el trámite pertinente declaró dicho inmueble como baldío y ordenó la cancelación de los registros de los títulos de propiedad privada que aparecían en la Oficina de Registro de Barranquilla, conducta que llevó al INCORA a usurpar funciones del órgano jurisdiccional y, por lo tanto, a violar disposiciones legales, todo lo cual impone una declaratoria de nulidad de las Resoluciones demandadas.

"En resumen, ni la Constitución ni la ley le han dado al INCORA potestad judicial para resolver sobre asuntos de dominio, ni le per-

miten resolver sobre asuntos de propiedad privada frente a dos pretendidos dueños; pues como lo expresó el honorable Consejero Betancur Jaramillo, el INCORA 'así como no puede afirmar que es baldío el inmueble poseído en los términos de la ley agraria, así tampoco podrá ordenar cancelación alguna de títulos o disponer que el registro se haga en otro libro diferente a aquél en el que figura la inscripción. *Esa competencia es exclusiva del órgano jurisdiccional*'. El INCORA no tiene facultad para decidir esta clase de controversias sino para ponerlas en manos de la autoridad competente que no puede ser otra que los Jueces.

"Pero igualmente, aún aceptando que el INCORA tenía competencia para proferir las Resoluciones impugnadas y disponer lo que en ellas dispuso, su poder no podía llegar a la declaratoria de bien baldío con respecto al predio de mis poderdantes, pues tenía que acordarse del mandato del artículo 3º de la Ley 200 de 1936, ya que 'existen títulos inscritos otorgados con anterioridad a la presente ley, en que consten tradiciones de dominio por un lapso no menor del término que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria'. En efecto, obran en autos títulos de compraventas sobre el inmueble denominado 'Isla de San Nicolás' que datan del siglo pasado, más exactamente del año 1867, como también aparecen inscritos en los libros de libertad y tradición del predio citado, y que demuestran la posesión económica y registral desde ya hace mucho tiempo, superior al exigido por la ley para la prescripción adquisitiva extraordinaria. Desconocer esa posesión constituyó una violación del artículo 3º de la Ley 200 de 1936, que amerita la desaparición de las providencias demandadas.

"De otra parte, el INCORA se fundamentó para la expedición de la Resolución 035 en el artículo 723 del Código Civil y dio a tal norma una interpretación errónea y abiertamente inconstitucional, pues pretende reproducir el contenido literal del Decreto número 40 de 1905, declarado inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 21 de noviembre de 1912, en la parte de su artículo 1º que estatuyó que 'el Gobierno procederá a hacer deslindar los lagos, lagunas, ciénagas y pantanos de propiedad nacional, de los predios ribereños pertenecientes a particulares.

" 'Parágrafo. Para los efectos del deslinde de que trata el presente artículo se declaran de propiedad de la Nación los terrenos que hayan estado inundados ú ocupados por las aguas en los últimos diez años'.

"Al respecto dijo la Corte: 'Los terrenos ocupados por las aguas que a virtud de la disposición que acaba de citarse (art. 684 del C. C.) sean de propiedad particular, no son bienes nacionales, aun cuando la ocupación haya durado por más de diez años; y por tanto, el parágrafo de que se trata, al comprender en la generalidad de sus términos esos terrenos entre los que pertenecen a la Nación, por haber estado ocupados por las aguas en los diez años anteriores a la expedición del Decreto acusado, desconoce el derecho de dominio de los dueños de tales terrenos, no obstante haber quedado a salvo ese derecho, al tenor del artículo copiado del Código Civil (se refiere al 684)'.

"Como se vé, el INCORA al aplicar el artículo 723 del Código Civil, no tuvo en cuenta los derechos adquiridos o situaciones jurídicas intangibles de mis poderdantes, y lo interpretó y aplicó con unos alcances similares a los del Decreto 40 de 1905. Por lo tanto, el INCORA, al mal interpretar el artículo 723 del Código Civil, violó el 684 del mismo Estatuto y el 30 de la Constitución Nacional, y sus actos deben merecer la anulación.

"Finalmente, si, en gracias de discusión, aceptáramos que el INCORA interpretó debidamente el artículo 723 del Código Civil y que tenía competencia para expedir los actos acusados, debemos llegar a la conclusión que se excedió en su aplicación, ya que la norma en mención expresa que 'si una heredad ha sido inundada, *el terreno restituido* por las aguas, dentro de los diez años subsiguientes, volverá a sus antiguos dueños' (se subraya), pero no expresa que en caso contrario toda la propiedad se perderá o pasará a otras manos, así sea el mismo Estado.

"Es decir, aún si se acepta la competencia del INCORA para decidir asuntos de dominio, y que el artículo 723 del Código Civil le permita la declaratoria de baldíos en favor de la Nación, debemos concluir que esas competencias fueron aplicadas indebidamente, pues se aplicaron a situaciones no contempladas por los textos legales. En efecto, el INCORA decidió declarar el predio denominado Isla de San Nicolás como baldío, en razón de que algunas de sus tierras permanecieron inundadas por más de diez años, cuando en ese caso sólo sería procedente declarar baldío la parte inundada, más no la parte seca que no está permanentemente ocupada por las aguas. No existía poder para despojar de su dominio a mis poderdantes.

"El INCORA, como no pudo establecer qué parte del predio estaba inundada permanentemente, y cuál no, decidió, por ser más fácil, declarar todo el predio baldío, lo que, sin lugar a dudas, constituye un grave atropello a los derechos e intereses de mis representadas.

"La interpretación que del artículo 723 del Código Civil hizo el INCORA, significa expropiar la totalidad de un predio cuando apenas una mínima parte ha sido objeto de inundación, lo cual resulta aberrante. Por ello, en distintas oportunidades esa honorable Corporación anuló actos del INCORA que castigaron con la extinción total del dominio de un predio rural, cuando apenas parte del mismo se encontraba inexplotada.

"Es inconstitucional e ilegal desconocer la propiedad privada cuando no existen tipos legales que lo permitan. Razón de más para anular los actos acusados.

"En conclusión, los actos administrativos demandados habrán de declararse nulos porque:

"1º El INCORA no es competente para disponer sobre predios urbanos como la Isla de San Nicolás.

"2º El INCORA no tiene competencia para la expedición de los actos acusados, que hacen relación a cuestiones relativas al dominio, de competencia exclusiva del órgano jurisdiccional.

"3º El INCORA se basó para su expedición en el Decreto 1265 de 1977, Decreto éste que es inconstitucional e ilegal por ir más allá de la ley que reglamenta, tal y como lo reconoció el mismo Consejo de Estado en sentencia de 31 de julio de 1985.

"4º El INCORA, al aplicar el artículo 723 del Código Civil, le hizo producir los mismos efectos que en su oportunidad produjo el Decreto número 40 de 1905, declarado inexequible por la honorable Corte Suprema de Justicia, o sea, revivió esa norma.

"5º Que admitiendo la posibilidad de dictar los actos acusados, en su aplicación el INCORA se excedió, porque sancionó con la declaratoria de baldío a todo el predio de mis poderdantes, cuando apenas parte del mismo ha sido objeto de inundación.

"6º No constató la clase de inundación, ni su tiempo, ni delimitó su extensión.

"Por todo ello se anularán las Resoluciones números 035 de 7 de mayo de 1980 y la 059 de 29 de julio de 1981, expedidas por la Junta Directiva del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria 'INCORA', y se despacharán favorablemente las restantes súplicas de la demanda" (fls. 166 a 176).

III

Alegato presentado por el apoderado del "INCORA":

A folios 157 y siguientes del cuaderno número 1, aparece el texto del alegato presentado por el apoderado del INCORA, en el cual hace las siguientes consideraciones:

"I. Antecedentes del trámite administrativo de clarificación jurídica de la propiedad del predio Isla San Nicolás.

"Facultado por la Ley 135 de 1961, artículo 3º, literal d), mediante el procedimiento administrativo reglamentado por el Decreto 1265 de 1977, y por haberse dado el presupuesto establecido en el artículo 11 del Decreto 389 de 1974, reglamentario del Capítulo VIII de la citada Ley 135, esto es, surgido una oposición al trámite administrativo de titulación de baldío iniciado a solicitud de la firma Monómeros Colombo Venezolanos S. A., que determinó su suspensión mientras se adelantaba el procedimiento que a continuación se expresa, el Instituto por Resolución 734 de noviembre 10 de 1978 originaria de la Dirección del Proyecto Atlántico, ordenó iniciar procedimiento de clarificación jurídica de la propiedad sobre el terreno rural Isla San Nicolás, vinculando al mismo a la firma Cementos del Caribe S. A. y Parrish & Cía. S. A., en su condición de poseedores inscritos del inmueble. También se vinculó a la actuación a la firma mencionada Monómeros Colombo Venezolanos S. A., como peticionaria de titulación de estos baldíos.

"En el trámite de clarificación, cuyo expediente se radicó con el número 41001, cuadernos 1 y 2 que a petición del honorable Consejo de Estado obran arrimados originales al expediente contencioso 3489, como anexos 1 y 2, a instancia de los señores apoderados de las firmas

Cementos del Caribe y Parrish, es decretó y practicó una diligencia de inspección ocular al terreno Isla San Nicolás, con intervención de peritos, por el mes de diciembre de 1978 (fls. 130 y ss.; 157 y ss., y 216 y ss.) y se tuvo en cuenta también los diferentes documentales aportados por los interesados, tales como copias de escrituras de adquisición del inmueble y certificados expedidos por el Registrador de Instrumentos Públicos de Barranquilla y otros.

"Con respaldo en estas probanzas, con las cuales pudo identificarse el terreno Isla San Nicolás, objeto material del trámite, establecerse que se hallaba *inundado por las aguas del Mar Caribe en una proporción del 95% de su* extensión durante los últimos 16 años, y que, además, el predio no presentaba *ninguna explotación económica desde los últimos 20 años,* y con fundamento jurídico en que estas tierras inundadas por más de 10 años conforme al artículo 723 del Código Civil, su dominio privado, caso de que haya existido, caduca o prescribe en favor del dominio del Estado de que trata el artículo 675 de la misma obra, y por ende, conforme al artículo 684 *ibídem* los particulares sólo pueden probar propiedad privada frente al Estado aportando un título originario expedido por el Estado, anterior a la vigencia del Código Civil, el Instituto termina el procedimiento mediante Resolución 035 de mayo 7 de 1980, de su Junta Directiva, por la cual declara baldíos de la Nación los terrenos de la Isla de San Nicolás, ubicada en jurisdicción del Municipio de Barranquilla, Departamento del Atlántico.

"Contra esta providencia los interesados interpusieron recurso de reposición instando su revocatoria entre otras razones, dicen, porque la aplicación del artículo 723 del Código Civil, de predio inundado, sólo se daba cuenta, el mismo era poseído por varios propietarios; que aportaban copia de la escritura número 157 de noviembre 9 de 1887, otorgada en la Notaría Primera de Barranquilla con la cual podían acreditar el derecho de dominio del inmueble y que, además, el Instituto no había tenido en cuenta que el predio tenía el carácter de urbano, lo cual lo inhibía, según el artículo 7º de la Ley 200 de 1936, para pronunciarse sobre la clarificación jurídica de la propiedad del terreno.

"El Instituto, luego de considerar que la aplicación del artículo 723 del Código Civil, se produce independiente de que el predio inundado sea de uno o de varios presuntos propietarios por no distinguirlo así la norma citada, y que la escritura aportada en este momento por los interesados no suplía el título original del estado anterior a la vigencia del Código Civil, por tratarse de un caso de excepcional, y de que aún en el hipotético evento de que la Isla San Nicolás estuviera en perímetro urbano de algún municipio, cosa que no estaba demostrada, el Instituto tenía competencia para clarificar jurídicamente la propiedad del bien, toda vez que la Ley 135 de 1961, artículo 3º, literal d), al establecer que ésta era una labor del Instituto, no señaló expresamente que su acción debía dirigirse únicamente en relación con fundos rurales, entonces, por Resolución de su misma Junta Directiva número 059 de julio 29 de 1981, no accede a las razones de la reposición y confirma la primeramente dictada, habiéndose agotado así la vía gubernativa.

"II. El proceso contencioso administrativo.

"Mediante demanda presentada el 30 de noviembre de 1981, las compañías Cementos del Caribe y Parrish, en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho previsto en el artículo 67 de la subrogada Ley 167 de 1941, demandan ante el honorable Consejo de Estado la nulidad de las Resoluciones precitadas y a modo de restablecimiento del derecho piden que se declare que el fundo es de su propiedad privada y que se condene a la entidad pública, INCORA, a pagar perjuicios por haber hecho esta declaratoria de baldío.

"La fundamentación de hecho y de derecho del libelo se reduce a atacar los actos administrativos impugnados en el sentido de que para las sociedades que se pretenden dueñas del predio, sólo les basta acreditar la propiedad sobre el mismo con títulos traslaticios del dominio inscritos con veinte años anteriores a la vigencia de la Ley 200 de 1936 y que no es necesario aportar título original de propiedad expedido por el Estado. Además, que como, según se dice en la demanda, el predio tiene el carácter de urbano del Municipio de Barranquilla, y no rural, esta prueba excepcional de título originario no se hace necesaria al tenor del artículo 7º de la Ley 200 de 1936.

"Señala luego el actor que con los actos impugnados se han violado disposiciones de la Constitución Nacional y otros ordenamientos legales, y al indicar el concepto de violación aduce varias jurisprudencias de la honorable Corte Suprema de Justicia, en particular destaca la de 21 de noviembre de 1912, con la cual la alta Corporación declaró inexequible el Decreto legislativo número 40 de 1905, en cuyo parágrafo del artículo primero, dice el actor, se contenía una disposición similar a la del artículo 723 del Código Civil, lo cual implicaba, agrega, que el Instituto estaba reviviendo normas inexistentes.

"En el curso del proceso se decretó y practicó, a petición del actor, una diligencia de inspección judicial al terreno con intervención de peritos, pruebas, la primera vista a folios 49 y siguientes del cuaderno número 2 y la pericial que obra a folios 61 y siguientes y aclaración de la misma pedida por INCORA, visible a folios 190 y siguientes. También a petición del actor se recibieron los testimonios de Raúl Lascano Cerro y Alejandro Quiroz, vistas a folios 52 y siguientes.

"A solicitud de INCORA, se decretó como pruebas documentales la cartilla de levantamiento agrológico del Departamento del Atlántico, publicada por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, Bogotá, 1960 Editorial Retina, Publicación número LS-2 y vuelos de reconocimiento aerofotogramétricos, que reposan en el cuaderno número 3.

"III. Análisis de las pruebas del contencioso y su confrontación con las producidas en el trámite administrativo de clarificación.

"A) La diligencia de inspección judicial practicada al predio Isla San Nicolás, por el Tribunal Administrativo de Barranquilla, el 3 de diciembre de 1982, en síntesis establece los siguientes hechos:

"1. La identificación del inmueble. 2. 'Por el recorrido que se hizo por el camino carreteable del Tajamar *se observó el predio totalmente inundado,* salvo en el punto del límite norte que se observa

una pequeña franja de terreno pantanosa'. 3. No se acreditó ninguna explotación económica por los pretendientes propietarios, sólo se deja constancia de unos manglares abandonados, una casa que dice Cementos del Caribe S. A., propiedad privada, unas casetas en mal estado y una cerca de alambre de púas también en mal estado.

"B) Los testimonios de Lascano Cerro y Alejandro Quiroz, también apuntan a conocer la identificación y linderos del predio. El primero, folio 52, preguntado sobre si conoce el predio Isla San Nicolás, dice que:

" 'Sí lo conozco perfectamente por su ubicación y linderos y cabida el predio denominado Isla San Nicolás, *localizado a continuación del barrio Las Flores de Barranquilla...*' (Subrayo).

"El segundo testimonio, anota (fl. 54): 'También sé que desde mucho tiempo por ahí *de 21 a 22 años* en todo eso existían pastos naturales y había un potrero como una ganadería y que también existía una laguna de agua dulce y que estas alturas por las obras que construyó Bocas de Ceniza se introdujo agua salada a la altura de la tierra o ciénaga de Mallorquín'. Y agrega: '...de lo que por efecto de ruptura de Bocas de Ceniza *el mar* inundó estas tierras' (Rayas fuera de texto).

"C) El dictamen pericial rendido por Ernesto Barros, Ramón Renowitzky y Manuel Herrera, presentado ante el Tribunal Administrativo del Atlántico, el 8 de marzo de 1963, cuaderno número 2, folios 61 y siguientes, en el literal a) establecen la ubicación e identificación del predio conforme a la Resolución 035 de mayo 7 de 1980 y 059 de julio 29 de 1981 de INCORA. En el literal b), aducen que en sus visitas sólo el 33% del predio se hallaba inundado. En el literal c), refieren a algunas obras de contención de aguas.

"El punto o literal d), constituye un punto de derecho, no susceptible de prueba pericial. Y finalmente, aducen que *'es imposible la explotación agropecuaria del mismo'* (Subrayo).

"En su ampliación o aclaración, folios 190 y siguientes del cuaderno número 2, los peritos insisten en haber identificado el predio conforme con los linderos dados en los actos administrativos impugnados y 'que las tierras que componen el predio Isla de San Nicolás no son aptas para utilización agropecuaria alguna'.

"Además, en su escrito de aclaración, en el numeral cuarto (4º) los peritos se empeñan en establecer un punto de derecho que no es conducente de ser probado por este medio, como son la existencia y legalidad de los Acuerdos del Concejo Municipal de Barranquilla y acto ordenanzal que en dicho trabajo se cita. Por esta razón no puede apreciarse válidamente esta parte del experticio.

"Existe sí, en este dictamen pericial, en relación con el porcentaje de inundación del inmueble, una contra evidencia notoria, que no coincide con lo establecido directamente sobre el terreno por las autoridades contenciosas (Tribunal Administrativo del Atlántico) en la diligencia de inspección judicial, cuya acta reposa a folios 49 y siguientes del cuaderno número 2, ni tampoco con el dictamen rendido por funcionarios peritos del Instituto Geográfico Agustín Codazzi

en las administrativas de clarificación, visto a folios 157 expediente 410001 y ampliación a folios 217 y siguientes del mismo expediente; pruebas estas dos (Inspección judicial y dictamen peritos del Codazzi) que sí son concordantes sobre el particular. En efecto, la diligencia de inspección judicial anota: 'Por el recorrido que se hizo por el camino carreteable del Tajamar *se observó el predio totalmente inundado, salvo en el punto del límite norte que se observa una pequeña franja de terreno pantanosa'* (subrayo). A su paso el dictamen mencionado del Codazzi, anota: 'V. VIAS...b) Internas: Para recorrer el predio internamente *se tiene que hacer en canoa.* VI. TOPOGRAFIA. El terreno del predio en mención es plano cubierto por aguas saladas. ... IX. SUELOS. Por encontrarse el *predio casi en su totalidad cubierto* de agua, queda imposible hacer una apreciación amplia de los suelos... X. AGUAS. El predio *se encuentra inundado con aguas del Mar Caribe'*. Y finalmente, agregan: '...podemos determinar en igual forma *inundación permanente del 95% de los predios por lo menos durante los últimos 16 años'*.

"Entre tanto, el dictamen de los señores Barros, Renowitzky y Herrera, incluyendo su aclaración, anotan que 'en nuestras visitas pudimos constatar que *aproximadamente el 33% del predio se hallaba inundado* y en la parte que linda con el Tajamar occidental se observó muy poca profundidad de las aguas'. Sin que se explique suficientemente la causa de esta variación.

"Frente a esta diferencia probatoria, debo acogerme a la presunción de legitimidad del acto administrativo impugnado, presunción que invierte la carga de probar en contrario al actor. Pues el dictamen del contencioso no podrá ser apreciado válidamente en este punto y en cuanto al mismo deberá estarse a lo establecido en la diligencia de inspección judicial citada y a los experticios administrativos.

"Como se observa, en todos los demás aspectos de prueba, tales como identificación del inmueble, su inexplotación económica y el hecho mismo de su inundabilidad por más de 16 años, coinciden las pruebas contenciosas y las administrativas, con la salvedad, además, de la cuestión de derecho de que pretende ocuparse la pericia rendida en el contencioso, de que antes se habló.

"IV. Fundamentación jurídica del acto y actos administrativos de INCORA, impugnados.

"La Resolución número 035 de mayo 7 de 1980, con la cual se declaró que las tierras del predio Isla San Nicolás, es baldío encuentra los siguientes soportes jurídicos, que no son desvirtuados por el ataque de la demanda, a saber:

"1º El predio Isla San Nicolás, conforma una Isla Marítima, y como tal hace parte de la reserva territorial del Estado, al tenor de lo dispuesto en el artículo 107 del Código Fiscal, o Ley 110 de 1912, así reza la norma en cita: Constituyen la reserva territorial del Estado y no son enajenables:

" 'a) Las islas nacionales, de uno y otro mar de la República, y las de los ríos y lagos, de que trata el aparte c) del artículo 45'. Además, las pruebas periciales recogidas tanto en el Contencioso como en el

administrativo de clarificación, así lo demuestran: Se halla ubicada dentro del Mar Caribe y no hace parte del Continente. De ello no existe prueba en contrario.

"La norma fiscal en mención se halla vigente, y por tanto, para probar propiedad privada sobre estos bienes que hacen parte del dominio público (C. N., arts. 4º y 202, numeral 1º; C. C., art. 674), de acuerdo con lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 3º de la Ley 200 de 1936 y el inciso 2º del artículo 11 del Decreto 059 de 1938, es necesario la 'exhibición de un título originario, expedido por el Estado, que no haya perdido su eficacia legal'.

"2º De conformidad con las anteriores disposiciones, el inciso 2º del artículo 3º de la Ley 200 de 1936, señala que: 'Lo dispuesto en el inciso anterior sobre pruebas de la propiedad privada por medio de títulos inscritos, otorgados entre particulares con anterioridad a la presente ley, *no es aplicable respecto de terrenos que no sean adjudicables, estén reservados, o destinados para cualquier servicio o uso público*' (me sirvo subrayar).

"Entonces, fuera de estos casos excepcionales, sí le es dado al particular probar frente al Estado su propiedad privada conforme a títulos inscritos traslaticios del dominio en la forma prevista en el primer inciso del artículo 3º de la Ley 200 de 1936. Pero no en el caso excepcional de terrenos de la reserva o inadjudicables donde la prueba del dominio privado, sin interesar que el predio esté económicamente explotado o no, la deben acreditar los particulares con la presentación de un título originario emanado del Estado o de la Corona Española antes de la vigencia del Código Civil Colombiano e incluso antes de la vigencia del derogado Código Fiscal de 1873 (Ley 106), que ya hacía inadjudicables las islas nacionales, según sus artículos 878 y 919.

"Obsérvese como hasta antes de la vigencia de la Ley 200 de 1936, en abril 17 de 1937, para que un particular pudiera probar propiedad privada sobre cualquier clase de terreno, cuando el Estado era quien la discutía, tenía que presentar dicho título originario del Estado. Sólo a partir de esta ley es que se puede acreditar la propiedad particular en forma supletoria con títulos inscritos otorgados entre particulares con anterioridad a la misma, pero siempre que no se trate de los casos de excepción señalados en el inciso 2º del artículo 3º de la misma ley, como es el caso que aquí se debate.

"3º Como el predio o isla se halla inundado en una proporción que es casi total en épocas de abundancia de lluvias y menor en época de escasez de éllas, dicho inmueble es lógico que no puede ser explotado económicamente por quien quiera pretenderse dueño, y como no está poseído en la forma como lo señala el artículo primero de la misma Ley 200, es claro que el bien no se presume de propiedad privada sino baldío, en la forma como lo consagra el artículo 2º de la misma ley, situación que invierte la carga de probar en cabeza de quien se pretende dueño. Presunción que sólo puede desvirtuarse según el inciso 2º del artículo 3º de la misma ley, con la presentación de un título originario del Estado. Y este título originario del Estado, definido en el artículo 13 del Decreto 059 de 1938, no ha sido traído ni al trámite administrativo de clarificación adelantado por INCORA, ni al mismo proceso contencioso de autos.

"4º Que no obstante la anterior regulación legal, en razón a que dicha isla se inunda permanentemente casi en su totalidad, fenómeno que ha ocurrido en más de 16 años, como está probado en autos, resulta evidente que al presente caso también es aplicable la disposición contenida en el artículo 723 del Código Civil, que dispone que si una heredad ha sido inundada, el terreno que restituyan las aguas dentro de los 10 años subsiguientes volverá a sus dueños, pues de lo contrario se entiende que pertenece por accesión al dueño de las aguas territoriales que conforman el Mar Caribe que ocasionaron dicha inundación, y que no es otro que el Estado en su dominio público.

"Sin embargo, como el Código Civil, a través de su artículo 684 ajustado al artículo 30 de la Constitución, deja a salvo derechos adquiridos con anterioridad a su vigencia (año de 1887), resulta de lógica concluir que la propiedad del predio (o isla) sólo puede demostrarse ante el Estado aportando el título de dominio originario del mismo Estado colombiano o de la Corona Española, pues es lo cierto que esta situación probatoria es anterior a la vigencia de la propia Ley 200 de 1936, en donde el único medio de acreditar la propiedad inmueble era presentando el título original del Estado o del Gobierno de la España conquistadora.

"Fundada así la Resolución 035 de 1980, que declaró baldío el predio Isla San Nicolás, no puede ser ella más que legal y justa.

"El artículo 723 del Código Civil, es norma que se halla vigente, e incluso la legislación chilena, de donde proviene, también consagra precepto similar. Nuestra Corte Suprema de Justicia, en sentencia de exequibilidad del artículo 723 del Código Civil, de fecha 1º de octubre de 1914 (Gaceta Judicial, julio 19 de 1916, año XXV, números 1270-1271, pág. 144), sobre el particular dijo: 'Que el artículo 723 del Código Civil no se opone al artículo 5º del Acto legislativo número 3 de 1910, «reformatorio de la Constitución», porque en dicho artículo 723 no se priva de su propiedad a nadie. *Los medios de adquirir y de perder la propiedad* son de la incumbencia del Código Civil, y si por haber sido cubierto un terreno por las aguas durante un cierto número de años y no haberse podido ejercer por su dueño actos de posesión en él, *caducare el dominio de éste,* no podrá decirse que el legislador que así lo haya dispuesto, quitó su propiedad a nadie. De lo contrario, sería preciso decidir que las *disposiciones referentes* a *prescripción,* pecan también contra el citado artículo 5º, son inconstitucionales y no deben observarse; y eso es absurdo' (subrayo).

"De donde se infiere que el acaecimiento de los plazos dentro de los cuales se adquiere o pierde un derecho, es cuestión que atañe a la ley, como la prescripción misma.

"Es decir, la propiedad se ejerce conforme al mandato legal y no contra él.

"Por tanto, no es de recibo el cargo que el actor hace en su libelo de demanda contra la Resolución 035 de 1980, de que para proferirla el Instituto se basó en normas ya derogadas o declaradas inconstitucionales por la honorable Corte Suprema de Justicia, para lo cual cita la sentencia de fecha 21 de noviembre de 1912, mediante la cual la Corte declara la inexequibilidad del Decreto legislativo número 40 de

1905, cuyo parágrafo de su artículo primero preveía un enunciado, dice el actor, similar al contenido en el artículo 723 del Código Civil. Lo que aconteció en dicha acción pública de inexequibilidad ejercida por los ciudadanos, Uribe, Pinzón y Correa, fue que tales personas expusieron como motivo de su inconformidad el hecho de que el Presidente de la República de ese entonces ni la Asamblea Nacional tenían facultad ninguna para haber dictado dicho decreto haciéndose uso de un estado de sitio que nunca se había declarado, planteamiento que la Corte acogió en gran parte para declarar la inexequibilidad.

"De todos modos, lo que la Corte declaró inexequible fue el mencionado Decreto 40 de 1905 y no el Código Civil, o por lo menos, el artículo 723, que se encuentra vigente, como se dijo.

"5º Finalmente, merece destacar que las fotocopias simples o no auténticas de lo que parece ser Acuerdos 13 de 1967 y 006 de 1968, del Concejo Municipal de Barranquilla, el primero de los cuales trata de establecer los límites urbanos del citado Municipio y el segundo, con el cual se eleva a la categoría de barrio al Corregimiento de Las Flores, arrimados al proceso por el actor, con los cuales pretende demostrar que la Isla San Nicolás, se halla dentro del casco urbano del Municipio de Barranquilla, tales documentos no pueden apreciarse al momento de decidir de fondo, por las siguientes razones:

"a) Carecen de valor probatorio por no estar autenticados;

"b) No constituyen actos administrativos municipales completos, es decir, no han agotado su formación jurídica. Veamos: Conforme al artículo 194 de la Constitución Nacional, numeral 8º, corresponde a los Gobernadores revisar los actos de los Concejos Municipales por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad. Dice el artículo 177 de la Ley 4ª de 1913, vigente para el caso, que para este efecto el Alcalde remitirá copia del Acuerdo al Gobernador y éste dispondrá de 10 días para comunicar al Alcalde si lo halla inconstitucional o ilegal. Estas constancias, como se observa, no obran en dichos documentos y por tal motivo deben tenerse como actos incompletos, carentes de valor probatorio. Pues tampoco tienen constancia alguna de que hayan sido publicados, requisito básico para que puedan entrar a regir, según exigencia del por entonces vigente artículo 178 de la Ley 4ª de 1913.

"6º En caso de que dichos acuerdos fueran actos perfeccionados, ellos, el primeramente citado que ordena el perímetro urbano del Municipio de Barranquilla, su artículo primero que fija los linderos de tal perímetro, señala como *colindante* del mismo a la concesión minera de Cementos del Caribe y con una urbanización de Parrish & Cía., es decir, que tales posesiones quedarían por fuera de lo urbano, o sea, en el sector rural, como es de mediana claridad. Así lo ratifica el parágrafo del mismo artículo examinado. Como se aprecia, la propia Isla San Nicolás, soporte de clarificación, no aparece mencionada dentro de estos límites, ni tampoco por fuera de ellos. De otra parte, no se sabe el acuerdo a qué posesiones mineras de Cementos del Caribe y pertenencias de Parrish se esté refiriendo, ya que las mismas sociedades pueden tener varias en la localidad.

"Por último, el Acuerdo 006, que eleva a la categoría de barrio de Barranquilla un Corregimiento denominado como de Las Flores, a este Barrio o Corregimiento no se le da ninguna alinderación y tampoco afirma que la Isla San Nicolás haga parte del Barrio. En suma estos documentos no prueban que el predio objeto de clarificación jurídica de la propiedad esté haciendo parte de algún perímetro urbano. Aparte de que tampoco este punto fue objeto de reconocimiento expreso en la diligencia de inspección judicial practicada al predio por el Tribunal Administrativo del Atlántico, prueba que, en mi modesto concepto, era la idónea para dejarlo establecido pues antes que una confrontación de documentos, este hecho de prueba debe ser el resultado de una observación directa del Juez. Las pruebas practicadas por INCORA en el administrativo de clarificación tampoco establecen que el predio Isla San Nicolás, esté dentro de perímetro urbano ninguno. Ellas lo señalan como rural.

"En aras de brevedad, me pregunto para terminar, si un acto válido jurídicamente como lo es la Resolución 035 de 1980 de INCORA, declaratorio de la condición de baldío del inmueble Isla San Nicolás, puede causar un perjuicio a persona alguna? Los actos que se profieren y ejecutan con observancia de la ley jamás pueden causar perjuicios, a menos que la ley en sí misma sea injusta. Esto por cuanto si los interesados o quienes figuran como actores en la causa que se debate, tienen algunas mejoras que no alcanzan a constituir explotación económica del inmueble, sino que son apenas unos complementos de ella, según lo refiere el inciso segundo del artículo primero de la Ley 200 de 1936, tales como las cercas de alambre y muros de contención, al ser recuperado el baldío por el Estado - INCORA, dichas mejoras les deben ser pagadas como lo manda el texto del artículo 18 del Decreto 1265 de 1977, mencionado al inicio de este trabajo, pues cierto es que no puede darse aquí un enriquecimiento sin causa del Estado contra el mejorista.

"7º Me recuerda aquí como un predio la Isla San Nicolás, que *nunca ha sido explotado económicamente,* pueda ser un bien de propiedad privada, ya que es esa explotación la que permite a su poseedor considerarse propietario del fundo. Así lo ha enseñado la reciente jurisprudencia del honorable Consejo de Estado (Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, expediente número 11090, Actor: Jaime Rodríguez Camacho. Consejero ponente doctora Aydée Anzola Linares, sentencia de julio 31 de 1985). Principio este que no se aplica cuando el terreno sobre el que se ejerce la explotación económica tiene el carácter de no adjudicable o se trate de terrenos reservados, evento en el cual si el interesado pretende acreditar que tiene propiedad privada sobre el mismo, debe acreditarlo con la presentación del título original del Estado, como precisamente es el caso de autos.

"Entonces, como nunca se ha tenido la explotación económica sobre el predio Isla San Nicolás, tampoco ha podido obtenerse jamás su título originario o de adjudicación por parte del Estado. Menos aun cuando el inmueble tiene la condición de inadjudicable por constituir reserva territorial del Estado. Y estas islas ubicadas en los mares colombianos, que se sepa en nuestra legislación, ellas no se adjudican desde la vigencia del Código Fiscal de 1873, como se vio.

"Concluyo así mi alegato de conclusión y en él veo suficientes consideraciones jurídicas con las cuales quedan desvirtuadas las súplicas de la demanda" (fls. 157 a 163 vueltos, cuaderno número 1).

IV

Vista Fiscal:

La Fiscal Segunda de la Corporación, en su concepto de fondo hace las siguientes *consideraciones:*

"Por Resolución número 035 de mayo 7 de 1980, el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria declaró baldío el predio rural denominado Isla de San Nicolás ubicado en el Municipio de Barranquilla.

"En dicha Resolución se tuvo en cuenta la circunstancia especial de estar inundado el predio para declararlo de propiedad del Estado, aplicando el artículo 723 del Código Civil el cual dispone: 'Si una heredad ha sido inundada, el terreno restituido por las aguas dentro de los diez años subsiguientes, volverá a sus antiguos dueños'.

"Así pues que si la inundación dura más de 10 años, se extingue para el propietario el derecho de dominio sobre el fundo respectivo; es así como en el presente caso el fundo regresa al patrimonio del Estado, en calidad de baldío, ante la pérdida del derecho de dominio que sufre el propietario.

"Siguiendo con las normas del Código Civil, en dicha Resolución se dijo también que para excluir el inmueble de lo estipulado en el artículo 723 del Código Civil, se requería un título de dominio obtenido con anterioridad al 26 de mayo de 1873, y no encontrándose en esos momentos sino un título otorgado en julio 28 de 1880, no era posible aplicar la excepción del Código Civil.

"Tenemos pues que para la fecha de expedición de la Resolución 035 de 1980, en el folio de matrícula inmobiliaria allegado al INCORA únicamente aparecía registrada la escritura pública número 149 de julio 28 de *1880*. Registro éste que tuvo ocurrencia en noviembre de *1978* según el sello que aparece en dicha escritura (fl. 50, cuaderno 1) y en donde escribieron una *nota* manuscrita que indica que se reconstruyó el registro en ese año de 1978. Aunque lo anterior resulta extraño, no existe en el expediente ninguna explicación sobre este hecho. En todo caso la anterior escritura del año 1880 fue registrada según un registro 'reconstruido' en el año 1978 después de haber transcurrido casi un siglo. Sobre este punto volveremos más adelante.

"La parte interesada interpuso en tiempo oportuno el recurso de reposición contra la Resolución 035 de 1980 y aportó como prueba de la propiedad privada del terreno denominado Isla de San Nicolás, y según las exigencias del Código Civil, una escritura pública del año 1887 registrada en agosto 21 de *1980* (fls. 44-45, cuaderno 1) registro que como se ve fue efectuado esta vez con más de un siglo de retraso.

"En esta oportunidad, el INCORA decidió en forma desfavorable el recurso interpuesto y aplicando la Ley 200 de 1936 consideró que para demostrar frente al Estado la existencia de propiedad privada, el único medio de prueba idóneo era un título originario expedido por el Estado en el cual se otorgara la propiedad del respectivo bien. Esta vez, las sociedades interesadas no pudieron presentar ese título originario del Estado.

"Hay que reconocer, que el criterio seguido por el Instituto de la Reforma Agraria, en el presente caso, ha sido un tanto ambivalente, pues en el primero de los actos administrativos acusados dijo expresamente que no había lugar a aplicar la Ley 200 de 1936, aplicando entonces al caso las normas del Código Civil en materia de terrenos que han estado inundados por las aguas, a la vez que admitía la posibilidad de que el terreno pudiera ser de propiedad privada y de que tal circunstancia se pudiera probar con un título traslaticio de dominio anterior a la vigencia del Código Civil (año 1873).

"Después al resolver el recurso de reposición y habiendo aparecido la escritura pública número 157 de 1887, la administración dio aplicación a la Ley 200 de 1936 y considerando que el terreno materia de estudio era un bien de uso público, exigió para probar la propiedad privada un título originario del Estado.

"Inicialmente cuando la administración decidió hacer la clarificación de los títulos existentes sobre el predio denominado Isla de San Nicolás, los actores presentaron la escritura pública número 149 de 1880 para hacer valer sus derechos de propietarios de dicho inmueble. Después cuando el INCORA les exigió un título anterior a la vigencia del Código Civil, o sea anterior al año 1873, los interesados presentaron la escritura pública número 157 de 1887. Pero resulta, que ninguno de esos dos documentos es prueba idónea oponible a terceros que pruebe propiedad privada, pues adolecen de una oportuna inscripción en la Oficina de Registro.

"Sobre el tema del registro, este despacho encuentra de interés referirse al estudio que sobre esa materia elaboró la doctora Gloria Gutiérrez Viana, publicado por la biblioteca de Anif en 1977. En algunos apartes de ese trabajo se lee lo siguiente:

"La primeras disposiciones que en nuestra patria se conocieron en asuntos notariales y registrales fueron las mismas que por aquella época imperaban en España. Según Eduardo Rodríguez Piñeres, las leyes españolas rigieron en las tierras de América en virtud de reales cédulas de 8 de mayo de 1778, 16 de abril de 1783 y 25 de septiembre de 1802: 'Las dos primeras se encuentran en el archivo de la Corte Suprema de Justicia y la otra aparece citada por el doctor Nicolás Esguerra en su salvamento de voto, en una sentencia de la antigua Corte Suprema Federal, de 11 de febrero de 1870, cédulas las dos primeras, sentencia y salvamento de voto, publicados en juicio comentado por el doctor Manuel José Angarita en el año de 1879'.

"En la Novísima Recopilación, Libro X, Título VI, Leyes 1ª, 2ª, 3ª y 4ª fue establecido el registro de ventas, censos, hipotecas, dona-

ciones piadosas, etc., es decir, todos aquellos actos que habían considerado la Pragmática de 1768, en lo cual se mostró un avance. Partiendo de las citadas leyes encontramos, entonces, que en nuestro territorio el registro tenía dos finalidades:

"1. Dar publicidad a las enajenaciones que se celebrasen sobre los bienes raíces, hipotecas, censos. O como dice la Ley 1ª 'por cuando no hecha relación, que se excusarían muchos pleitos, sabiendo los que compran los censos y tributos, los censos e hipotecas que tienen las cosas y heredades que compran, lo cual encubre y callan los vendedores; y por quitar los inconvenientes que de ésto se siguen mandamos...'

"No se requerían, por tanto, aquellas inscripciones para que los respectivos actos valiesen o se perfeccionasen, o produjeran toda clase de efectos; no era solemnidad esencial en su celebración. Aquellos se perfeccionaban, cumplidas que fueran las formalidades propias de cada acto; surtían sus efectos entre los contratantes, pero dejaban de cumplirlos respecto de terceros, ya que a éstos iba dirigida la publicidad que el registro les brindaba.

"2. Hacer que las escrituras en que se hiciesen constatar las enajenaciones aludidas, prestarán fe en juicio, es decir, fuesen recibidas al probar el contrato. La exigencia de la inscripción con tal objeto no se imponía como solemnidad del acto jurídico, como tampoco lo imponía el antiguo artículo 2673 de nuestro Código. 'Se trataba de un fin de orden procesal, probatorio, que no afectaba la esencia de la declaración de voluntad, sino su prueba en juicio...'

"Para el logro efectivo de la publicidad perseguida, se sancionó la falta de registro con la única pena eficaz. La invalidez respecto de terceros y la ineficacia en juicio: '...hechos, no hagan que, ni se juzguen conforme a ellos, ni sea obligado a cosa alguna tercero poseedor, aunque tenga causa de vendedor' (Ley 1ª).

"Estos lineamientos, en rasgos generales, continuaron en nuestro territorio por algún tiempo, hasta que ya en la República, 'en el año de 1844, vemos un cambio que se aleja de la esencia de estas acepciones y va más allá de unos simples fines publicitarios...'

"El primer ensayo de registro lo hizo la República por medio de la Ley 11 de mayo de 1825, cuyo Capítulo IV, Sección Segunda, dispuso que en cada Cantón existiera un 'Anotador de Hipotecas', función ésta que recaía sobre el secretario de la respectiva municipalidad; en realidad este funcionario tenía más atribuciones de secretario judicial que de Registrador.

"Esta ley no señaló funciones ni determinó los actos sujetos al registro, pues al respecto defirió a las 'leyes vigentes' (art. 143) y como éstas en el particular eran españolas, la institución siguió sometida en su funcionamiento a aquellos textos.

"A dicho primer ensayo siguió la Ley 22 de mayo de 1826, que incorpora a la Hacienda Nacional el oficio de anotación de hipotecas,

establece el derecho de registro 'según el título y ofrece una garantía a los particulares en sus contratos y actos civiles'. Trató en el Capítulo I de 'La anotación de hipotecas' y en el II del Registro.

"Según esta ley, 'que obligaba inscribir las mutaciones del dominio, el registro persiguió un fin de seguridad o garantía para los particulares, es decir, hacer públicos los contratos y evitar de esta suerte más o menos los mismos inconvenientes que movieron a la Corona de España a establecerlos...'

"El siguiente paso de trascendencia en la historia legislativa del Registro fue la Ley de 1º de junio de 1844 sobre registro de instrumentos públicos y anotación de hipotecas. '...'

"De conformidad con la citada Ley de 1º de junio de 1844, el registro tenía por objeto dar a los actos o instrumentos públicos mayor autenticidad, para que tuvieran valor en juicio y fuera de él; ningún acto de los que había de inscribirse producía efecto alguno legal y no hacía fe en juicio, si no se registraba. De donde sigue:

"a) Que el registro era solemnidad esencial para la validez de los actos que debían anotarse;

"b) Apenas si es consecuencia de tal disposición que el acto que no fuere inscrito no podría producir efectos entre las partes, ni respecto a terceros, ya que no podía tener efecto alguno legal. En consecuencia, no podía oponerse a terceros, o lo que es lo mismo, para éstos no existía, de igual modo que no existía entre las partes;

"c) Los actos jurídicos sobre mutaciones de la propiedad que no se registraban, no llegaban siquiera a crear obligaciones; mucho menos transferir el derecho real, ya que no podían producir efecto alguno, ni aún entre las partes;

"d) Cuando de la formalidad del registro depende la validez del acto, esa formalidad no sólo juega el papel de publicar el acto, sino también de perfeccionarlo, por la sencilla razón de que sin ella no vale ni respecto de terceros ni respecto de las partes. Cuando esa formalidad sirve únicamente de medio de publicidad, y falta, el acto vale entre estas, pero no en relación con aquellos. En las leyes españolas los contratos valían entre los contratantes, pero no en cuanto a terceros, porque se perfeccionaban sin necesidad de registro, pero no producían efectos en cuanto a terceros sino en virtud de aquél..."

"Más adelante se encuentra la Ley 84 de 26 de mayo de 1873, Código Civil de los Estados Unidos de Colombia, la cual en su título 43 contiene un nuevo estatuto de registro, que organizó las oficinas del mismo sobre las bases establecidas por la Ley de 1844..."

"Con el estatuto en mención se dio un vuelco a lo dominante en esta materia desde la Ley de 1844, aboliéndose el registro como solemnidad esencial para la validez de los actos que debían anotarse; se fortaleció su fin de publicidad y se convirtió en un medio de tradición de los bienes raíces; de modo que con el Código Civil adoptado por la Ley 57 de 1887, se le vino a dar a esta Institución la importancia que hoy tiene..."

"El Código Civil en sus artículos 2637 y 2673 determinó los fines del registro:

"1. Transferir los derechos reales.

"2. Publicar esas mutaciones.

"3. Dar mayores garantías de autenticidad y seguridad a los títulos, actos o documentos que deben inscribirse; y

"4. Hacer que los instrumentos o títulos que deben registrarse, hagan fe en juicio..."

"Es de observar que entre estos fines no figura, como ya lo mencionamos, aquél que caracterizaba a la Institución según la Ley de 1º de junio de 1844, es decir, el registro como solemnidad para la validez del acto. Ni el de transferir el dominio, ni el de rodear de mayores garantías a los títulos, ni el de prepararlos para que presten mérito en juicio, ni el de hacerlos conocer de todos, llegan a aquel extremo. Una cosa es traspasar el derecho real, en virtud de una obligación, y otra la validez del acto del cual ha nacido precisamente esá obligación. Las garantías de autenticidad y seguridad atañen a la prueba, mas no al acto en sí considerado, ni toca con esto la exigencia de la prueba de la inscripción para que sea recibido eficazmente que los funcionarios públicos, ni mandarlo publicar significa que aquello queda sujeto al perfeccionamiento del contrato.

"El estatuto comprendido en la Ley 84 de 26 de mayo de 1873, en materia de registro, a excepción de algunas modificaciones de que fue motivo posteriormente, rigió hasta que entró en vigencia el Decreto-ley 1250 de 1970, que cambió su carácter de registro personal por el de real, conservándose su esencia jurídica en sus fines y efectos..."

"De acuerdo con el antiguo artículo 2637 del Código Civil, el registro o inscripción de los instrumentos públicos tiene principalmente los siguientes objetos:

"1. Servir de medio de tradición del dominio de bienes raíces y de los otros derechos reales constituidos en ellos.

"2. Dar publicidad a los actos y contratos que trasladan o mudan el dominio de los mismos bienes raíces o le imponen gravámenes o limitaciones al dominio de éstos, poniendo al alcance de todos el estado o situación de la propiedad inmueble; y

"3. Dar mayores garantías de autenticidad y seguridad de los títulos, actos o documentos que deben registrarse, haciendo intervenir en su guarda y confección un número mayor de funcionarios y precaviéndolos de los peligros a que quedarían expuestos si las circunstancias de tales actos, títulos y documentos existieran en sólo una oficina.

"Encontramos, además de los anteriores, otro plasmado en el artículo 43 del Decreto 1250 de 1970:

"Ninguno de los títulos o instrumentos sujetos a inscripción o registro tendrá mérito probatorio, si no ha sido inscrito o registrado

en la respectiva oficina, conforme a lo dispuesto en la presente ordenación, salvo en cuanto a los hechos para cuya demostración no se requiera legalmente la formalidad del registro '...'

"Ahora bien, es sabido que ante los inconvenientes que presentaba la tradición de los inmuebles por medio de la entrega material de los mismos fue ideada una forma sencilla, simple, segura, cierta, que constara en una Oficina de Registro Público, puesta bajo la guardia y manejada por la autoridad. Sin duda alguna, es una de las aplicaciones más importantes del Registro. Sin éste no habrá tradición de bienes raíces, aun cuando hayan sido entregados realmente. De esta manera la inscripción ha venido a sustituir las viejas prácticas de entregas materiales, imposibles algunas por tratarse de inmuebles situados en lugares apartados, prácticas en su mayor parte antiguas e imprecisas y de las cuales, o no quedaba prueba, o no eran incontrovertibles..."

"La necesidad de publicar los actos jurídicos, como antes se vio, fue la causa primera del Registro. Antes de transferir la propiedad, antes de dar la posesión, antes de vincular la inscripción a la validez del acto, el Registro correspondió a aquella necesidad. Se comprende, por tanto, que no apareciera en principio sino en relación con las hipotecas y gravámenes en general. La hipoteca fue oculta en el derecho antiguo; los compradores de la finca hipotecada ignoraban el gravamen, porque no había un medio cierto y ostensible de conocerlo y de ello, como es natural, se seguían innumerables perjuicios a terceros; luego se amplió a los traspasos de la propiedad y de los demás derechos reales de inmuebles.

"Aparece así establecida la publicidad con miras a amparar los derechos de los terceros, es decir, de quienes mañana por uno u otro medio lleguen a vincularse en alguna forma al inmueble. No se hace público el traspaso para que éste se verifique entre las partes, sino para que lo conozcan los demás. La publicidad ni perfecciona el acto, ni traspasa el derecho, lo divulga simplemente. De ahí que el artículo 44 del Decreto 1250 diga: 'Por regla general ningún título o instrumento sujeto a registro o inscripción surtirá efectos respecto de terceros, sino desde la fecha de aquél...'

"*Los principios registrales en el sistema colombiano.*

"Generalidades:

"Los principios registrales son las normas básicas y fundamentales organizadoras de la publicidad inmobiliaria y llegaremos a ellos por inducción del derecho positivo, porque no tienen el rango de principios generales del derecho.

"No son reglas permanentes, de valor universal, que estén por encima del ordenamiento formulado. Son reglas de derecho positivo, cambiantes y variables como los mismos medios de que el ordenamiento jurídico puede servirse para la realización de la seguridad del tráfico inmobiliario.

"Para estudiar los principios registrales hay que colocar al lado de las normas de derecho positivo, los esquemas conceptuales construidos por la ciencia jurídica, para organizar con eficiencia los sistemas de publicidad inmobiliaria.

"Los preceptos del registro público son un laberinto. Se refieren a una materia sumamente compleja y generalmente están distribuidos con desorden y en cierta promiscuidad que produce confusión, de la que sólo puede salirse con algo que nos oriente. Esa luz nos la dan los principios registrales.

"Sanz Fernández los define como 'las reglas fundamentales que sirven de base al sistema registral inmobiliario de un país determinado, y que pueden determinarse por inducción o abstracción de los diversos preceptos de su derecho positivo'.

"Más ortodoxo Roca Sastre, considera que por principio registral inmobiliario debe entenderse: 'La condensación técnica del ordenamiento jurídico en una serie de bases fundamentales o directrices del sistema'. Entre nosotros podemos hablar de los siguientes principios registrales: Inscripción, rogación, consentimiento, legalidad, legitimación, publicidad, especialidad, tracto sucesivo y prioridad.

"Principio de inscripción.

"En buena técnica registral no cabe hablar propiamente de principio de inscripción sino má bien del valor que la inscripción tiene y proyecta. Por ésta se entiende todo asiento hecho en el Registro Público. También significa el acto mismo de inscribir..."

"La inscripción en nuestro derecho es constitutiva, necesaria para la transmisión del dominio y derecho reales por negocio jurídico; pero hay casos en que el derecho se adquiere antes de inscribir el acto en el Registro.

"Creemos de importancia suma, para sustentar la calificación dada a los efectos de nuestra inscripción, remontarnos más allá de los artículos de nuestro Código que plasman el citado principio y entrar al campo doctrinario del cual se informaron.

"Teoría que exige un título y un modo para la adquisición del dominio y los demás derechos reales:

"Por regla general, para adquirir un derecho personal basta el solo contrato o acto constitutivo. Pero tratándose de la adquisición y transmisión de los derechos reales, además del contrato o acto constitutivo es necesario, según la teoría tradicional, otro requisito, un modo de adquirir. Para que el comprador llegue a ser dueño de la cosa, no basta la celebración del contrato; es necesario también que el vendedor realice la tradición en favor del comprador.

"La teoría tradicional, que tiene sus orígenes en el derecho romano y que fue ampliada y desarrollada por los intérpretes de la Edad Media, exige para la adquisición y transmisión de los derechos reales un título, o causa remota de adquisición, y un modo de adquirir, o causa próxima de la misma. Y desde este punto de vista, el título

es el hecho que da posibilidad o vocación para adquirir el dominio u otro derecho real; el modo de adquirir es el hecho idóneo para producir en concreto la adquisición del derecho a favor de una persona.

"En otras palabras, el acuerdo de las partes sólo engendra la posibilidad de constituir o transmitir el derecho real; crea obligaciones personales, encaminadas a buscar la transmisión efectiva (causa remota, título), y ésta se concreta mediante el acto material de la entrega (causa próxima, modo).

"Ahora bien, existen varios modos de adquisición, de hacer este traspaso; así nos lo dice el artículo 673: 'Los modos de adquirir el dominio son: La ocupación, la accesión, la tradición, la sucesión por causa de muerte y la prescripción'. Debe agregarse a la enumeración anterior la ley, que en ciertos casos sirve de modo de adquirir; así, por ejemplo, el usufructo legal de los padres sobre los bienes del hijo, se adquiere por ley.

"He aquí el objeto de nuestro estudio, 'la tradición', figura clave para ubicar los lineamientos de nuestro sistema registral.

"El fenómeno que sucede mediante la tradición, que elimina la obligación personal satisfaciéndola, y a la vez realiza la transmisión del derecho real, fue ya motivo de nuestro estudio, cuando tratamos del objeto del Registro.

"El Código Civil nos define la tradición en su artículo 740: 'La tradición es un modo de adquirir el dominio de las cosas, y consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo por una parte la facultad e intención de transferir el dominio, y por la otra parte la capacidad e intención de adquirirlo', y de otro lado, en su artículo 756 dispone: 'Se efectuará la tradición del dominio de bienes raíces por la inscripción del Título en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos...'

"...En Colombia, al adoptar la teoría del título y modo, el solo contrato jamás transfiere el dominio. Es por ello que a un título traslaticio de dominio, para que produzca los efectos deseados por su autor, tiene que seguir la tradición; porque sin ella no hay traslación de dominio. En el caso de los bienes inmuebles, mientras la inscripción no se verifica, un contrato puede ser perfecto, puede producir obligaciones y derechos entre las partes, pero no transfiere ningún derecho real, no transfiere el dominio".

"...En todo lo expuesto encontramos la sustentación para llegar a afirmar que nuestra inscripción es constitutiva, en los negocios jurídicos de transmisión del dominio y demás derechos reales.

"Otra apreciación de importancia que se desprende de la misma teoría del título y el modo, la cual nos presenta el título como antecedente de la tradición y ésta como requisito para alcanzar los efectos queridos por el acuerdo de voluntades, es la que la inscripción no convalida los negocios ineficaces; no hay desvinculación, corre la misma suerte del negocio causal.

"Ahora bien, como ya lo vimos, la inscripción tiene carácter constitutivo cuando opera como medio de tradición y en este evento produce todos los efectos que la ley le ha encomendado: Tradición, publicidad, seguridad y autenticidad..."

"Concluyendo, podemos decir, en cuanto a la eficacia de nuestra inscripción, que se considera en la generalidad como constitutiva (de ahí la calificación de nuestro sistema), pues las modificaciones de los derechos reales inmuebles en una gran mayoría se efectúan mediante negocio jurídico, operando la tradición consecuentemente, y en una minoría mediante los otros modos, para los cuales tenemos la inscripción declarativa.

"También es de tener en cuenta, partiendo de esta distinción, la obligatoriedad de la inscripción.

"En tratándose de la constitutiva, aunque el individuo tenga libertad de acudir o no al registro, es obligatoria, pues de lo contrario los efectos buscados por las partes se quedarán únicamente en el campo obligacional y no trascenderán al campo de los derechos inmobiliarios".

"Principio de rogación.

"La regla de actuación del Registrador es que ella es rogada mediante una petición o solicitud. A esta necesidad de previa instancia se ha denominado tradicionalmente principio de rogación. Se trata de un requisito previo y necesario para que el procedimiento se ponga en marcha. El carácter rogado del procedimiento registral impone como lógica consecuencia la necesidad de una inicial petición. En suma, se trata de un principio de procedimiento que la legislación registral asimila y establece como requisito necesario de la actuación registral..."

"Principio de publicidad.

"El registro surge en la vida jurídica como un medio técnico y perfecto para lograr la publicidad de las relaciones inmobiliarias. Su finalidad esencial es la de buscar la seguridad de éstas, protegiendo a quien adquiere confiado en el contenido de lo que el registro publica. Principio de publicidad, por una parte, y principio de inscripción, por la otra, estrechamente relacionados o conectados entre sí. Este último conlleva la fuerza jurídica de la inscripción, ya que lo no inscrito no existe; el de la publicidad satisface la necesidad de que la inscripción produzca sus efectos frente a terceros. El principio de inscripción pertenece a la esfera del ser, y el de publicidad a la del valer.

"La publicidad tiende a crear un estado de cognoscibilidad general, o sea, la posibilidad de que todos puedan llegar a conocer la verificación de hechos o actos jurídicos que interesen a la generalidad. Para lograrlo, faculta a los particulares para conocer en cualquier momento los asientos hechos en el registro. Es lo que se denomina publicidad formal..."

"La publicidad material o sustantiva supone que lo no inscrito no afecta al que contrata confiado en el contenido registral. Con ello se intenta fomentar la inscripción, se protege al que inscribe frente

al que no lo hace y se degrada al acto que no está inscrito. Artículo 44 del Decreto 1250: '...ningún título o instrumento sujeto a registro o inscripción surtirá efecto respecto de terceros...'; es como si no existiese; es una dimensión negativa".

"En el presente caso, como ya se ha visto, la escritura pública que se pretende hacer valer para probar la propiedad privada fue inscrita el 14 de agosto de 1980, después de que el INCORA ya había declarado baldío el mencionado terreno.

"Más aún, cuando la administración ordenó iniciar las diligencias administrativas de clarificación de la propiedad del predio denominado 'Isla de San Nicolás' o 'Los Pantanos', en noviembre 10 de 1978, la escritura pública número 149 de 1880 aún no había sido registrada.

"Los anteriores títulos no prestaban mérito probatorio y no eran oponibles a terceros, como lo establecen los artículos 43 y 44 del Decreto 1250 de 1970.

"Se deduce de todo lo anterior, que las sociedades actoras no probaron la pretendida propiedad privada que alegan.

"Se dice también en la demanda que el INCORA carecía de facultades para realizar el esclarecimiento de títulos por tratarse en el presente caso de un predio urbano.

"Para refutar este punto dice con mucho acierto el mismo Instituto: 'Debe precisarse al respecto, que no está establecido a través del procedimiento, que el predio se encuentra ubicado en el antiguo corregimiento de Las Flores, hoy barrio del Municipio de Barranquilla; por el contrario en algunos documentos se da como ubicación del inmueble el corregimiento de La Playa; pueden citarse para corroborar lo dicho, las escrituras números 1100 de 29 de mayo de 1967 (fls. 20 a 25), 1584 de 25 de diciembre de 1914 (fls. 72 a 73), 1301 de 18 de mayo de 1950 (fls. 76 a 77), 582 de 5 de marzo de 1951 (fls. 78 a 79), etc. Igual ubicación señalan las resoluciones de la Oficina de Catastro de Barranquilla (fls. 38 a 42) y el folio de matrícula inmobiliaria de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos (fls. 43, 114 y 130)'.

"De otra parte, no sobra advertir que aún en el evento en que efectivamente el predio se encontrara en el corregimiento de Las Flores y por consiguiente estuviera ubicado en el área urbana del Municipio de Barranquilla, el Instituto no se encuentra imposibilitado para pronunciarse sobre su propiedad, toda vez que el literal d) del artículo 3º de la Ley 135 de 1961, que otorga la facultad clarificadora al Instituto, no distingue en su texto que tal potestad se aplique sólo a los predios rurales, estableciendo como criterio general entre sus objetivos, el de identificar con la mayor exactitud posible las tierras que pertenezcan al Estado".

"Se afirma en la demanda, que el terreno declarado baldío no quedó completamente identificado, sin embargo, en la misma Resolución acusada se especificaron muy claramente los linderos del terreno; basta leer el artículo 1º de la Resolución 035 de 1980 visible al folio 128 del cuaderno 1.

"Finalmente los actores pretenden que anulen los actos acusados alegando que el mencionado predio por acuerdo municipal de Barranquilla es urbano y no rural.

"Sobre este punto hay que considerar lo siguiente: En primer lugar, como lo dice el INCORA, el acuerdo municipal que se aduce como prueba, no menciona expresamente el terreno objeto de este litigio. Por otra parte, la condición de urbano de un terreno es una situación que atañe más a la realidad misma del terreno que el formalismo de estar enunciando en un acuerdo. En el presente caso quedó demostrado que el predio denominado Isla de San Nicolás no está urbanizado, no ha sido objeto de los beneficios propios de la ciudad, como serían entre otros, las redes de carreteras, de alcantarillados, de luz, etc., no tiene construcciones o edificaciones que constituyan barrios o urbanizaciones. Por el contrario, de las inspecciones practicadas se pudo establecer su condición de área rural.

"Por el análisis anterior, este despacho se permite solicitar a la honorable Sala, se nieguen las súplicas de la demanda" (fls. 180 a 195, cuaderno número 1).

V

Consideraciones de la Sala:

A) Como la parte actora, tanto a lo largo de la demanda, como en su alegato de conclusión, cuestiona la competencia del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria para clarificar la situación de las tierras, desde el punto de vista de su propiedad, que se encuentren situadas en el área urbana, la Sala desea dejar en claro que no hace suya esa perspectiva doctrinal, pues el literal d) del artículo tercero de la Ley 135 de 1961 precisa que son funciones del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria:

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

Como se puede apreciar, el texto legal no hace distinciones de ninguna naturaleza orientadas a deslindar, en esta materia, lo rural de lo urbano. La noción de tierra baldía, como lo precisó muy bien el Consejero doctor Gabriel Rojas Arbeláez, en el salvamento de voto que hizo dentro del proceso número 1070. Actores Jairo Gutiérrez, y otros, con fecha enero veintiuno de mil novecientos setenta y dos (1972), "...es independiente a que esté poblada o despoblada. Esa noción hace referencia a la propiedad estatal, que excluye la propiedad particular. En cualquier población o ciudad pueden existir tierras baldías; son los baldíos urbanos que han sido objeto de Leyes, como la 98 de 1928, la 69 de 1938, y la 137 de 1959..." Esta última establece que: "Se presume que no han salido del patrimonio nacional y que son de propiedad del Estado, los terrenos que constituyen la zona urbana del Municipio de Tocaima en el Departamento de Cundina-

marca...", y en el artículo 7º cede "...a los respectivos municipios los terrenos urbanos de cualquier población del país que se encuentre en idéntica situación jurídica a los de Tocaima..."

Dentro del anterior marco jurisprudencial manejó esta Sala el diferendo jurídico que se presentó cuando se demandó la nulidad de la Resolución número 206 de 16 de diciembre de 1968, originaria de la Junta Directiva del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, que en su artículo 1º, dispuso:

"Declarar que no han salido del patrimonio nacional y por tanto, son baldíos y constituyen reserva territorial del Estado, las islas, islotes, cayos y bancos que conforman el archipiélago de 'San Andrés y Providencia', en el cual, como es bien sabido, hay varios municipios. En la providencia que desató la *litis*, calendada el día veintiuno (21) de enero de mil novecientos setenta y dos (1972), la Sala destacó:

> "En primer término cabe observar que el primer inciso del artículo 1º de la Resolución 149 es, para decir lo menos, superfluo, por cuanto ya la Ley 135 de 1961 le daba al Instituto aquellas facultades en cuanto a los terrenos baldíos se refiere: *y aunque sin decirlo expresamente, se siguen considerando baldíos los terrenos urbanos y rurales de las Islas de San Andrés, Providencia y Santa Catalina...*" (Subrayas de la Sala).

Así las cosas, la Sala no encuentra razón alguna que sea de recibo, a la luz de la ley y el derecho, para cambiar de perspectiva jurisprudencial. Si el 19 de enero de 1972, en el fallo ya citado, no cuestionó la competencia del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, para clarificar la situación de las tierras urbanas, desde el punto de vista de su propiedad, tampoco lo hará ahora, pues el aspecto controvertido no le ofrece ninguna duda.

B) La anterior definición se imponía, en el *sub lite*, porque dentro del proceso quedó debidamente probado que por Acuerdo número 006, de seis (6) de septiembre de mil novecientos sesenta y ocho (1968), originario del Concejo Municipal de Barranquilla, se elevó a la categoría de barrio de esta ciudad "...el actual Corregimiento de Las Flores, con las mismas características administrativas de que gozan los demás barrios de la ciudad", como reza el artículo primero del mismo. Igualmente, porque los peritos designados para hacer luz respecto de la real ubicación del inmueble, en su aclaración visible a folios 147 y siguientes del cuaderno número 2, bajo el numeral 4º, precisan:

> "4. Jurisdicción del predio Isla de San Nicolás.
>
> "Al dar contestación en el primer dictamen al cuestionario relacionado con el punto d) que nos fue sometido expresamos que 'el predio Isla de San Nicolás estuvo bajo la jurisdicción territorial del Municipio de Puerto Colombia y posteriormente al constituirse el Corregimiento de Las Flores como dependencia del Municipio de Barranquilla, pasó a ésta jurisdicción y al expedirse el Acuerdo 006 de 6 de septiembre de 1968 del honorable Concejo de Barranquilla, *pasó el corregimiento de Las Flores a ser parte del sector urbano de la ciudad de Barranquilla como*

barrio, tal como lo prevé el acuerdo citado. Entonces definitivamente el predio San Nicolás está comprendido o incorporado al sector urbano de la ciudad de Barranquilla'. Además en nuestra respuesta a) dijimos: 'Esta ubicación real la hemos constatado con la copia del plano... en la cual aparece el predio dentro del área del Municipio de Barranquilla. Si bien es cierto que pertenecía al Municipio de Puerto Colombia, hoy, está claro, que pertenece al Municipio de Barranquilla'.

"Para consignar esa respuesta consultamos en aquella ocasión algunas regulaciones del Municipio de Barranquilla, documentos relacionados con el área metropolitana y el plano de Barranquilla levantado por la IGAC en el año de 1977, documentos que ubican el predio en jurisdicción del área de Barranquilla.

"Ahora hemos vuelto a indagar sobre la real y exacta ubicación jurisdiccional del inmueble Isla de San Nicolás y después de una serie de consultas y examen de documentos del catastro, la Junta Metropolitana y el mismo IGAC podemos responder que *el predio se encuentra comprendido en jurisdicción de los Municipios de Barranquilla y Puerto Colombia y dentro del área urbana Metropolitana. COMO INTEGRANTE DE BARRANQUILLA EL INMUEBLE SE HALLA UBICADO EN EL BARRIO LAS FLORES Y CORRESPONDE AL SECTOR URBANO DE ESE MUNICIPIO.*

"COMO INMUEBLE DE PUERTO COLOMBIA HACE PARTE DEL AREA DE ESE MUNICIPIO, EN EL CORREGIMIENTO DE LA PLAYA (Subrayas de la Sala).

"Además, la confusión que pudo haberse presentado en relación con la ubicación del predio Isla de San Nicolás tiene su causa en que Puerto Colombia es integrante de la denominada área metropolitana de Barranquilla. La Ordenanza número 28 de la Asamblea del Departamento del Atlántico de 11 de diciembre de 1981, por medio de la cual se dispone el funcionamiento del área Metropolitana de Barranquilla ordena en su artículo 1º: Autorízase el funcionamiento del área Metropolitana de Barranquilla compuesta por los Municipios de Barranquilla, Puerto Colombia, Soledad y Malambo y cuyo núcleo principal será Barranquilla".

La promulgación del Acuerdo número 006 de seis (6) de septiembre de mil novecientos sesenta y ocho (1968), sirve también de apoyo a la perspectiva jurídica que la Sala manejó en el literal anterior de éste proveído, en el sentido de que el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria sí tiene competencia para clarificar la situación de las tierras urbanas, desde el punto de vista de su propiedad, pues no encuadraría dentro de la lógica de lo razonable predicar que los Concejos Municipales pueden, a través de acuerdos, quitarle competencia a tal entidad para llevar a cabo tal tarea, para lo cual les bastaría ampliar el área urbana, para que lo que antes era rural, deje de serlo, produciéndose de contera el prodigioso efecto de restarle competencia a tal organismo. Si la tesis fuera de recibo, se daría el caso de que una normatividad de jerarquía inferior, como es la municipal, derogaría o modificaría la de orden superior, efecto

jurídico que no puede aceptarse. En otras palabras: Si antes de dictarse el referido Acuerdo era posible, a la luz del artículo 3º, literal d) de la Ley 135 de 1961, la clarificación de la situación de la referida isla, desde el punto de vista de su propiedad, esa posibilidad no se agotó o desapareció con la entrada en vigencia de la normatividad municipal ya comentada.

C) Clarificada la situación anterior, la Sala entra a estudiar si en puridad de verdad el demandante acreditó que la isla de San Nicolás es de propiedad privada, conforme lo predica en la demanda, bajo el rubro:

"Concepto de violación".

La realidad probatoria muestra que dentro del informativo obran las siguientes escrituras, relacionadas así en el tiempo físico:

1ª Escritura número 157 de 9 de noviembre de 1887, registrada en agosto 14 de 1980.

2ª Escritura número 149 de 28 de julio de 1880, registrada el 23 de noviembre de 1978.

3ª Escritura número 575 de agosto 28 de 1900, registrada el 23 de noviembre de 1978.

4ª Escritura número 505 de 1º de junio de 1904, registrada el 23 de noviembre de 1978.

5ª Escritura número 400 de 16 de agosto de 1905, registrada el 23 de noviembre de 1978.

6ª Escritura número 106 de 7 de abril de 1906, registrada el 23 de noviembre de 1978.

7ª Escritura número 1584 de 25 de diciembre de 1914, registrada el dos (2) de noviembre de mil novecientos ochenta y uno (1981).

8ª Escritura número 1253 de abril 30 de 1945, registrada el dos (2) de noviembre de mil novecientos ochenta y uno (1981).

9ª Escritura número 1301 de mayo 18 de 1950, registrada el 20 de junio de mil novecientos cincuenta (1950).

10. Escritura número 1100 de mayo 29 de mil novecientos sesenta y siete (1967), registrada el seis (6) de junio de mil novecientos sesenta y siete (1967).

11. Escritura número 2996 de diciembre 29 de 1967, registrada el nueve (9) de enero de mil novecientos sesenta y ocho (1968).

Sin entrar a puntualizar los vacíos jurídicos de todo orden de que adolece la anterior titulación, en cuyo origen no se determina el objeto por sus linderos, y en cuyo desarrollo posterior aparecen sucesiones ilíquidas, ventas hechas por quien no era dueño, fijación del precio que se deja a un perito que no se sabe si se designó y cumplió o no con su tarea, etc., etc., es lo cierto que cuando se corrió la primera escritura, esto es, la número 157 de 9 de noviembre de 1887, con la cual se inicia la cadena de títulos traslaticios de dominio,

el artículo 4º de la Ley 70 de 1866 de cuatro (4) de julio de ese año, ya había consagrado la presunción de baldíos de las islas marítimas nacionales. Así lo recordó la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de ocho (8) de abril de mil novecientos sesenta. Magistrado ponente doctor Carlos Peláez Trujillo, en la cual se lee:

> "...fue el artículo 4º de la Ley 70 de 1866 (julio 4) el que por primera vez consagró la presunción de baldíos de las islas marítimas nacionales, en los siguientes términos: 'Se reputan igualmente baldíos de propiedad nacional los terrenos de las islas de uno y otro mar que no estén ocupados por poblaciones organizadas, o con justo título por pobladores particulares'. *Y como esta presunción ha sido conservada, primero en el Código Fiscal de 1873 (art. 878) y luego en el de 1912 (art. 45), puede concluirse que las islas marítimas no pueden prescribirse contra la Nación a partir de la comentada Ley 48 de 1882 que por primera vez estableció la reserva*".

Respecto de esta última normatividad, la Corte Suprema en el mismo proveído, destaca:

> "El artículo 879 del Código Fiscal reproduce la norma de la Ley 11 de junio de 1823, la que rige hasta la expedición de la *Ley 48 de 1882*, cuyo artículo 3º dispuso: 'Las tierras baldías se reputan bienes de uso público y su propiedad no se prescribe contra la Nación, en ningún caso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2519 del Código Civil', principio que mantiene el Código Fiscal de 1912 —hoy vigente— conforme al cual 'el dominio de los baldíos no puede adquirirse por prescripción'" (Subrayas de la Sala. Gaceta Judicial, Tomo 92).

Dentro del proceso no se demostró que la Isla de San Nicolás hubiese estado ocupada en julio 4 de 1866 por "poblaciones organizadas", como reza la Ley 70 de 1866. Tampoco la existencia de justo título por parte de "pobladores particulares", pues por éste siempre se ha entendido el originario expedido por el Estado, que no haya perdido su eficacia legal, no el que surgió de una simple relación negocial entre particulares.

Dentro del marco jurídico y fáctico que se deja estudiado, la Sala encuentra que sobra cualquier estudio adicional respecto de la titulación enlistada en el literal c) de este proveído, lo mismo que las divagaciones orientadas a precisar si los demandantes son o no dueños, por otros modos de la Isla de San Nicolás, pues a la luz de la normatividad histórica ya comentada, ello no era jurídicamente posible desde la expedición de la Ley 70 de 1866, para quienes nunca han tenido título otorgado por el Estado.

D) En el artículo 1º de la Resolución número 035 de 7 de mayo de 1980, confirmada por la número 059 de 29 de julio de mil novecientos ochenta y uno se declara "...que son baldíos los terrenos que conforman el predio rural denominado Isla de San Nicolás..." y en el tercero se dispone que en firme la providencia se debe proceder "...a la cancelación del registro de las siguientes escrituras: 2996 de diciembre 29 de 1967 de la Notaría 3ª de Barranquilla..." Para el apoderado de la parte actora la Junta Directiva del Instituto Colom-

biano de la Reforma Agraria hizo uso de la facultad que le confirió el Decreto número 1265 de 1977, reglamentario de los artículos 3º, literal d) y 38 *bis* de la Ley 135 de 1961, que a su juicio es ilegal por haber ido más allá de lo dispuesto en ésta, ya que se permitió ordenar la cancelación de los presuntos títulos de propiedad privada. Ello lo lleva a concluir que en el caso en estudio se presenta "...una extralimitación de funciones..." "...todo lo cual impone una declaratoria de nulidad de las Resoluciones demandadas". En apoyo de su argumentación trae a colación apartes de la aclaración de voto que el honorable Consejero doctor Carlos Betancur Jaramillo hizo dentro del expediente número 11090. Actor Jaime Rodríguez Camacho, Consejero ponente doctora Aydée Anzola Linares, donde en lo pertinente se lee:

"De lo expuesto se deduce que mientras la ley facultó al INCORA para adelantar diligencias de mera constatación para identificar los inmuebles del Estado y facilitar el saneamiento de la titulación privada, el Decreto reglamentario fue más allá, como que le permitió pedir la cancelación de "los presuntos títulos de propiedad privada, con lo que, en el fondo, se le facultó para decidir problemas de dominio.

"Se patentiza así el exceso de la facultad reglamentaria que impone la inaplicación del Decreto 1265 en tales extremos, por violación del ordinal 3º del artículo 120 de la Carta, ya que la medida no puede entenderse como vía para la debida ejecución de la ley; fuera de que, so pretexto de clarificar unos títulos, el INCORA al ordenar esas cancelaciones invade la órbita del órgano jurisdiccional y modifica situaciones subjetivas por fuera de su poder legal, porque en la práctica, como se dijo, puede llegar por este camino a extinguir el dominio privado, con pretermisión del procedimiento establecido por la ley para este efecto..." (cuaderno número 1, fl. 170).

E) En la sentencia de treinta y uno de julio de mil novecientos ochenta y cinco, que tiene la aclaración de voto en antes indicado, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en los considerandos de la misma, dijo:

"Finalmente, quiere la Sala hacer especial hincapié en que entre las funciones que le fueron adscritas a INCORA, en virtud de lo previsto en la Ley 135 de 1961 que fue inspirada 'en el principio del bien común y en la necesidad de extender a sectores cada vez más numerosos de la población rural colombiana el ejercicio del derecho natural de la propiedad, armonizándolo en su conservación y uso con el interés social', deberá resaltarse la contenida en el artículo 3º cuyo tenor es: 'a) Administrar a nombre del Estado las tierras baldías de propiedad nacional, adjudicarlas o constituir reservas y adelantar colonizaciones sobre ellas, de acuerdo con las normas vigentes y con las disposiciones de esta ley; b) ...; c) ...; d) Clarificar la situación de las tierras desde el punto de vista de su propiedad, a objeto de identificar con la mayor exactitud posible las que pertenecen al Estado, facilitar el saneamiento de la titulación privada y cooperar en la formación de los catastros fiscales'.

"Con base en la norma anterior, le corresponde al INCORA buscar las tierras absolutamente vírgenes que carezcan de titulación, demarcarlas y declarar que son baldías; adjudicar tierras que han sido

baldías y carecen de titulación, a quienes las estén explotando económicamente; buscar tierras con titulación en las cuales se haya producido la extinción del dominio civil por prescripción extintiva (debida a falta de explotación económica), declarar tal extinción y ordenar las cancelaciones de inscripción en el registro.

"Y no obstante el texto claro y perentorio del artículo 31 antes transcrito, INCORA se apoya en el Decreto 1265 de 1977, al dictar uno de los actos enjuiciados al ordenar la cancelación del título distinguido con el número 2161 de 14 de mayo de 1975 de la Notaría Cuarta de Bogotá y registrado en la Notaría del Círculo de Yopal, con lo cual desconoció, una vez más, lo previsto en la legislación agraria, *y aplicó una disposición que es abiertamente inconstitucional, pues el decreto anteriormente citado, fue más allá de las previsiones que contiene la ley que reglamenta, por lo cual desbordó la potestad reglamentaria contemplada en el ordinal 3º del artículo 120 de la Carta, fuera de que so pretexto de clarificar unos títulos, invadió la órbita del órgano jurisdiccional, modificó situaciones subjetivas por fuera del marco que estrictamente le había señalado la ley...*" (Subrayas de la Sala).

Aunque en las resoluciones impugnadas no se cita en parte alguna el Decreto 1265 de 1977, no cabe duda alguna que lo dispuesto en el artículo tercero de la Resolución número 035 de 7 de mayo de 1980, en cuanto ordena cancelar los registros de las escrituras que allí se enlistan, es aplicación de la citada normatividad reglamentaria, que tanto para la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo como para ésta, es abiertamente inconstitucional, por las razones ya anotadas. Dentro de éste marco jurisprudencial la Sala declarará la nulidad del referido artículo tercero de la Resolución número 035 de 7 de mayo de 1980, y la parte del artículo sexto de la misma que reza: *"y tercero"*, denegando las súplicas de la demanda en lo que hace relación al resto del articulado de la citada resolución.

F) Dentro del presente proceso se han detectado situaciones que bien pueden ameritar una investigación por parte de la Procuraduría General de la Nación, el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, y la Superintendencia de Notariado y Registro, todas las cuales encuadran dentro de la filosofía que el jurista francés Jean Carbonier estudia bajo el rubro "La Hipótesis del no Derecho", que es, para él "...la ausencia de derecho en cierto número de relaciones humanas, en que el derecho tenía una vocación teórica bastante para estar presente...", en las cuales, es siempre la persona la que "...mediante un acto de voluntad, hace retroceder el derecho y crea el no derecho..." Bajo este rubro el ilustre profesor universitario estudia las llamadas "Situaciones de Hecho", del mismo corte de las que la Sala pasa a registrar a continuación. En la titulación presentada al proceso se da cuenta de pretendidos contratos de compraventa, sin determinar el inmueble por sus linderos; tendencia reiterada a transmitir el dominio por parte de quien no ha demostrado ser dueño; registro de los títulos transcurridos más de cien años, con lo cual se puede comprometer la filosofía agraria recogida en la Ley 200 de 1936, artículo 3º que habla de "títulos inscritos, otorgados con anterioridad a la presente ley";

presuntos contratos de venta en que se deja la fijación del precio a un tercero que, finalmente, no se designa, o al menos no se acreditó que ello hubiese ocurrido. Sin embargo, el proyecto de acto jurídico se registra. Ampliación de los linderos de un inmueble mediante simple declaración unilateral de voluntad, recibida con ignorancia, ingenuidad o culpa grave, por los encargados de garantizar el valor seguridad jurídica en el tráfico. En este particular llama la atención que el Notario Tercero del Círculo Notarial de Barranquilla, hubiese corrido la escritura pública número 1532 de 18 de agosto de 1978 (anexo 2, fl. 226) en virtud de la cual el apoderado general de Cementos del Caribe S. A., aclaró unilateralmente la escritura número 1589 de 22 de julio de 1968, que obra al folio 11 del anexo número 1, produciéndose así el resultado extraordinario de convertir una cabida de tres hectáreas en ciento cuarenta y nueve hectáreas dos mil quinientos treinta y siete metros cuadrados (149. H. 2.537 M^2).

Finalmente, el proceso culmina con el registro que se hace por el Registrador de Instrumentos Públicos, en que se da cuenta de que la Nación ya no es dueña del predio Los Pantanos, situación que amerita ser estudiada e investigada. Al folio 232 del anexo 2 obra la carta que el señor José Vicente Llinas C., envió al Gerente Regional del Proyecto Atlántico. Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, en la cual y en lo pertinente se informa:

> "El Instituto Geográfico Agustín Codazzi, Seccional del Atlántico, dictó el 4 de octubre de 1978 la Resolución 1940, que en su parte pertinente dice: '...en virtud de las mutaciones ocurridas en los predios en el mes de septiembre de 1978 (presentada por Parrish & Cía. Ltda. y Cementos del Caribe S. A.), el predio «Los Pantanos» *deja de pertenecer a la Nación y pasa a formar parte del predio «Isla de San Nicolás»*'.
>
> "La anterior resolución tiene como base las declaraciones hechas por el Gerente de Cementos del Caribe S. A., protocolizadas por medio de la escritura pública número 1532 de la Notaría Tercera del Círculo de Barranquila, de fecha 18 de agosto de 1978, cuya fotocopia en cuatro (4) páginas adjunto al presente escrito.
>
> "Por otra parte, el predio 'Banda Norte' o 'Los Pantanos', con referencia catastral 00-0-001-052, en virtud de las mutaciones, pasa a formar parte del predio 'Isla de San Nicolás', con referencia catastral 00-0-001-071, creándose una nueva ficha catastral 00-0-001-080".

De todo lo anterior se desprende, hablando en román paladino, que el apoderado de la firma Cementos del Caribe S. A., poniendo a marchar la filosofía del no derecho, logró aclarar unilateralmente un título traslaticio de dominio, y, de contera, el registro del mismo y el cambio de las referencias catastrales. Transitando por esa vía, la Nación aparece, al menos en la forma, despojada del predio Los Pantanos, sin que aparezca doliente que trate de enmendar el entuerto.

La filosofía del no derecho debe generar la comprensión, en quienes hacen de ella su bandera, de que corren el riesgo de que el derecho no les brinde la protección impetrada, en el momento en que es

solicitada, pues la exterioridad del derecho no permite que estas cosas se manejen con el simple capricho, la influencia o la omnipotencia. En los tiempos que corren, se impone un propósito de enmienda orientado a ajustar la conducta, en todos los momentos de la vida, a la ley y al derecho. Sólo así será posible manejar las relaciones jurídicas con la filosofía de la buena fe, que también se exige frente al Estado.

Por todo lo anterior, se dispondrá, en la parte resolutiva de este fallo, que copia de esta sentencia sea enviada a las autoridades antes enlistadas.

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

Falla:

a) Declárase la nulidad del artículo tercero de la Resolución número 035 de siete (7) de mayo de mil novecientos ochenta, confirmada por la número 059 de 29 de julio de 1981 y de la parte del referido artículo sexto de la primera que reza: *"y tercero"*, proferida por la Junta Directiva del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, con apoyo en la excepción de inconstitucionalidad que, en el *sub lite* aplica, respecto del artículo 12 del Decreto número 1265 de 1977;

b) Deniéganse las demás súplicas de la demanda;

c) Se condena en costas a la parte actora;

d) Envíese copia de esta sentencia a la Procuraduría General de la Nación; Superintendencia de Notariado y Registro y al Instituto Agustín Codazzi.

Cópiese, comuníquese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

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

Arturo Mora Villate, Secretario.

PRINCIPIO DE CELERIDAD.—

En virtud del principio de celeridad deben ser suprimidos los trámites innecesarios, que son todos aquellos no exigidos expresamente por las disposiciones legales. Resulta inadmisible que si un gobernado se dirige por escrito a la autoridad administrativa, y previamente se ha valido de un notario, señalado por la ley para dar fe de su dicho, la autoridad administrativa no lo oiga ni atienda, pretendiendo justificar su rechazo en norma jurídica establecida de manera expresa para actuaciones distintas de aquellas que señala el ciudadano y para procedimientos que no son administrativos.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., dos de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Guillermo Benavides Melo.*

Referencia: Expediente número 220. Actor: Multicambios Ltda.

Entra la Sala a resolver en el fondo el proceso de la referencia promovido a través de apoderado por la sociedad actora, previos los siguientes razonamientos:

A) Nueva demanda:

Habiendo desaparecido el expediente número 4916 como consecuencia de los luctuosos hechos acaecidos en el Palacio de Justicia de Bogotá durante los días 6 y 7 de noviembre de 1985, conforme a constancia que obra al folio 82, con base en la facultad prevista en el Decreto legislativo número 3825 de 1985, entre la reconstrucción procesal y la formulación de nueva demanda, el actor optó por esta última y en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho solicitó la declaratoria de nulidad de los actos administrativos de fechas 12 de diciembre de 1984 y 4 de enero de 1985, proferidos por la Superintendencia de Control de Cambios.

B) Hechos:

Como hechos fundamentales de la acción intentada, el actor indica que durante los días 1º, 2, 6 y 7 de noviembre de 1984 funcionarios de la citada Superintendencia, acompañados por unidades del DAS, adelantaron una visita administrativa a las oficinas de la sociedad demandante en esta ciudad (carrera 15 número 93-60, oficina 2-22), quienes fueron atendidos por el representante legal de la sociedad

visitada, la cual tiene como objeto social el cambio y la negociación de monedas extranjeras en general, debidamente autorizada por la Superintendencia de Control de Cambios. Los visitadores retuvieron dineros y documentos de manera indebida, ante lo cual el aludido representante legal de la sociedad actora confirió poder al abogado Andrés Rodríguez Pizarro para que en sede gubernativa ejerciera la defensa de su mandante. El citado profesional del derecho presentó ante la Superintendencia un memorial el 6 de diciembre de 1984, en el cual solicitó se le reconociera personería para actuar, de conformidad con el poder que al respecto anexó. Este poder fue presentado personalmente por el representante legal de la actora ante el Notario 25 de Bogotá, como consta al folio 9 vuelto, el día 21 de noviembre de 1984. Con base en dicha presentación del poder, la Superintendencia profirió los actos atacados, así:

C) Actos acusados:

Dice el acto de 12 de diciembre de 1984: "No se acepta la representación del doctor Andrés Rodríguez Pizarro, identificado (...) por no reunir los requisitos legales estipulados en los artículos 65, inciso segundo y 84 del Código de Procedimiento Civil, referentes a la presentación personal por el poderdante ante el Secretario de la autoridad ante la cual se dirige, o si se encuentra en lugar distinto, ante el Juez o Notario de su residencia. Encontrándose el poderdante en Bogotá, ha debido presentar el poder ante el Secretario General de esta Superintendencia. *Comuníquese y cúmplase*" (Firma "La Superintendencia de Control de Cambios" y el "Secretario General") (Ver fl. 131).

Por su parte, mediante el acto de fecha "04 enero 1985" de la misma Superintendencia, visible en copia al folio 135, el Despacho de la citada entidad pública "se abstiene de considerar el memorial presentado el 18 de diciembre de 1984" por el apoderado de la sociedad aquí demandante y en el cual interpone el recurso de reposición para que sea revocado el acto de 12 de diciembre de 1984 y en su lugar se le concede personería.

D) Trámite procesal:

Admitida la nueva demanda (Ver fls. 113-114), el proceso recibió el trámite previsto en la ley contenciosa administrativa, al cual se vinculó la entidad demandada, la que en su oportunidad dio contestación a la demanda.

En su concepto de fondo, el Fiscal Primero de la Corporación alega que los actos atacados son de simple trámite, no ponen fin a una actuación administrativa y por consiguiente este proceso adolece de "una ineptitud sustantiva que sólo puede revertir en un pronunciamiento inhibitorio" (Ver fls. 172 a 175).

Se considera:

Para la Sala los acusados son actos administrativos de trámite, pero actos que impidieron la intervención de la sociedad interesada

en la presunta controversia administrativa suscitada por la visita a la sede de la sociedad actora por parte de funcionarios de la Superintendencia y de unidades del Departamento Administrativo de Seguridad. En consecuencia esos actos de trámite tienen fundamental incidencia en la determinación que posteriormente haya de tomar la Superintendencia en el acto que ponga fin a su actuación o procedimiento administrativo, producido o que se va a producir con ausencia de la sociedad demandante.

Veamos ahora si los actos atacados se ciñen al ordenamiento legal: El artículo 267 del Código Contencioso Administrativo remite al Código de Procedimiento Civil y establece cómo las normas de éste deben aplicarse a los procesos y actuaciones que correspondan a la jurisdicción en lo contencioso administrativo, en cuanto sean compatibles con la naturaleza de tales actuaciones y procesos. Esto indica que la remisión a las normas dichas no se predica de los procedimientos y actuaciones administrativas de que se ocupa la primera parte del Código. Así las cosas, tampoco tiene cabida en sede administrativa el artículo 65 del Código de Procedimiento Civil en concordancia con el artículo 84 de la misma obra. En cambio, como lo sostiene la parte actora, cabe dar aplicación al artículo 73 del Decreto-ley 960 de 1970, orgánico del Notariado, y según el cual el Notario podrá dar testimonio de que las firmas puestas en un documento y en su presencia son ciertas, estableciendo la identidad de los firmantes.

A esta conclusión se llega, a más de lo dicho anteriormente sobre aplicación de las normas del procedimiento civil a las actuaciones contencioso administrativas, porque la orientación del Código respectivo en materia de actuaciones y procedimientos en este campo, indica con toda claridad cómo ellas no están revestidas de las mismas formalidades y requisitos establecidos para los de carácter jurisdiccional. En efecto, partiendo del principio fundamental de que los funcionarios tendrán en cuenta que la actuación administrativa tiene por objeto el cumplimiento de los cometidos estatales, la adecuada prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados (art. 1º), el Código señala unas pautas o principios orientadores (art. 2º) que persiguen darle cabal aplicación a ese básico y principal. Es así, como en virtud del principio de celeridad deben ser suprimidos los trámites innecesarios, que son todos aquellos no exigidos expresamente por las disposiciones legales; el principio de la eficacia obliga a remover oficiosamente los obstáculos puramente formales que conduzcan a impedir la efectividad de los derechos; y el principio de la economía ordena agilizar las decisiones sobre la base de procedimientos oportunos.

Ese mismo artículo enseña cómo los principios mencionados, junto con otros, servirán para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las reglas de procedimiento, disposición que constituye un verdadero reto a la eficacia de los funcionarios administrativos, como que los incita a que sin desconocer el ordenamiento jurídico y los comportamientos formales básicos, procuren y obtengan resultados acordes con la doble necesidad que plantea toda la teoría del Derecho Administrativo, a saber: El equilibrio

entre la autoridad del Estado, por una parte, y los derechos y libertades de los gobernados, por la otra. Desde este punto de vista, es mucho más delicada, técnica y eficaz la labor del administrador que la del Juez, como que éste, al contrario de lo dicho, tiene unos términos de referencia para ajustar su conducta en el proceso, mucho más rígidos y precisos que los que guían el comportamiento del administrador y debe, en consecuencia, limitar más su movilidad dentro del procedimiento, ajustándose estrechamente a las disposiciones procesales.

Porque ello es así, se encuentran normas como las contenidas en los artículos 34, 35, 36 y 39 del Código Contencioso Administrativo entre otras, según las cuales las pruebas e informaciones en sede administrativa pueden ser pedidas, decretadas y aportadas sin requisitos ni términos especiales; las decisiones se adoptan analizando no sólo las pruebas científicamente aportadas, sino utilizando los meros informes disponibles; se reconoce la posibilidad de decisiones discrecionales; y se distingue claramente el ejercicio del derecho de petición ante las autoridades administrativas, de la acción de litigar, reservando ésta para ante las autoridades jurisdiccionales.

Frente a todos los anteriores planteamientos, resulta inadmisible que si un gobernado se dirige por escrito a la autoridad administrativa, y previamente se ha valido del testimonio de un notario, señalado por la ley para dar fe de su dicho, la autoridad administrativa no lo oíga ni atienda, pretendiendo justificar su rechazo en norma jurídica establecida de manera expresa para actuaciones distintas de aquélla que señala el ciudadano y para procedimientos que no son administrativos. Ese comportamiento resulta contrario a los principios y disposiciones que se han analizado y por tanto debe reprobarse a través de la anulación del acto producido sobre semejantes presupuestos de hecho.

Son suficientes las anteriores consideraciones para que el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falle:

1º *Son nulos* los actos acusados de fechas 12 de diciembre de 1984 y 4 de enero de 1985 emitidos por la Superintendencia de Control de Cambios y suscritos por la Superintendencia y el Secretario General, materia de la demanda.

2º A título de restablecimiento del derecho de la actora, la Superintendencia de Control de Cambios está obligada a reconocerle personería al apoderado de la sociedad Multicambios Ltda., con base en el poder que en fotocopia obra a folios 9 frente y vuelto del expediente, dentro de la investigación administrativa que aquella entidad pública adelanta contra la sociedad actora.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veinticinco de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Samuel Buitrago Hurtado, Simón Rodríguez Rodríguez, Ausente.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

JUNTA MONETARIA.— CLAUSULA PENAL.

La garantía con cláusula penal ordenada por la Junta Monetaria para obtener giros anticipados de divisas o sin la respectiva documentación justificativa, puede exigirse sin necesidad de requerimiento previo. La resolución que adoptó este sistema es legal como obligación unilateral que el Estado impone a los particulares, que no debe acomodarse necesariamente a las disposiciones del Código Civil.

GARANTIAS.

Para obtener ciertas licencias de cambio. Su cláusula penal es exigible sin previo requerimiento, ni constitución en mora pues ésta se configura por el solo vencimiento del plazo.

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.*

Referencia: Expediente número 1424. Actor: Gabriel Cure & Cía. Limitada contra Junta Monetaria. Autoridades nacionales.

En ejercicio de la acción pública del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, la sociedad Gabriel Cure & Compañía Limitada, por medio de apoderado, demandó la nulidad del artículo 2º de la Resolución 80 de 1971 expedida por la Junta Monetaria y el numeral 1º del primer párrafo de la circular general número 04 de 21 de febrero de 1984 expedida por la Oficina de Cambios del Banco de la República.

Las disposiciones impugnadas dicen:

"*Resolución número 80 de 1971*
(octubre 13)

"La Junta Monetaria de la República de Colombia,

"En ejercicio de sus facultades legales y en especial de las que le confiere el artículo 12 del Decreto-ley 444 de 1967,

"Resuelve:

"Artículo 2º Por el solo hecho del vencimiento del plazo pactado en la garantía, se entenderán incumplidas las obligaciones en ella estipuladas, sin que los interesados queden exentos de la ejecución de la obligación principal.

"

"

"Bogotá, 21 de febrero de 1984

"Circular General número 04

"Señores

"Banco de la República

"Oficina de Cambios

"Asunto: Procedimiento Gubernativo por incumplimiento de garantías constituídas ante la Oficina de Cambios.

"

"1. *Resolución inicial*

"Vencido el término para demostrar la correcta utilización de las divisas autorizadas con la Licencia de Cambio amparada por la respectiva garantía, la Oficina de Cambios, mediante Resolución motivada y sin requerimiento previo, declarará incumplidas las obligaciones contraídas" (Resolución 80 de 1971 de la Junta Monetaria).

El fundamento de la acusación radica en considerar ilegal el procedimiento de exigir una cláusula penal sin el previo requerimiento y constitución en mora del deudor tratándose de una obligación de hacer garantizada con cláusula penal y conforme a lo ordenado por los artículos 1594 y 1595 del Código Civil en concordancia con el 1608 numeral 1, los cuales presuponen un trámite procesal previo a la exigencia de la cláusula penal en tratándose de la obligación de hacer garantizada con ella y siendo este trámite de orden público y no existiendo autorización a la Junta Monetaria para pretermitirlo, se configura la causal de nulidad por violación de las normas legales citadas.

Se opusieron a las pretensiones de la demanda, tanto el abogado delegado del Ministerio de Hacienda como el apoderado del Banco de la República. En minuciosos estudios tendientes a demostrar que los acusados se ajustan a las prescripciones del Código Civil en las normas citadas puesto que el mismo artículo 1594 al regular la petición de la obligación principal o la pena establece excepción cuando dice "...a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo..." y el numeral 1º del artículo 1608 cuando dispone que "el deudor está en mora ...1. cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado" y con cita de jurisprudencia de la Corte reafirma que las normas acusadas se dictaron con estricta sujeción a las disposiciones del citado Código Civil.

En su oportunidad el señor Fiscal Tercero ante esta Corporación en la vista Fiscal número 124-88 de 30 de septiembre, luego del análisis de las posiciones enfrentadas de las partes, se opone a las pretensiones de la demanda, en resumen, por las siguientes razones:

A) Las disposiciones invocadas del Código Civil regulan las relaciones civiles entre acreedor y deudor y no la expedición de actos administrativos en los que reglamenta la facultad de algunos organismos de imponer unilateralmente a los particulares ciertas obligaciones en asuntos de su competencia;

B) Si la Junta Monetaria al establecer la exigibilidad de una garantía sin necesidad de requerimiento para construir en mora, no hace otra cosa que ejercer una facultad legal que le confirió el artículo 12 del Decreto 444 de 1967.

Tramitado el expediente sin que se observe causal alguna de nulidad, ni incidente pendiente, la Sala procede a decidir previas las siguientes

Consideraciones:

Con el objeto de dirimir la controversia en el terreno civil planteado por la actora y aceptado por los opositores, la Sala recuerda que desde el punto de vista doctrinal, autores como el profesor Ricardo Uribe Holguín (De las obligaciones y el contrato en general, 1980), enseñan que la *cláusula penal* constituye en toda hipótesis una *fijación anticipada* de la carga que tendrá que soportarse por el incumplimiento de una obligación principal válida; pero su función puede consistir, ora en *sustituir* los efectos naturales de ese incumplimiento, ora en *acumularse* a tales efectos. En este último caso se puede exigir el cumplimiento de la obligación principal y además, la pena caso en el cual la cláusula es *"punitiva"* y no simplemente "estimatoria" (Ediciones Rosaristas 1980, pág. 183).

Y en cuanto a los efectos del vencimiento del plazo, el también autorizado profesor Alvaro Pérez Vives explica que "a la expiración del plazo, la deuda debe considerarse pura y simple. La mora se regula como en esta última clase de obligaciones —nuestro Código, a diferencia del francés, consagró en su artículo 1608, ordinal 1º la regla *dies interpelat pro homine*—. A partir de la llegada del plazo señalado para su exigibilidad, la deuda está vencida, ella podrá ser demandada ejecutivamente; ... (Volumen III —pág. 28 número 273— Teoría General de las Obligaciones). Y el mismo autor comenta los artículos en que se apoya la demanda, en los siguientes términos, con la advertencia de que los hace refiriéndose a la responsabilidad contractual:

> "a) De la indemnización de perjuicios moratoria. Mora es el retardo culpable en el cumplimiento de una obligación. No es la simple demora o retardo en el cumplimiento de la obligación lo que constituye la mora, no. Es preciso que este retardo sea culpable. El artículo 1608 nos dice cuándo está en mora el deudor, es decir, cuando el retardo en el cumplimiento de una obligación es imputable a culpa. De sus términos y de los términos del

artículo 1594, concordado con el artículo 1595, se desprende que una obligación puede ser exigible sin que el deudor esté en mora. Si antes de la mora no puede el acreedor exigir otra cosa que el cumplimiento de la obligación principal, después de hallarse el deudor constituido en mora puede exigirse la indemnización de perjuicios, es porque aquélla no es indispensable para que la obligación sea exigible y sí lo es, en cambio, para obtener la reparación de perjuicios. En resumen la mora tiene el efecto de hacer al deudor responsable de los daños que cause al acreedor el retardo en el cumplimiento de la obligación. De allí que el citado artículo 1595 siente el principio —repetido posteriormente por el artículo 1615, de modo general— según el cual la indemnización de perjuicios (y la pena lo es), no se debe sino desde que el deudor se ha constituido en mora, si la obligación es positiva; o, si es negativa, desde el momento de la contravención, esto es, desde que se ejecute el hecho de que el deudor se ha obligado a abstenerse. La única excepción es la consagrada en el artículo 1617 para el caso en que la obligación sea de pagar una suma de dinero...

"El deudor está en mora: 1º Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado *(dies interpelat pro homine);* salvo excepciones legales que hagan menester el requerimiento. 2º ..." (Obra citada, Volumen II, Parte Primera, pág. 30).

Los anteriores apartes le dan razón a los opositores de la demanda en cuanto afirmaron que los actos acusados no son violatorios de los artículos 1594, 1595 y 1608 del Código Civil por cuanto no es indispensable para su exigibilidad, el requerimiento previo al deudor para constituirlo en mora.

Pero, como acertadamente lo expresa el señor Fiscal 3º, "el enfoque no puede limitarse al ámbito privatista" a lo cual agrega la Sala que tal criterio no conduce a la solución del problema que por ser de derecho público debe encontrarse en este mismo.

El mismo Código Civil al consagrar la teoría clásica de la fuente de las obligaciones en el artículo 1494, además de las que nacen del concurso de las voluntades, o de un hecho voluntario o del que se infiere daño a otro, menciona las que nacen por disposición de la ley.

Y el artículo 34 de la Ley 153 de 1887 dispone que *las obligaciones que nacen de la ley se expresan en ella,* lo cual significa que las obligaciones de este origen se regulan sólo por las respectivas disposiciones que las establecen.

Es por ello indispensable analizar las normas que anteceden y sustentan las disposiciones acusadas. De conformidad con lo dispuesto por el régimen de cambios internacionales y comercio exterior, Decreto 444 de 1967, la posesión y negociación de divisas y *todas* las operaciones de cambio exterior están sometidas a control y a las disposiciones del Decreto; es decir, que tanto los derechos como las obligaciones que de tales fenómenos económicos se derivan, están sujetos a sus normas con la finalidad de hacer efectivas sus regulaciones, una de las cuales es la de lograr el "aprovechamiento adecuado de las divisas" (arts. 1º y 2º del Decreto 444).

La obtención de divisas para los conceptos taxativamente señalados (que incluyen la importación de mercancías) está sometida a los "requisitos" que corresponde señalar a la Junta Monetaria, por clara competencia asignada en el artículo 12: "La Junta Monetaria señalará los requisitos para obtener licencias de cambio..."

Con invocación de esta facultad legal la Junta prescribió en la Resolución 80 de 1971 que para poder efectuar giros anticipados o cuando por circunstancias excepcionales no pueda acompañarse la documentación justificativa del pago, es admisible autorizar la licencia de cambio, mediante la constitución previa de una *garantía* en virtud de la cual el solicitante se obliga a presentar los documentos que comprueben la correcta utilización de las divisas, dentro del término que señala la Oficina de Cambios.

En consecuencia, se trata, no de una obligación contractual, sino de origen legal y como tal según el artículo 34 de la Ley 153 de 1887, sus términos son sólo los que se expresan en la ley, que es su fuente exclusiva.

La Junta Monetaria como órgano competente para señalar requisitos para obtener licencias de cambio, refiriéndose a las antedichas garantías para autorizar excepcionalmente licencias sin documentación, dispuso en el artículo 2º de la Resolución 80 de 1971 que sin perjuicio de la obligación principal (presentar la correspondiente documentación) "por el solo hecho del vencimiento del plazo pactado en la garantía, se entenderán incumplidas las obligaciones en ella estipulada".

Esta disposición analizada a la luz de las anteriores consideraciones resulta que constituye en sí misma, *la ley* a que están sometidas tales garantías y cualquiera que sea su modalidad o la entidad que se comprometa a ella (por cuenta del solicitante) queda supeditada a dicha regla de exigibilidad por el solo hecho del vencimiento del plazo, sin que sea acertado alegar su exoneración por aplicación o interpretación de las normas del derecho privado que regulan las garantías de cumplimiento de las obligaciones convencionales entre particulares.

Y es que, el Código Civil constituye la regla establecida por el legislador colombiano, a la cual es un deber de los particulares ajustarse en sus asuntos civiles; y si comprende entre otras materias, las que determinan los derechos de los particulares por razón de sus *obligaciones*, está claramente dicho por el mismo Código que cuando la obligación nace de la ley, es la que se expresa en ella.

Ninguna disposición del Título II del Libro Cuarto —De las obligaciones con cláusula penal— puede aplicarse o interpretarse en contra del contenido del artículo 2º de la Resolución 80 de 1971 porque esa es la ley que gobierna y prima sobre cualquier otra en el otorgamiento de las garantías de que allí se trata.

Finalmente la Sala considera, en un todo de acuerdo con su colaborador Fiscal 3º, que en el caso de requisitos para otorgar licencias de cambio, el Estado, a través de sus dependencias administrativas competentes, en forma unilateral impone a los particulares

ciertas condiciones y obligaciones que no deben acomodarse necesariamente a las disposiciones del Código Civil el cual no regula el ejercicio de facultades típicamente administrativas.

De acuerdo a lo anterior, la pretensión de nulidad no es aceptable.

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

Falla:

No se accede a las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidente; *Jaime Abella Zárate, José Ignacio Narváez García, Carmelo Martínez Conn.*

Jorge A. Torrado T., Secretario.

DEPOSITOS PREVIOS.— JUNTA MONETARIA.

Los depósitos previos puede establecerlos la Junta Monetaria dentro de las facultades que le otorga el artículo 12 del Decreto 444 de 1967, como requisito para obtener licencias de cambio.

JUNTA MONETARIA. DEPOSITOS PREVIOS PARA IMPORTACION.

Puede establecerlos la Junta dentro de las facultades que le otorga el artículo 12 del Decreto 444 de 1957 como requisito para obtener licencias de cambio.

IUS MONETANDI. *Corresponde y sigue perteneciendo al Congreso Nacional no obstante la delegación hecha en la Junta Monetaria.*

POTESTAD REGLAMENTARIA.

No es de igual naturaleza que la del conjunto de facultades atribuidas a la Junta Monetaria por el Congreso de la República a partir de su creación por la Ley 21 de 1963, no siéndole aplicable a ésta su integridad la jurisprudencia elaborada sobre la potestad reglamentaria de las leyes.

DEPOSITOS PREVIOS.

Su historia como mecanismos para disminuir la presión sobre la balanza de pagos.

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.*

Referencia: Expediente número 1027. Actor: René Vargas Pérez y otros contra Junta Monetaria. Autoridades nacionales. Fallo.

Previa reconstrucción del expediente destruido en el nefando asalto al Palacio de Justicia en noviembre de 1985, corresponde a la Sala decidir la demanda en acción pública interpuesta por los abogados René Vargas Pérez y Dora Mariño Flórez tendiente a obtener la

nulidad de algunos apartes de Resoluciones de la Junta Monetaria de los años 1977 y 1979, mediante los cuales se estableció obligación de constituir depósitos para obtener licencias de cambio destinados al pago de ciertas importaciones.

La demanda:

Las normas cuya nulidad se solicita fueron las siguientes expedidas por la Junta Monetaria:

a) La Resolución 45 de 1979 (junio 13) en sus artículos 8º, inciso único con su literal a), artículo 9º, inciso 3º, artículo 10, artículo 11, incisos primero y tercero, artículo 13, todos correspondientes al Capítulo III que trata de los "requisitos para la obtención de las licencias de cambio destinadas al pago de importaciones".

En resumen y con relación a las licencias de cambio para pagar importaciones de productos de utilización inmediata incluidas materias primas y bienes de consumo, obligó a constituir un depósito por el 35% del valor en moneda extranjera, depósito que una vez representado en un título no era negociable, no devengaba intereses ni se ajustaba su valor durante el término de su vencimiento (36 meses) y estaba destinado al pago de las importaciones;

b) La Resolución 46 de 1977 (julio 13), cuyo artículo 1º estableció la obligación de hacer en moneda legal una consignación en el Banco de la República para obtener licencia de cambio (en el artículo 2º no acusado por haber sido derogado, fijó el 40% para importación de productos de utilización inmediata y el 60% para los demás giros);

c) La Resolución 19 de 1979 (febrero 26) por la cual se elevaron los porcentajes establecidos en la Resolución 46 de 1977 unificándolos en el 95%.

Normas violadas.

Citaron los demandantes, las siguientes:

Del Decreto extraordinario 444 de 1967 los artículos 6º, literal a), 10 y 12.

De la Constitución Nacional, los artículos 26, 30, 76 en sus numerales 15 y 22.

Los primeros por cuanto la Junta se extralimitó en sus funciones al fijar a título de requisito, para lo cual está facultada, algo nuevo y distinto como es el "depósito" con características no autorizadas por la ley.

Que la congelación de circulante sólo puede dictarla el Congreso como soberano en cuestiones monetarias según el numeral 15 del artículo 76 y en cuanto a la creación de un depósito previo a la nacionalización de mercancías sólo puede hacerlo el mismo Congreso en ejercicio de la facultad de expedir leyes marco en estas materias conforme al número 22. Y el artículo 26 de la Constitución Nacional por la modificación de las consecuencias de los incumplimientos de

plazos para el giro y el artículo 30 por constituir una violación al derecho de propiedad, congelar por 3 años un dinero sin derecho a intereses ni compensación por la pérdida de su valor monetario.

La impugnación:

En la misma condición de ciudadanos invocada por los actores y con base en la permisión del artículo 89 del Código Contencioso Administrativo entonces vigente, los abogados Ernesto Aguirre Carrillo, Diego Moreno Jaramillo y Alejandro Vélez Múnera impugnaron la demanda en estudios cuyas copias obran a folios 3 a 95.

No hay constancia de intervención de la Junta mediante apoderado judicial.

La Sala ha considerado detenidamente tales estudios al igual que los autos de 27 de abril y de 24 de julio de 1981, por medio de los cuales se negó la suspensión provisional de las normas demandadas.

Concepto Fiscal:

El señor Fiscal 3ª, ante la destrucción del que al parecer produjo su antecesor, emitió su opinión adversa a las pretensiones de la demanda, luego de un detenido análisis de los diversos planteamientos y siguiendo la orientación consignada por la Sala en el citado auto de 24 de julio de 1981, en el sentido de que el estudio de la violación planteada por el demandante no puede hacerse solamente en confrontación con las normas citadas como transgredidas, sino con el conjunto de los estatutos de autorizaciones a la Junta Monetaria contenidos en varias normas.

Su concepto se sintetiza en el párrafo final de la Vista Fiscal 102-87, así:

> "X. Los precedentes planteamientos revelan, a ojos de esta Fiscalía, que los actos administrativos genéricos acusados responden a un conjunto de fenómenos que a la Junta Monetaria incumben según el Decreto-ley 444 de 1967, así como de sus decretos reglamentarios, a los que hay que dar, para su cabal validez, un enfoque global; y que la Junta Monetaria, al expedir esos actos administrativos contenidos en las resoluciones acusadas parcialmente por los actores, surgieron a la vida jurídica en unos momentos concretos que había de conjurar a través de puntos igualmente concretos y determinados, y para lo cual dispone de amplísimas facultades".

Consideraciones de la Sala:

JUNTA MONETARIA. FACULTADES.

La esencia de la demanda puede sintetizarse en que la Junta Monetaria carecía de facultades para señalar como requisito previo para

obtener licencias de cambio, destinadas al pago de importación de productos de utilización inmediata, la de realizar una consignación previa del valor de mercancías importadas, o la constitución de un depósito en el Banco de la República, cuyas características señaló, e igualmente sin gozar de facultades.

La tesis de la falta de competencia para dictar los actos acusados está sustentada principalmente en la interpretación de los artículos 6º-a, 10 y 12 del Decreto 444 de 1967 y del numeral 15 del artículo 76 de la Constitución. Lo primero por cuanto la Junta Monetaria se excedió en el ejercicio de la facultad para establecer requisitos para la compra de divisas y varió la forma de pago de las importaciones que debe ser por el mercado de certificados de cambio. Lo segundo, o sea, la violación del canon constitucional que radica en el Congreso la potestad monetaria, por cuanto el fenómeno es cambiario y debe resolverse sólo a la luz del correspondiente estatuto legal (art. 76, numerales 15 y 22).

Además se estimaron violados los artículos 26 y 30 de la Constitución pues al cabo de 36 meses de no utilización del título de depósito, sin fórmula de juicio se pierda la rentabilidad y se sufre la devaluación correspondiente.

Antecedente jurisprudencial.

En primer lugar, cabe recordar que esta misma Sección Cuarta tuvo oportunidad de manifestarse sobre el tema de los requisitos para obtener licencias de cambio que la Junta Monetaria está facultada para señalar por el artículo 12 del Decreto 444 de 1967, en el fallo de 16 de julio de 1974 con Ponencia del Consejero Juan Hernández Sáenz en el cual no accedió a anular apartes de la Resolución 33 de 1973 en la que la Junta Monetaria estableció algunos requisitos especiales para obtener registro de cambio para gastos por razón de pasajes internacionales vendidos por compañías extranjeras de transporte aéreo y marítimo, fallo al cual corresponden los siguientes apartes ilustrativos sobre alcances que esta Corporación le ha dado a las normas que regulan las materias sometidas de nuevo a su conocimiento:

> "...dentro del régimen de cambios internacionales y comercio exterior no rigen el principio de autonomía en la actividad privada ni existe el régimen absoluto de la libre empresa..."
>
> "...en ese campo por claras razones de orden público y de conveniencia general de la colectividad, no están reconocidos ni el libre comercio ni la libre empresa, que sí están garantizados constitucionalmente para otros ámbitos de la actividad privada".
>
> "Las prerrogativas de los gobernados en materia de comercio y de cambios internacionales se reducen a obtener facultades o licencias para actuar de la manera prefijada por el estatuto regulador de la operación respectiva y luego de haber cumplido minuciosamente los requisitos previos indispensables para conseguir aquella licencia" (*Anales* 2º semestre 1974, págs. 161-168).

La potesdad reglamentaria del Presidente.

En segundo lugar y con el objeto de responder a uno de los planteamientos de la demanda, la Sala considera que la facultad reglamentaria de las leyes atribuida al Presidente en el numeral 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional, no es de igual naturaleza que la del conjunto de facultades atribuidas a la Junta Monetaria por el Congreso de la República a partir de su creación mediante la Ley 21 de 1963, no siéndole aplicable a ésta en su integridad la jurisprudencia elaborada por esta Corporación sobre la potestad reglamentaria de las leyes.

La inaplicabilidad de la referida jurisprudencia es consecuencia de la naturaleza distinta, diverso origen y alcances de una y otra institución. Sobre la primera se ha dicho que en esencia consiste en dictar los actos necesarios para poner en ejecución la ley sin exceder sus términos y con el fin de que ella se cumpla en debida forma. En tanto que las funciones de la Junta son de una mayor dinámica, no circunscritas a ejecutar un solo tema sino que están destinadas a desarrollar en forma continua y cambiante según las circunstancias la potestad monetaria que aunque en principio corresponde y sigue correspondiendo al Congreso Nacional según la cláusula 15 del artículo 76, por voluntad del mismo legislador, la Junta Monetaria quedó encargada de "estudiar y adoptar" las medidas que en los campos monetario, cambiario y de crédito desempeñó la Junta Directiva del Banco de la República y de ejercer las demás que en un futuro le adscriban la ley o el Gobierno nacional, como en efecto las recibió luego del Estatuto Cambiario, Decreto 444 de 1967.

LOS DEPOSITOS PREVIOS. SU NATURALEZA Y EFECTOS.

Los depósitos previos como mecanismo para disminuir la presión sobre la balanza de pagos han demostrado su bondad en comparación con otras medidas de efectos más amplios como son las alzas del tipo de cambio o los derechos arancelarios.

La historia económica del país muestra su utilización en un comienzo directamente sobre la importación de mercancías como requisito previo para obtener la licencia de importación; así nació en 1951 con el Decreto 637 y luego se desarrolló en las Leyes 1ª de 1959 y 83 de 1962 estado legal que heredó la Junta Monetaria al atribuírsele en forma exclusiva las facultades pertinentes a su regulación según consta en el artículo 7º del Decreto 2206 de 1963.

Con igual sentido el Decreto 444 de 1967 en sus artículos 83 a 91 restructuró este sistema de depósitos y atribuyó a la misma Junta Monetaria facultades para regularlos mediante mecanismos que subsistieron hasta la suspensión ordenada por el Decreto 1121 de 1973.

Ya para el año de 1977 la Junta Monetaria gozaba de la plenitud de sus facultades legales atribuídas por normas tan fundamentales como la Ley 21 de 1963 y el Decreto extraordinario 2206 de 1963, el Decreto 444 de 1967 y la Ley 7ª de 1973 y le correspondió afrontar el manejo de la situación originada en la llamada bonanza cafetera para lo cual dentro de las diversas medidas que adoptó se cuenta la Reso-

lución número 46 de 13 de julio del citado año 77, uno de cuyos significados y fundamentos jurídicos se resumen en los considerandos que expuso así:

> "Que es preciso armonizar los presupuestos de ingresos y egresos de divisas del país contemplada en los artículos 11 y 21 del Decreto 444 de 1967, con los presupuestos monetarios que de acuerdo con el artículo 24, literal a) de la Ley 7ª de 1973 elabora la Junta Monetaria".

En estos términos quedó descrito el doble objeto de regulación de presión sobre las divisas y simultáneamente el del medio circulante, señalando al mismo tiempo la fuente general de sus facultades legales en cada uno de los campos mencionados: El estatuto cambiario y de comercio exterior, Decreto 444 de 1967 y el estatuto de sus facultades en materia monetaria, la Ley 7ª de 1973 complementaria del Decreto 2206 de 1963.

Tal como se advirtió en el auto admisorio de 27 de abril de 1981 el análisis de la acusación no puede restringirse únicamente a los alcances del artículo 12 del Decreto 444 de 1967, puesto que este criterio restringido al campo de los cambios internacionales deja por fuera el otro aspecto no menos importante como es la situación monetaria interna a la cual la Junta se remitió al mencionar los presupuestos monetarios como contrapeso al de divisas, en la búsqueda de un equilibrio o armonía conveniente en ese momento para el país.

Los actos acusados.

Examinada la medida o las medidas acusadas que adoptó la Junta a mediados de 1977 y en 1979 (en los meses de febrero y junio) con perspectiva histórica, puede afirmarse que a la par que tuvieron un motivo y marco cambiario destinado a disminuir la presión sobre las divisas y acelerar los giros, tuvieron también un significado de restricción monetaria interna destinada a congelar temporalmente parte del circulante originado en la bonanza cafetera de la época.

Con este enfoque la verificación de la legalidad de las medidas tan solo con el estatuto cambiario y practicamente con una sola de sus normas, como lo es el artículo 12, no puede resultar acertado cuando tales medidas además del aspecto formal y aparentemente cambiario, significaba uno monetario en el cual también la Junta puede "estudiar y adoptar" las medidas aconsejables en el momento.

La facultad de señalar los requisitos para obtener las licencias de cambio no puede desligarse de las facultades generales otorgadas por el Decreto 444 de 1967 como la de promover, entre otros objetivos, el equilibrio cambiario mediante el aprovechamiento adecuado de las divisas disponibles (art. 1º) y la de asegurar que los préstamos se contraten en términos favorables que la Junta puede reglamentar en cuanto a las condiciones básicas (plazos, intereses, etc.) aceptables de tales préstamos (art. 127). Es por ello explicable que las medidas culminaron en la Resolución 45 de 13 de junio de 1979 destinada a regular los "plazos máximos de financiación y pago de las importaciones". Para ello la Junta invocó como soporte legal no sólo el artículo 12 del Decreto 444 de 1967 sino los Decretos 404 de 1976 y

212 de 1977 que ampliaban y confirmaban su radio de acción en estas materias y dentro de este contexto destinó el Capítulo III de dicha Resolución a establecer como uno de los requisitos para la obtención de licencias de cambio destinadas al pago de importaciones, el del depósito previo a la nacionalización de la mercancía.

Depósito que los bancos comerciales gozaban de tan solo 24 horas para entregarlo al Banco de la República (art. 90) pudiendo el importador utilizarlo posteriormente sólo para el pago de la importación dentro de los plazos máximos de giro autorizados (art. 11).

Del análisis de tal regulación puede deducirse que el "título de depósito" expedido a favor del importador al tener características restrictivas de utilización exclusiva para el pago de las importaciones, no devengar intereses, ni ajustarse su valor, ser nominativo y no negociable, lo configuran como un simple comprobante de su percepción o recibo, sin que pueda equipararse a la creación de títulos de deuda.

Y la falta de rentabilidad no constituye violación al derecho de propiedad, puesto que el fin perseguido con tales disposiciones es el de congelar temporalmente recursos del importador como medida aconsejada en interés público que conforme al mismo artículo 30 de la Constitución, invocado por la demanda, debe prevalecer sobre el particular.

Tales medidas tampoco pueden calificarse de violatorias del numeral 15 del artículo 76, pues el *ius monetandi* corresponde y sigue perteneciendo al Congreso Nacional, no obstante la delegación hecha en la Junta Monetaria para diseñar e implantar las medidas que el momento económico aconseje no sólo en los amplios campos intercomunicados de la moneda y del crédito con apoyo en las facultades recibidas por el Decreto 2206 de 1963, Ley 7ª de 1973 y complementarios, sino en el ámbito de los cambios internacionales y el comercio exterior por las facultades recibidas del Decreto 444 de 1967 que sigue sirviendo al país como ley marco en esta materia, con reconocimiento de propios y extraños.

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

Falla:

No se accede a las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidente; *Jaime Abella Zárate, José Ignacio Narváez García, Carmelo Martínez Conn.*

Jorge A. Torrado T., Secretario.

CONTRALORIA GENERAL.— Funciones. DIRECCION GENERAL DE ADUANAS. CONTROL FISCAL.

Cuando las disposiciones legales sobre el funcionamiento de la Contraloría General de la República se refieren a la vigilancia en el orden fiscal y en entes estatales que como las Aduanas regulan actividades económicas del comercio exterior, dicha vigilancia debe entenderse no solamente en lo que concierne a las operaciones contables o aritméticas, sino también en lo relativo a los gastos y las bajas de mercancías para que los unos y las otras no resulten afectados de ilegalidad.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., nueve de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Samuel Buitrago Hurtado.*

Referencia: Expediente número 690. Actor: Rafael Rodríguez Calle.

El ciudadano colombiano Rafael Rodríguez Calle solicita que se declare la nulidad del Capítulo VII, del 'Manual de Control Fiscal Específico número 65 para el ejercicio del control fiscal en la Dirección General de Aduanas del Ministerio de Hacienda y Crédito Público", adoptado por la Resolución orgánica de la Contraloría General de la República número 011943 de 20 de marzo de 1987.

En los hechos de la demanda el actor transcribe el texto de la Resolución, en el capítulo demandado, comentando que no se explica por qué la Contraloría General de la República desacata de manera abierta la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado en el sentido de que su labor se limita al control de la gestión fiscal y se autoimpone una nuevas funciones respecto a su intervención administrativa relativa al régimen de almacenaje de las mercancías objeto del comercio internacional, duplicando las funciones hoy ejercidas por la Aduana en un procedimiento como es el de almacenamiento donde no existe liquidación de impuesto.

Como normas violadas señaló el actor el artículo 59 de la Constitución Nacional y los artículos 1º, ordinales A y B, 45 y 54 del Decreto-ley 075 de 1976, y el artículo 24 del Decreto 2666 de 1984, con relación a los cuales expone ampliamente el concepto de la violación con variada cita jurisprudencial.

Previa solicitud a la Contraloría General de la República para el envío de copia idónea del acto acusado, se admitió la demanda el

30 de octubre de 1987. En el mismo proveído se negó la suspensión provisional que de modo expreso y en escrito separado se había solicitado por el demandante. Contra esta última determinación el actor interpuso el recurso de súplica, el cual fue decidido por medio de auto de 18 de marzo del año que avanza confirmando la negativa de la suspensión provisional.

Dentro del término de fijación en lista el señor Contralor General de la República se constituyó como parte en el juicio por medio de apoderado judicial, se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso la excepción de incapacidad por parte del demandante y la de falta de capacidad jurídica de la demandada "ya que la Contraloría General de la República carece de personería jurídica para demandar y/o ser demandada".

Y al surtirse los traslados para alegar tanto el demandante como el apoderado de la Contraloría General de la República hicieron uso de tal derecho, glosando el primero las excepciones que propone el segundo, y éste reiterándolas, pues en su sentir sólo a la entidad que tenga el interés compete el derecho a entablar la acción y el demandante está actuando a nombre propio, y en cuanto a la incapacidad jurídica de la demandada, "...por cuanto la Contraloría General de la República es una entidad carente de personería".

El señor Agente del Ministerio Público en su concepto de fondo dice que a las autoridades aduaneras se les fijan precisas funciones en los artículos 1º, 45 y 54 del Decreto 75 de 1976 que se resumen en recibir y revisar documentos correspondientes al recibo de naves y aeronaves; controlar el descargue, recibo almacenaje y entrega de mercancías de importación y exportación; recibir, custodiar y entregar mercancías de importación para nacionalizar y recibir, custodiar y entregar mercancías de exportación. A la Contraloría por su parte, agrega, le corresponde en relación con los bienes objeto de tráfico internacional, ejercer el control numérico de la liquidación de conformidad con las normas sobre la materia (art. 24 del Decreto 2666 de 26 de octubre de 1984), con el propósito de adelantar la fiscalización en relación con el régimen de almacenamiento de mercancías dentro de las distintas modalidades en que se da el mismo (depósitos temporales, de aduanas, etc.). Y considera el señor Fiscal que las actividades de esas dos entidades no son excluyentes por cuanto mal podía la Contraloría ejercer un control efectivo sobre mercancías en tránsito si no se le permitiera adelantar varias de las acciones consagradas en el capítulo demandado. Expresa por último que, sin embargo, en el mismo se contemplaron una serie de actividades que de ninguna manera tienen relación con la citada actividad, como son los trámites consagrados en los numerales 2.1, literales d y e; 2.2., literal b y 2.3, literales d y e que indudablemente constituyen actividades administrativas propiamente dichas.

Consideraciones de la Sala:

Por medio de la Resolución número 011943 de 20 de marzo de 1987 la Contraloría General de la República adoptó el Manual de Control Fiscal Específico número 065 para la Dirección General

de Aduanas del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. El Capítulo VII de dicho Manual que hace referencia al "Almacenamiento de Mercancías" ha sido demandado por el señor Rafael Rodríguez Calle, pues en su sentir, es violatoria de los artículos 59 de la Constitución Nacional en concordancia con los artículos 1º, ordinales A y B, 45 y 54 del Decreto-ley 075 de 1976 y el artículo 24 del Decreto 2666 de 1984. En cuanto a la primera norma explica que la Contraloría so pretexto de dictar un manual para ejercer el control fiscal, ha resuelto ejercer las funciones de las autoridades aduaneras en todo lo concerniente con el almacenamiento de mercancías. Que conforme a los artículos 1º, 45 y 54 del Decreto-ley número 075 de 1976 todo lo relacionado con la recepción y revisión de documentos correspondientes al recibo de naves y aeronaves, control al descargue, recibo almacenaje y entrega de mercancías de importación y exportación; recibo, custodia y entrega de mercancías para nacionalizar y recibo, custodia y entrega de mercancías de exportación, son funciones administrativas aduaneras; sin embargo la Contraloría en el manual acusado dispone cosas como verificar que la mercancía que entra en los depósitos sea la misma que se encuentra relacionada en la guía aérea o conocimiento de embarque, sobordo y planilla de carga en cuanto a embalaje y estado de la misma, no pudiéndose pretender que porque en algunos casos las mercancías den lugar al pago de impuestos de importación en una etapa del proceso aduanero que pueda darse o no y que es posterior al almacenamiento de la mercancía, que éste almacenamiento deba ser coadministrado por la Contraloría General de la República reemplazando en esto a la Dirección General de Aduanas. Dice el demandante así mismo que para controlar las mercancías objeto de comercio exterior, la Dirección de Aduanas cuenta con el Resguardo de la Aduana, con una Subdirección de Investigaciones y Control que cumple funciones de policía judicial, existiendo igualmente toda una Jurisdicción Penal Aduanera y en los Puertos la Policía Portuaria, argumentando que pretender controlar todos los actos de comercio exterior siendo solamente el de liquidación de impuestos el que implica gestión fiscal, equivale a desnaturalizar la esencia del control fiscal que ha definido la Carta; por ello, considera, que el Capítulo VII del Manual de Control Fiscal es una absurda duplicación y sustitución por parte de la Contraloría de las funciones que corresponden a las autoridades aduaneras. Y concluye el demandante citando una serie de sentencias de esta Corporación donde se han definido los alcances de la función fiscalizadora de la Contraloría General de la República.

Como atrás se dijo, el señor Contralor General de la República se constituyó como parte en este proceso y por medio de apoderado judicial se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso la excepción de "incapacidad" por parte del demandante, ya que por tratarse de una acción de restablecimiento del derecho, sólo a la entidad que tenga el interés compete el derecho a entablar la acción. Igualmente propuso la excepción de "incapacidad jurídica de la demandada", por cuanto la Contraloría General de la República "es una entidad carente de personería".

En relación con la primera excepción expresa la Sala, que basta leer la demanda propuesta por el señor Rafael Rodríguez Calle para apreciar que él no está proponiendo otra acción que la de nulidad

en interés del predominio del orden jurídico y no otra y esa es una acción que la ley otorga a toda persona. Y no está pidiendo el restablecimiento de derecho alguno, ni tampoco puede hablarse de estar frente a un restablecimiento automático de un derecho para alguien ni se trata de precaver un perjuicio eventual o aún no causado, sino que está buscando el actor apenas una sentencia anulatoria que tiene el simple alcance de declarativa. Y en cuanto a la segunda excepción, basta recordarle al impugnador que conforme el inciso segundo del artículo 149 del Código Contencioso Administrativo. "En los procesos contencioso administrativos la Nación estará representada por el Ministro, Jefe del Departamento Administrativo, Superintendente, Registrador Nacional del Estado Civil, Procurador o *Contralor* (se subraya), según el caso; en general, por la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto o produjo el hecho". Consecuencialmente, carecen de todo fundamento las excepciones propuestas por el impugnador.

Y entrando al fondo del problema planteado se tiene lo siguiente:

La Contraloría General de la República como antes se dijo, adoptó por medio de la Resolución número 011943 el Manual de Control Fiscal Específico para la Dirección General de Aduanas, cuyo capítulo VII que trata del "Almacenamiento de Mercancías" acusado, al hablar del ámbito de su aplicación dice que "el control fiscal en el almacenamiento, manejo y custodia de las mercancías objeto de comercio exterior en los depósitos temporales, de aduanas, zonas francas y de provisiones de abordo para consumo y para llevar, lo ejercerá la Auditoría Fiscal ante la respectiva Administración de Aduanas, en cuanto a la entrada, existencia y salida de la mercancía", señalando los siguientes procedimientos de control fiscal de las mismas:

"Entradas

"a) Verifique que la mercancía que entra a los depósitos sea la misma que se encuentra relacionada en la guía aérea o conocimiento de embarque, sobordo y planilla de carga en cuanto a embalaje y estado de las mismas;

"b) Constate que las mercancías con señales de avería, saqueo o deterioro sean recibidas con las observaciones del caso y se coloque en sitio aparte para su examen y comprobación inmediata;

"c) Presencie el inventario de la mercancía correspondiente a los equipajes retenidos en puertos y aeropuerto y vise el acta respectiva;

"d) Con base en los documentos que soportan la entrada de las demás mercancías verifique los registros en el libro radicador y vise los respectivos asientos;

"e) Verifique y vise la certificación de la entrada de las mercancías objeto de exportación.

"Existencias

"a) Practique por lo menos una vez al mes pruebas selectivas de las mercancías en existencia; de esta diligencia levante un acta que debe ser firmada junto con el almacenista responsable, si llegare a

encontrar diferencia deje constancia en ella y exija explicación al responsable, comunique al Auditor para que se indague las causas y en el caso de un hecho ilícito, formule la denuncia penal correspondiente e informe al Administrador. De igual manera, dentro de la actuación establezca la permanencia de la mercancía con el fin de determinar la declaratoria de abandono dentro de los términos establecidos por la Legislación Aduanera, para cada caso; preparando y enviando al Auditor una relación detallada que contemple como mínimo los siguientes aspectos: 1. Localización de la bodega. 2. Localización de la mercancía en bodega. 3. Fecha de ingreso de la mercancía y número de guía. 4. Características de la mercancía. 5. Causas que dan lugar al abandono de acuerdo a la legislación;

"b) Con base en la copia del informe anterior, verifique en la prueba selectiva siguiente, confrontando contra la copia de la relación que debe enviar el Almacenista al respectivo Administrador de la Aduana, el cumplimiento por parte de éste o la mora en la expedición del Acto Administrativo declarando el abandono y comunique tal situación al Auditor;

"c) El revisor destacado presenciará el reempaque de la mercancía, de esta actuación levantará un acta que debe ser firmada por el responsable del depósito, el funcionario fiscalizador y el declarante o su agente si intervinieren.

"Salidas

"a) Compruebe que la mercancía entregada sea la contemplada en cuanto a cantidad de embalaje en los documentos que autorizan el levante debidamente tramitados tanto administrativamente como fiscalmente;

"b) Constate que el levante sea autorizado por funcionario administrativo competente; cuando éste sea autorizado por el Aforador éste debe ser visado por el funcionario fiscalizador asignado para intervenir en el reconocimiento y aforo;

"c) Cuando se trate de exportación definitiva presencie el embarque de la mercancía y verifique que en la declaración se anote fecha de la exportación, cantidad, clase de la mercancía embarcada, medio de transporte, su identificación y saldo pendiente de embarque;

"d) Constate que los documentos que amparan la importación o exportación estén completos y debidamente legalizados;

"e) En la salida de mercancía por declaración de abandono verifique la existencia de los siguientes documentos:

"1. Resolución administrativa motivada, relacionando detalladamente la mercancía objeto de abandono y su destino.

"2. Acta de inventario;

"f) Verifique en la salida de mercancía por decomiso administrativo, que exista acto del administrador declarándolas de propiedad de la Nación;

"g) De establecer la autenticidad y veracidad de la información vise el acta de entrega;

"h) Verifique que en el libro radicador se haga el respectivo asiento".

Se señala también en el capítulo acusado del Manual una serie de normas y procedimientos complementarios para legalizar la apertura de los libros auxiliares, exigir la constitución de pólizas de manejo, aclarando que si en el recibo o entrega de la mercancía existiera diferencia faltante o sobrante, el revisor se abstendrá de revisar los respectivos comprobantes; que si el Administrador de la Aduana determina por medio de auto la destrucción de la mercancía, el funcionario fiscalizador deberá presenciar el acto firmando conjuntamente el acta y que el revisor que presencie la llegada de mercancía deberá exigir a la empresa transportadora una copia del sobordo efectuando con ella un cruce con la documentación y la mercancía en el momento de la entrada a las bodegas.

El artículo 59 de la Constitución Nacional confía a la Contraloría General de la República "la vigilancia de la gestión fiscal de la Administración". "La Contraloría no ejercerá funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización". Y conforme el artículo 60 el Contralor lleva el libro de la deuda pública del Estado, prescribe los métodos de la contabilidad de la Administración Nacional y sus entidades descentralizadas, y la manera de rendir cuentas los responsables del manejo de fondo o bienes nacionales; exige informes a los empleados públicos nacionales, departamentales o municipales, sobre su gestión fiscal; revisa y fenece las cuentas de los responsables del erario; provee los empleados de su dependencia y las demás funciones que señale la ley.

Fijadas dentro del marco constitucional anterior las funciones del señor Contralor General de la República corresponde estudiar si dentro de la órbita de esas competencias pueden ubicarse las determinadas en el Manual de Control Fiscal Específico número 065 para la Dirección General de Aduanas, particularmente en lo relativo al almacenamiento de mercancías en cuanto al manejo y custodia de las que son objeto del comercio exterior en los depósitos temporales y en cuanto a las entradas, existencias y salidas de las mismas.

Nuestra carta política como hemos visto, confía a la Contraloría General de la República la vigilancia de la gestión fiscal de la Administración, atribución que ese ente estatal ejercita de modo autónomo e independiente, aunque para ciertos casos esté limitado por el numeral 3º del artículo 102. Por manera que por mandato constitucional le corresponde la ejecución de las leyes sobre supervigilancia de los asuntos fiscales en forma tal, que si un estatuto de esa naturaleza para su debida aplicación requiere de cierta reglamentación para el cumplimiento del control fiscal como ocurre en el caso de autos en la Dirección General de Aduanas del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, dependencia oficial encargada especialmente de efectuar el control de las mercancías que entran y salen del país, esto es, que regula el comercio exterior para que los ingresos fiscales recaudados por concepto de gravámenes aduaneros constituyan parte funda-

mental de la economía nacional, es apenas lógico que la Contraloría en uso de esas facultades constitucionales como también de las que le otorga la Ley 20 de 1975, establezca una reglamentación específica para el ejercicio del control fiscal en el sector aduanero.

Son conocidos los complicados procedimientos aduaneros agudizados en lo que hace al almacenamiento de mercancías con la operancia en la práctica de las figuras de depósito temporal y de aduana creados en el nuevo estatuto aduanero (arts. 54 y ss.) y las deficiencias en los métodos de revisión de cuentas, de reconocimiento y aforo de mercancías, que ciertamente no dan el grado de protección económico que es de desearse, determinantes en muchos casos de inexplicables demoras en el corte de las cuentas aduaneras. Los complicados y enrevesados métodos de declaración de mercancías, que dificultan en grado sumo el correcto aforo de las mismas y el manejo mismo de los derechos de importación con sus aumentos y recargos, que se traduce todo en deficientes cálculos contables perturbadores de la misma revisión de las cuentas, explican y justifican la necesidad de una minuciosa y específica intervención de la Contraloría General de la República para un serio ejercicio del control fiscal en tan vasto y complicado sector como es el aduanero.

Es cierto que el artículo 24 del Decreto 2666 de 1984, norma señalada como violada por el actor, prescribe al hablar de la intervención de la Contraloría, que la actuación de ella, "...dentro del proceso de despacho de las mercancías se limitará al control numérico de la liquidación, de conformidad con las normas sobre la materia". Pero debe recordarse que en la Ley 20 de 1975, "por la cual se modifican y adicionan las normas orgánicas de la Contraloría General de la República, se fijan sistemas y directrices para el ejercicio del control fiscal y se dictan otras disposiciones", que sirvió de fundamento al Manual de Control Fiscal Específico 065 para la Dirección General de Aduanas del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se preceptúa lo siguiente en algunas de sus disposiciones:

"Artículo 2º El Contralor General de la República ejercerá sobre las entidades o personas que a cualquier título reciban, manejen o dispongan de bienes o ingresos de la Nación, la vigilancia y el control fiscal que le garanticen al Estado su conservación y adecuado rendimiento.

"Artículo 3º La Contraloría General de la República aplicará sobre las dependencias incluidas en el Presupuesto Nacional, los sistemas de control fiscal que ha venido empleando dentro de sus etapas integradas de 'control previo', 'control perceptivo' y 'control posterior'.

"El control de estas dependencias administrativas será ejercido por los Auditores fiscales o por funcionarios designados por el Contralor, directamente sobre caja, inventarios, comprobantes, libros, máquinas de contabilidad y sistemas de computación electrónica que se estén utilizando".

"Artículo 7º La Auditoría verificará la intervención o examen de cuentas, sobre los respectivos libros de contabilidad, comprobantes y registros con el objeto de constatar la forma como se está cum-

pliendo la gestión fiscal, y expedirá el certificado o fenecimiento sobre la legalidad y autenticidad de las operaciones financieras y de los movimientos de almacen.

"Artículo 30. Los métodos de contabilidad destinados al registro de las operaciones derivadas de la gestión fiscal, las de reconocimientos de rentas e ingresos incoporados en el presupuesto y la de los gastos públicos autorizados, captarán el origen, formación, utilización y resultados del Tesoro Nacional, como parte integrante de la Hacienda Nacional y, además, conservarán para tal efecto, la separación con los destinados al registro de los bienes fiscales.

"Artículo 59. El Contralor General de la República amonestará o llamará la atención de cualquier funcionario administrativo cuando por apreciación directa o por informe de los Auditores Fiscales, considere que una erogación de fondos o la destinación de propiedades inmobiliarias o mobiliarias del Estado, o la adquisición o enajenación de bienes tangibles o intangibles sea excesiva, ilegal o superflua".

Por manera que cuando las disposiciones legales sobre el funcionamiento de la Contraloría General de la República se refieren a la vigilancia en el orden fiscal y en entes estatales que como las Aduanas regulan actividades económicas del comercio exterior, dicha vigilancia debe entenderse no solamente en lo que concierne a las operaciones contables o aritméticas, sino también en lo relativo a los gastos y las bajas de mercancías para que los unos y las otras no resulten afectados de ilegalidad; es decir, que esa vigilancia sea enderezada a que no se quebrante la ley.

Para la Sala, analizados pormenorizadamente los procedimientos señalados en el Capítulo VII del Manual de Control Fiscal Específico número 065 para la Dirección General de Aduanas, en cuanto hace al almacenamiento de mercancías, no aparece la pretendida inconstitucionalidad o ilegalidad alegadas por el demandante, pues ciertamente lo que pretendió la Contraloría con el Manual en mención, fue precisamente dar cabal cumplimiento a lo preceptuado por el artículo 59 de la Constitución, indicando que para la vigilancia de la gestión fiscal de la Dirección General de Aduanas, la Contraloría debía adoptar sistemas apropiados a su naturaleza, al género de actividades a ella encomendadas, adecuando tal vigilancia a las modalidades específicas de ese sector público, de acuerdo con su organización, finalidad y funcionamiento, para la mayor eficacia de su control y sin pretender crearle dificultades en el desarrollo de sus actividades como en la práctica debe suceder, según los pasos indicados en el Manual. De manera que el acto acusado lejos de entorpecer o recortar o inmiscuirse en las atribuciones administrativas de la Dirección General de Aduanas, no hace más que señalar pautas para el mejor cumplimiento de la labor fiscalizadora que compete a la Contraloría, adaptándose a la índole del mecanismo aduanero.

De ahí el acierto que tuvo la Sala de Decisión cuando al confirmar la providencia que negó la suspensión provisional en proveído de 18 de marzo del año en curso, dijo en uno de sus apartes:

"...como en el presente caso se trata de establecer una fiscalización en relación con el régimen de almacenamiento de mercancías

y dentro de las distintas modalidades de que cuenta el Capítulo VII del Manual de Control Fiscal demandado (depósitos temporales, de aduanas, etc.), nada obstaría que la Contraloría precisamente como pasos previos para ejercer un control efectivo numérico de las liquidaciones a que hubiere lugar en cada caso, contemple los procedimientos de verificación de entradas, existencias y salidas de mercancías, cual lo previene el susodicho Capítulo VII, y todo ello en desarrollo de su función fiscal sobre la administración".

Y más adelante expresó:

"Que la actividad de almacenamiento, manejo y custodia de mercancías sea típicamente administrativa (arts. 45 y 54 del Decreto 075 de 1976) como lo afirma el actor no es óbice tampoco para que pudiera existir coetáneamente y por un ente distinto e independiente una intervención de vigilancia fiscal, la de la Contraloría General de la República en virtud del artículo 59 de la Carta".

De todo lo dicho anteriormente se desprende en sentir de la Sala, que no existe la inconstitucionalidad e ilegalidad alegadas, porque las normas acusadas no hicieron otra cosa que determinar las funciones de la Contraloría General de la República en relación con la Dirección General de Aduanas del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de conformidad con el ordenamiento constitucional y legal vigente.

Y en razón de lo dicho, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, de acuerdo en parte con el concepto del señor Agente del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

1º Se declaran *no probadas* las excepciones propuestas por la parte impugnadora.

2º *Niéganse* las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese.

El fallo anterior lo discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día 7 de diciembre de 1988.

Samuel Buitrago Hurtado, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

PENSION DE JUBILACION.— DOCENCIA PUBLICA Y PRIVADA. Acumulación de tiempos.

Con posterioridad a la Ley 50 de 1886, que permite la acumulación de tiempo servido en el Magisterio privado y la instrucción pública para efectos de pensión de jubilación, los estatutos pensionales no prevén la posibilidad de que se entremezclen funciones en el ramo privado y funciones en el sector público, por lo que es de deducir que las disposiciones de la mencionada Ley 50 contenidas en los artículos 12 y primer inciso del artículo 13, quedaron tácitamente derogadas, al tenor de las reglas precisadas por el artículo 71 del Código Civil.

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

Consejero ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente número 1766. Autoridades nacionales. Actora: Helena de las Mercedes Calle Fernández.

Helena de las Mercedes Calle Fernández, mediante apoderado y en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, en demanda presentada y corregida ante esta Corporación formuló las siguientes

Peticiones:

"*Primero:* Son nulas las siguientes resoluciones, originarias de la Caja Nacional de Previsión Social:

"a) La número 8166 de 13 de octubre de 1980, expedida por el Subdirector de Prestaciones Económicas de la Caja Nacional de Prestaciones Económicas de la Caja Nacional de Previsión Social, 'por la cual se niega una pensión de jubilación', a mi poderdante;

"b) La número 00184 de 21 de enero de 1983, expedida por la Directora General de la Caja Nacional de Previsión Social, por la cual, al decidir el correspondiente recurso de apelación, se confirmó la anterior resolución de la Subdirección de Prestaciones Económicas.

"*Segundo:* La señorita Helena Calle Fernández tiene derecho a una pensión de jubilación, con su correspondiente derecho a la

prestación asistencial y demás beneficios y prerrogativas de los jubilados, por servicios prestados en el Magisterio, liquidada en la forma legal, a partir del momento en que haya reunido los requisitos legales, sin perjuicio de los aumentos y reajustes le la Ley 4ª de 1976, pensión que le deberá reconocer y pagar la Caja Nacional de Previsión Social.

"*Tercero:* La cuota del cinco por ciento del valor de la respectiva pensión, para contribuir a la financiación de la prestación asistencial, sólo se descontará a partir del momento en que mi poderdante, como pensionada, tenga acceso efectivo a los servicios asistenciales de la Caja Nacional de Previsión Social, una vez expedida la resolución de dicha Caja que dé cumplimiento al fallo de esta jurisdicción, y liquidada sobre las mesadas pensionales que se causen a partir de la ejecutoria de dicha resolución.

"*Cuarto:* La Caja Nacional de Previsión Social también deberá reconocer y pagar intereses legales comerciales sobre cada una de las mesadas pensiones causadas o vencidas, a partir del momento en el cual las mismas se han causado" (fls. 10 a 12). Este *petitum* se fundamentó en los siguientes

Hechos:

"1. La señorita Helena Calle Fernández, profesora inscrita en la primera categoría del escalafón, laboró en el Magisterio, por más de veinte años, así:

"a) En el Colegio Bethlemitas de Medellín, de 1º de febrero de 1955 al 30 de noviembre de 1964;

"b) En el Departamento de Antioquia, de 1º de febrero de 1965 al 1º de mayo de 1978.

"2. La señorita Calle Fernández había nacido en el Municipio de Yarumal, el 2 de noviembre de 1915. Había cumplido pues en 1975, sus sesenta años de edad.

"3. Con base en la Ley 50 de 1886 y demás normas concordantes y modificatorias, la señorita Helena Calle Fernández solicitó a la Caja Nacional de Previsión Social el 14 de agosto de 1980 que se le reconociera el derecho a disfrutar de una pensión de jubilación, por los servicios prestados en el Magisterio.

"4. Terminado el trámite de la anterior solicitud, la Caja Nacional de Previsión Social expidió el 13 de octubre de 1980 la acusada Resolución número 8166 por la cual no accedió a decretar el reconocimiento de la pensión de jubilación solicitada por mi poderdante.

"5. Contra tal resolución se interpuso, oportunamente, el correspondiente recurso de apelación, el 26 de agosto de 1981.

"6. El pasado 21 de enero de 1983, la Directora General de la Caja Nacional de Previsión Social, doctora Olga Duque de Ospina, profirió la Resolución número 00184, por medio de la

cual, al resolver el recurso de apelación interpuesto, confirmó en todas sus partes la anterior resolución, la número 8166 de 1980 del Subdirector de Prestaciones Económicas de dicha Caja.

"7. Tal Resolución número 00184 fue notificada por edicto desfijado el pasado 18 de marzo de 1983. Con ella, como se señaló en el mismo texto de la resolución, quedó agotada la vía gubernativa.

"8. Para negar el reconocimiento de la pensión de jubilación solicitada por mi poderdante, la Caja Nacional de Previsión Social alegó que la señorita Calle Fernández no cumplía 'con el requisito de los veinte años de servicio en la docencia', no obstante que, en realidad tal como ya se señaló, la demandante había laborado en el Magisterio por mucho más de veinte años.

"9. Debe anotarse, además, que al computarse el tiempo de servicios prestados al Magisterio privado por mi poderdante, entre 1955 y 1964, la Caja Nacional, por cada año escolar laborado por la señorita Calle Fernández contabilizó solamente 10 meses en vez del año calendario que ordena contabilizar el Código Sustantivo del Trabajo" (fls. 4 a 6 y 12).

Se afirmó en la demanda que, con la expedición de los actos acusados y por los anteriores hechos, se violaron los artículos 12 y 13 de la Ley 50 de 1886; 101 y 102 del Código Sustantivo del Trabajo; 1º de la Ley 4ª de 1976; 66 y 67 de la Ley 167 de 1941; 16, 17, 19 y 30 de la Constitución Nacional y, por la violación de estas normas, se incurrió en abuso de poder.

No obra en el expediente contestación a esa demanda por parte de la entidad demandada.

Reconstruido el proceso, se determinó que debía correrse traslado al Agente del Ministerio Público para concepto de fondo, el cual fue emitido en sentido favorable a las súplicas de la demanda en consideración a lo siguiente:

"La demandante solicitó a la Caja Nacional de Previsión el reconocimiento y pago de su pensión de jubilación solicitando que se le acumularan, para tal efecto, el tiempo servido como docente en colegio privado a los servicios de la misma naturaleza prestados en el sector público, pues los artículos 12 y 13 de la Ley 50 de 1886 así lo permiten. La administración admite la aplicabilidad de las normas en cita, pero niega la prestación aduciendo que no se satisface la exigencia cronológica de los veinte (20) años de servicio. Para llegar a esta conclusión, la Caja contabilizó el tiempo servido en la docencia a razón de diez (10) meses por un año. En la demanda se enfatizó que para efectos prestacionales el tiempo servido en la docencia se debe computar como lo manda el artículo 101 del Código Sustantivo del Trabajo, conforme al cual: '...para efectos de los derechos de vacaciones y cesantías se entiende que el trabajo del año escolar equivale a trabajo en un año del calendario'.

"En la normatividad legal que disciplina la docencia pública con violación legal y reglamentaria no encontramos igual previsión a la atrás citada y que se refiere a contratos de trabajo, pero creemos que debe ser aplicada a aquella clase de vínculos, pues 'donde hay igual razón cabe igual disposición'.

"Así las cosas, y en el entendimiento de que se encuentran vigentes los artículos 12 y 13 de la Ley 50 de 1886, esta Fiscalía conceptúa que deben prosperar las súplicas de la demanda" (fl. 166).

Cumplido el trámite de ley y no observándose causal alguna de nulidad procesal, se entra a decidir mediante las siguientes

Consideraciones:

Corresponde a la Sala decidir sobre el pretendido derecho de la demandante al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, que le fue negado por las resoluciones acusadas en la demanda, de conformidad con lo dispuesto en los invocados artículos 12 y 13 de la Ley 50 de 1886, cuyos textos son como sigue:

"Artículo 12. Son también acreedores a jubilación los empleados en la instrucción pública por el tiempo indicado, siempre que en los términos de esta ley comprueben:

"1º Su conducta moral y aptitudes.

"2º Hallarse en imposibilidad de ganar la subsistencia y carecer de medios para vivir, o bien tener más de sesenta años.

"3º Acompañar declaraciones juradas de seis por lo menos de sus discípulos, que por su conducta moral, su patriotismo, servicios prestados a la sociedad y por sus buenas costumbres e inteligencia hayan ocupado o estén ocupando distinguida posición como padres de familia y como ciudadanos.

"Artículo 13. Las tareas del Magisterio privado quedan asimiladas a los servicios prestados a la instrucción pública, y serán estimados para los efectos legales en los términos del artículo anterior" (fl. 90).

Se arguye en la demanda que la actora tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación en esos preceptos, en razón de que ella desempeñó durante más de veinte años de servicios al Magisterio privado y de la instrucción pública, cumplió en noviembre de 1975 sesenta años de edad y reunió los demás requisitos exigidos. Se dice que esa pensión le fue negada por las resoluciones acusadas alegándose que ella no cumplía "con el requisito de los veinte años de servicio en la docencia", debido a que al computársele el tiempo de servicios en el Magisterio privado entre 1955 y 1964, la Caja Nacional le contabilizó sólo diez meses por cada año escolar laborado, en lugar del año calendario según los artículos 101 y 102 del Código Sustantivo del Trabajo.

Ahora bien, a partir de la dicha Ley 50 de 1886, el legislador ha ido consagrando el derecho a la "pensión de jubilación" con otros

estatutos sobre el tema que han ido modificando los precedentes, unos de carácter general, otros de tipo especial según la labor *sui géneris* a que se haya dedicado el aspirante a obtener el referido *status* y a que se le reconzoca como tal. Así se tiene, entre otros estatutos "pensionales", el contenido en la Ley 29 de 1905, general, que dispuso que para tener derecho a pensión jubilatoria era necesario que el empleado al servicio del Estatuto hubiera servido treinta (30) años y tuviera una edad de sesenta (60) años; el contenido en la Ley 22 de 1926, especial o excepcional, que señaló privilegio de pensión jubilatoria con treinta (30) años de servicio sin consideración a edad, para los cargos taxativamente enumerados de operador de radio y telégrafos, jefe de oficina de los mismos ramos, jefe de línea, revisor, plegador, clasificador y mecánico de esas dependencias del Estado; el contenido en la Ley 28 de 1943, también para los empleados y trabajadores de los telégrafos y radios, que disminuyó el tiempo de servicios a veinte (20) años, siempre que la edad no sea inferior a ciencuenta (50) años; el contenido en la Ley 6ª de 1945, que rige para los empleados oficiales afiliados a la Caja Nacional de Previsión, fijó normas generales en el sentido de que para efectos de la pensión jubilatoria, es indispensable que el servidor haya ejercido el cargo o los cargos durante veinte (20) años, continuos o discontinuos, y llegar a los cincuenta (50) años si es mujer, o a cincuenta y cinco (55) si es varón; el contenido en la Ley 22 de 1942, especial para los empleados del ramo judicial; en fin, los contenidos en las Leyes 64 y 65 de 1946, en la Ley 72 de 1947, en el Decreto-ley 2921 de 1948, en la Ley 1ª de 1963 y en la Ley 57 de 1964 y en otras más que no es del caso citar. En ninguno de ellos ha vuelto a preverse la posibilidad de que se entremezclen funciones en el ramo privado y funciones en el sector público, por lo que es de deducir que las disposiciones de la Ley 50 de 1886 que se reproducen arriba, quedarón tácitamente derogadas, al tenor de las reglas precisadas por el artículo 71 del Código Civil.

Ha sido, pues, tendencia del legislador, a partir de 1905 y mantenida desde esa época, deslindar por completo, para efectos de pensión jubilatoria, el servicio privado y el servicio público. Además, este ha sido el criterio del Consejo de Estado ante situaciones parecidas a la del caso *sub lite*, como por ejemplo, el sentado en el fallo de marzo de 1979, expediente número 2096, actor: Gabriel Ortiz Merconick, Consejero ponente doctor Samuel Buitrago Hurtado, en el que no tuvo a bien que se acumularan tiempos servidos al Estado con tiempos servidos a la Flota Mercante Grancolombiana, por ser ésta una sociedad de derecho privado.

De esta suerte, no habrá de accederse a las peticiones de la demanda.

En virtud de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Deniéganse las peticiones de la parte actora.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente. Cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 14 de diciembre de 1988.

Aydée Anzola Linares, Ausente; *Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna.*

Miguel A. Perilla P., Secretario.

EMPLEADOS DEL CONGRESO.— Estabilidad.

Conforme a la ley, algunos empleados del Congreso Nacional tienen estabilidad en sus cargos durante el período constitucional de los congresistas, en el cual hubieren sido nombrados por la respectiva mesa directiva del Senado de la República y de la Cámara de Representantes. Lo que significa que esa estabilidad termina con el correspondiente período de los congresistas, adquiriendo tales empleados el carácter de interinos mientras las mesas directivas expiden las resoluciones de nombramiento para el período constitucional subsiguiente.

REVOCA LA SUSPENSION PROVISIONAL de la Resolución número 109 de julio 16 de 1986, proferida por la Comisión de la Mesa Directiva del Senado de la República.

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 Clara Forero de Castro.*

Proyectó: *Doctor Antonio José Arciniegas A.* Abogado asistente.

Referencia: Expediente número 2493. Autoridades nacionales. Actor: Jairo López Morales.

Jairo López Morales, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública de nulidad, presentó demanda ante esta Corporación el 30 de enero de 1987 solicitando la declaración de nulidad de la Resolución número 109 de julio 16 de 1986 de la Comisión de la Mesa del Senado de la República, "por la cual se declara en interinidad el personal de planta de la Ley 52 de 1978" y cuyo texto es el siguiente:

"LA COMISION DE LA MESA DEL SENADO DE LA REPUBLICA, en uso de sus facultades legales y reglamentarias y en especial las que le confiere la Ley 28 de 1983 y,

"CONSIDERANDO:

"Que el artículo 3º de la Ley 52 de 1978, establece que 'los empleados del Congreso permanecerán en sus cargos durante el período constitucional de la Cámara en que hubieren sido nombrados...'

"Que el personal de planta a que se refiere esta Resolución, cumple período constitucional el 19 de julio del presente año.

"Que es competencia de la Comisión de la Mesa la de nombrar y remover el personal de la planta del honorable Senado,

"RESUELVE:

"ARTICULO PRIMERO. Declárase en interinidad a partir de 20 de julio del presente año, al personal de planta que presta sus servicios al honorable Senado de la República y cuya vinculación se hizo con fundamento en la Ley 52 de 1978, hasta la fecha en que sea ratificado o nombrado su reemplazo, de acuerdo en (sic) lo estblecido en la Ley 28 de 1983.

"ARTICULO SEGUNDO. Para los fines de carácter legal, administrativo y fiscal, envíese copia de esta Providencia a las dependencias siguientes: Dirección Administrativa, División Financiera, Sección de Registro y Control, Sección de Personal, Sección de Pagaduría, Auditoría delegada ante el Senado y Presupuesto delegado ante el Senado".

En la demanda se citaron como normas violadas con la expedición de la Resolución acusada, los artículos 2º, 16, 20, 32, 62, 75, 76 de la Constitución Nacional; 3º, 4º y 14 de la Ley 52 de 1978; la Ley 28 de 1983 y el artículo 84 del Decreto-ley 01 de 1984.

El concepto de la violación se concretó a los siguientes planteamientos:

Que ni los artículos de la Ley 28 de 1983 ni otra norma establecen la competencia que se atribuyó la mencionada Comisión de la Mesa "para declarar en interinidad a todo el personal que presta sus servicios en el Senado de la República".

Que la Ley 52 de 1978 otorga estabilidad relativa a los empleados del Congreso y no da margen de interpretación distinta a la de que ningún servidor puede ser removido de su cargo, durante el respectivo período legislativo, sino por causales de mala conducta o justa causa. Al terminar el período pueden ser libremente removidos.

Que, "ingenuamente, los honorables Senadores creyeron que declarando en interinidad a todo el personal, se convertían en funcionarios de libre nombramiento y remoción". Pero que, como lo ha enseñado el honorable Consejo de Estado, la relativa estabilidad de los empleados del Congreso cobija tanto a los nombrados en propiedad como a los que se encuentren en interinidad y se citan dos sentencias sobre la aplicabilidad del artículo 2º de la Ley 52 de 1978 a los empleados designados en interinidad o en propiedad por las Cámaras Legislativas y las comisiones constitucionales.

Que se pretendió con la expedición de la Resolución acusada evitar que los empleados se beneficiaran del artículo 3º de la Ley 52 de 1978, al iniciarse un nuevo período legislativo.

Que al expedirse la Resolución acusada, la Comisión de la Mesa Directiva del Senado desbordó su competencia, con el ejercicio de

facultades privativas del Congreso pleno mediante la ley, porque, de conformidad con los artículos 62, inciso 1º, 75 y 76, ordinal 9º de la Constitución Nacional, sólo la ley puede, modificar la situación laboral de los funcionarios y empleados públicos, incluidos los del Congreso, determinar las calidades y antecedentes necesarios para el ejercicio de ciertos empleos públicos, señalar la estructura de la administración nacional y fijar las escalas de remuneración de las distintas categorías de empleos.

Que dicha Comisión de la Mesa no podía desmejorar la situación laboral de los empleados del Senado al declararlos en interinidad para impedir la aplicación de las garantías de la Ley 52 de 1978.

Que se violó el artículo 30 de la Constitución Nacional, al pretender derogar o suspender las prerrogativas establecidas en la ley sobre estabilidad de los empleados del Congreso.

Por auto de 23 de julio de 1987 se admitió la demanda y se decretó la suspensión provisional de la Resolución acusada.

El señor Fiscal Cuarto de la Corporación pidió la declaratoria de nulidad de la Resolución impugnada en la demanda, estimando que aquélla es violatoria de las normas en ésta indicadas y por los conceptos aducidos, tal y como se dedujo en el auto que decretó su suspensión provisional.

Cumplido el trámite de ley y no observándose causal alguna de nulidad procesal, se decide mediante las siguientes *consideraciones:*

La Comisión de la Mesa del Senado de la República expidió la Resolución enjuiciada, declarando en interinidad, a partir del 20 de julio de 1986, "al personal de planta que presta sus servicios al honorable Senado de la República y cuya vinculación se hizo con fundamento en la Ley 52 de 1978, hasta la fecha en que sea ratificado o nombrado su reemplazo, de acuerdo en (sic) lo establecido en la Ley 28 de 1983".

Esta Resolución no aparece contraria a las disposiciones indicadas en la demanda como violadas.

La Ley 28 de 1983, en su artículo 2º, facultó a las Mesas Directivas del Senado de la República y de la Cámara de Representantes, para nombrar por resolución los empleados de la planta de personal del Congreso creada por la Ley 52 de 1978, subrogando el artículo 14 de la Ley 52 de 1978.

El artículo 3º de dicha Ley 28 estableció que los empleados de la Rama Legislativa del Poder Público, nombrados por resolución de las respectivas mesas directivas, "tendrán un período igual al de los congresistas", con excepción de los que están vinculados directamente a las Presidencias y Vicepresidencias de las Corporaciones y son de libre nombramiento y remoción de esas mesas. Este artículo guarda armonía con el artículo 3º de la Ley 52 de 1978 que dispuso: "Los empleados del Congreso permanecerán en sus cargos durante el período constitucional de la Cámara en que hubieren sido nombrados, pero podrán ser removidos en cualquier tiempo por justa causa o mala conducta comprobadas".

Conforme se desprende de su texto, estos preceptos consagran para los mencionados empleados del Congreso Nacional la estabilidad en sus cargos durante el período constitucional de los congresistas, en el cual hubieren sido nombrados por la respectiva mesa directiva del Senado de la República y de la Cámara de Representantes. Lo que significa que esa estabilidad termina con el correspondiente período de los congresistas, adquiriendo tales empleados el carácter de interinos mientras las mesas directivas expiden las resoluciones de nombramiento para el período constitucional subsiguiente.

La Resolución acusada fue expedida por la Comisión de la Mesa del Senado de la República, en aplicación de la comentada normatividad y ante la circunstancias de que el período constitucional dentro del cual había sido nombrado el personal de planta del Senado de la República, según el artículo 3º de la Ley 52 de 1978, vencía el 19 de julio de 1986 y que la Ley 28 de 1983 había dado a esa Comisión de la Mesa la facultad de nombrar y remover ese personal.

La declaración de interinidad del personal de planta del Senado de la República, a partir de 20 de julio de 1986 y hasta cuando fuera ratificado o se nombrara su reemplazo de acuerdo con la Ley 28 de 1983, no significaba la violación o el desconocimiento de derecho alguno de esos empleados y menos del de su estabilidad en el período constitucional en el que fueron nombrados, pues éste vencía el 19 de julio de 1986. A partir de 20 de julio de ese año, el personal de planta del Congreso Nacional, según los artículos 2º y 3º de la Ley 28 de 1983 podía ser libremente nombrado por las respectivas mesas directivas para el nuevo período constitucional y mientras ese nombramiento se producía el personal que venía tenía el carácter de interino.

La Resolución acusada no es ilegal sino útil; no cambió ni desmejoró la situación de los empleados del Senado de la República, sino que reflejó la que ellos tenían aplicando las normas superiores ya citadas; se limitó a declarar lo que de por sí se desprendía del texto de la ley.

Por otra parte, el demandante no señaló, para cumplir con su carga procesal, la normatividad reguladora de la competencia de la Mesa Directiva del Senado de la República que resultara violada por extralimitación mediante la expedición del acto acusado, cuyo contenido aparece consecuente con lo dispuesto por las Leyes 52 de 1978 y 28 de 1983.

No habiendo sido demostrado que el acto acusado sea violatorio de las normas indicadas en la demanda y por los conceptos en ella expuestos, debe denegarse su anulación.

En tal virtud, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Deniéganse las súplicas de la demanda.

Revócase la suspensión de la Resolución número 109 de 16 de julio de 1986, proferida por la Comisión de la Mesa Directiva del Senado de la República, la cual fue decretada por auto de 23 de julio de 1987.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y archívese el expediente.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada el día catorce (14) de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION.— INVESTIGACION DISCIPLINARIA. Tránsito de ley.

No obstante que la investigación refiere a hechos que habían sucedido antes de la vigencia del Decreto-ley 052 de 1987, debió adelantarse por la Procuraduría General de la Nación, cumpliendo con el procedimiento previsto en los artículos 71 a 74 del mismo Estatuto (Decreto-ley 052 de 1987).

PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION. INVESTIGACION DISCIPLINARIA. Legislación pertinente.

La investigación debió adelantarse según los Decretos 250 de 1970 y 1660 de 1978, y desde su vigencia el Decreto 052 de 1987. El Decreto reglamentario 3404 de 1983 reguló el régimen disciplinario de los empleados administrativos y no se ocupó del correspondiente a los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público.

REGIMEN DISCIPLINARIO DE EMPLEADOS ADMINISTRATIVOS. Ambito de aplicación.

El procedimiento disciplinario del Decreto 3404 de 1983, desde cuando entró a regir la Ley 49 de 1987 sólo es aplicable a los empleados administrativos de los Departamentos, las Intendencias y las Comisarías.

Consejo de Estado.— Sala Disciplinaria.— Bogotá, D. E., dieciséis de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejera ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación C-092. Incidente de nulidad. Actor: Procuraduría Delegada. Vigilancia judicial.

Se resuelve la solicitud del doctor Jorge Valencia Arango, como representante del doctor Rodrigo Ordóñez Ochoa, para que se declare la nulidad del proceso disciplinario que se adelanta contra éste con fundamento en la Resolución 008 de 11 de mayo de 1988, expedida por el señor Procurador Delegado para la Vigilancia Judicial, de la Procuraduría General de la Nación.

El señor apoderado afirma que el proceso está afectado de causal de nulidad, conforme a lo prescrito por el artículo 24 del

Decreto reglamentario 3404 de 1983, porque la Procuraduría General de la Nación desconoció el derecho de defensa consagrado en el artículo 26 de la Constitución Nacional, en síntesis, por los siguientes motivos:

1. La investigación fue adelantada por un funcionario comisionado, quien no estaba facultado para calificarla.

2. El funcionario comisionado denegó algunas de las pruebas solicitadas, sin motivar su decisión y no ordenó notificar personalmente la correspondiente providencia, de conformidad con la disposición pertinente del Código de Procedimiento Penal.

3. La denegación de la prueba relacionada con la forma como han desempeñado sus cargos otros Magistrados del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca "impidió la comparación del rendimiento" de los mismos Magistrados.

4. No se observaron los plazos o términos legales para adelantar la investigación y calificarla.

5. Las disposiciones citadas como infringidas, en el pliego de cargos "no son aplicables en su totalidad al acusado".

6. Los cargos se hacen con base en un expediente incompleto, "pues no aparece la parte relacionada con la revocación directa".

7. Existe "vaguedad, ambigüedad e imprecisión en los hechos u omisiones" que sirven de fundamento a los cargos, porque no hay concordancia entre éstos y el acta de visita.

Consideraciones de la Sala:

1. Como lo ha expuesto reiteradamente el Consejo de Estado, la garantía del derecho de audiencia y defensa, prescrito por el artículo 26 de la Constitución Nacional comprende todos los procesos administrativos y judiciales, que adelanten los diversos funcionarios del Estado.

Los procesos disciplinarios que tienen por objeto investigar si los funcionarios o empleados incurrieron o no en faltas que se deban sancionar son de naturaleza administrativa y en ellos es requisito esencial garantizar el ejercicio del derecho de audiencia y de defensa. Se trata de una garantía fundamental que hace parte del Título III de la Constitución Nacional, reconocida como un derecho universal por el artículo 14 del Pacto de la Organización de las Naciones Unidas sobre derechos civiles y políticos, ratificado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968.

2. El señor apoderado del doctor Rodrigo Ordóñez Ochoa afirma que la Procuraduría General de la Nación debió realizar la investigación con fundamento en el Decreto 3404 de 1983 cuyo artículo 24 prescribe las causales de nulidad del proceso.

La Sala considera que la investigación debió adelantarse con fundamento en las disposiciones pertinentes de los Decretos 250 de 1970 y 1660 de 1978, éste reglamentario de aquél, y, desde su vigencia, en

las del Decreto 052 de 1987, y que el Decreto 3404 de 1983, reglamentario de las Leyes 83 de 1936 y 25 de 1974 y de los Decretos 2898 de 1953 y 521 de 1971, ha sido modificado por disposiciones posteriores, a saber:

a) El Decreto-ley 250 de 1970, reglamentado por el Decreto 1660 de 1978 y modificado por el Decreto-ley 052 de 1987, prescribe el régimen disciplinario para los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y el Ministerio Público.

El Decreto-ley 521 de 1971 y la Ley 25 de 1974, sobre organización de la Procuraduría General de la Nación y régimen disciplinario de sus empleados, los reiteraron según su contexto y algunas de sus disposiciones específicas, se refieren al régimen disciplinario de los empleados administrativos. Además, los artículos 38 y 45 del Decreto-ley 521 de 1971 corroboraron lo expuesto en cuanto prescribieron, respectivamente, que "los funcionarios y empleados de la Procuraduría General de la Nación estarán sujetos, en lo pertinente, al régimen disciplinario establecido *en el Decreto número 250 de 1970*" y que mientras se expide "el reglamento a que se refiere el artículo 14 del Decreto 2400 de 1968, en las averiguaciones administrativas que inicie la Procuraduría General de la Nación se aplicará *el procedimiento señalado en el artículo 92 del Decreto 250 de 1970*" (Se subraya).

La última de las transcritas disposiciones fue expresamente derogada por el artículo 30 de la Ley 25 de 1974, el cual tampoco versa sobre el régimen disciplinario de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público: Solo el artículo 27 de la misma ley sustituyó el artículo 89 del Decreto-ley 250 de 1970, y reiteró, en consecuencia, la vigencia de todos los demás;

b) El Decreto reglamentario 3404 de 1983, no tenía, ni tiene más alcance que el de las leyes y decretos que, según su propio enunciado, reglamentó. Por consiguiente, reguló el régimen disciplinario de los empleados administrativos y no se ocupó, ni podía hacerlo, del correspondiente a los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público.

Lo anterior, también se infiere de algunas disposiciones específicas, como los artículos 4º, 5º, 29, 30 y 31 del Decreto 3404 de 1983, que solamente se refieren a empleados administrativos y *no* a funcionarios o empleados de la Rama Jurisdiccional o del Ministerio Público.

Pero además, el Decreto 3404 de 1983, como las leyes y decretos que reglamenta, fue modificado por la Ley 13 de 1984, a su vez reglamentada por el Decreto 482 de 1985 que prescribió el régimen disciplinario para los empleados administrativos nacionales.

La Sala observa y destaca que esta ley, tampoco regula el procedimiento disciplinario para funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público y que, por lo mismo, no modificó, ni menos sustituyó lo prescrito por el Decreto-ley 250 de 1970, reglamentado por el Decreto 1660 de 1978;

d) El régimen disciplinario regulado por el Decreto 3404 de 1983 quedó vigente para los empleados de la Administración regional y local. Pero el artículo 10 de la Ley 49 de 1987, lo modificó en cuanto dispuso que "mientras se expide el régimen disciplinario para el Alcalde y demás empleados municipales, además de lo dispuesto en las leyes vigentes, les será aplicable el estatuto establecido en la Ley 13 de 1984 y en el Decreto reglamentario 482 de 1985 sobre administración de personal y régimen disciplinario para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional".

De todo lo anterior la Sala concluye que el procedimiento disciplinario prescrito por el Decreto 3404 de 1983, desde cuando entró en vigencia la Ley 49 de 1987 sólo es aplicable a los empleados administrativos de los departamentos, las intendencias y las comisarías.

3. Este proceso tiene por objeto, según el informe del Procurador Delegado para la Vigilancia Judicial (fls. 10 a 13) y el auto de 5 de febrero de 1987, proferido por el señor Procurador General de la Nación (fl. 15), investigar y definir si el doctor Rodrigo Ordóñez Ochoa, en ejercicio de sus funciones como Magistrado del Tribunal Administrativo del Valle, incurrió o no en falta disciplinaria que se deba sancionar.

Según el auto de 11 de febrero de 1987 del Procurador Delegado para la Vigilancia Judicial (fls. 17 a 21), los cargos consisten en retardos o demoras en que podría haber incurrido el doctor Rodrigo Ordóñez Ochoa, en ejercicio del cargo mencionado y en el lapso comprendido entre el 1º de agosto de 1985 y el 28 de noviembre de 1986, que serían, de conformidad con el artículo 95, numeral 1º del Decreto 250 de 1970, "conductas contrarias a la eficacia de la Administración de Justicia".

La Sala observa, que según lo expuesto, la investigación versa sobre hechos que pudieron ocurrir durante la vigencia del Decreto 250 de 1970; que el Decreto-ley 052 de 1987 modificó el Decreto-ley 250 de 1970 y que desde el 13 de enero de 1987, cuando fue promulgado (Diario Oficial número 37755, páginas 5ª a 13), el artículo 61 *ibídem* sustituyó el artículo 95 del Decreto-ley 250 de 1970, pero reprodujo, en el literal a), el precepto que prescribe que son faltas contrarias a la eficacia de la administración de justicia, entre otros hechos, "omitir o retardar injustificadamente el despacho a los asuntos a su cargo o el trabajo que señale la ley o los reglamentos de la oficina, o dejar vencer sin justa causa los términos de la actuación correspondiente".

4. Los artículos 71 a 74, inclusive del Decreto-ley 052 de 1987 establecen la forma de adelantar "la investigación disciplinaria" en la Procuraduría General de la Nación, por consiguiente, modificaron, en lo pertinente, los artículos 92 y 93 del Decreto-ley 250 de 1970.

Además, como disposiciones legales relativas al procedimiento disciplinario, según el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, estos preceptos tienen efecto general inmediato.

En consecuencia, no obstante que la investigación disciplinaria se refiere a hechos que habrían sucedido antes de la vigencia del

Decreto-ley 052 de 1987, debió adelantarse por la Procuraduría General de la Nación, cumpliendo con el procedimiento previsto en los artículos 71 a 74 del mismo estatuto. Además, la investigación se ordenó (fl. 15) y efectuó (fls. 17 a 21) cuando ya estaba vigente el mencionado Decreto.

5. Así las cosas, la Sala procede a examinar, con base en las consideraciones anteriores, la petición del señor Apoderado del doctor Rodrigo Ordóñez Ochoa para que se declare la nulidad de la investigación disciplinaria:

a) Se afirma que la investigación fue adelantada por funcionario comisionado que no tenía facultades para calificarla.

La Sala observa que el Procurador General de la Nación dispuso, por el auto de 5 de febrero de 1987 (fl. 15), pasar el expediente al Procurador Delegado para la Vigilancia Judicial, no por delegación de funciones, sino de conformidad con el artículo 27 de la Ley 25 de 1974, sustitutivo del artículo 89 del Decreto-ley 250 de 1970 que prescribe que "en casos especiales el Procurador General de la Nación podrá disponer que la vigilancia en determinado despacho judicial sea ejercida por funcionario distinto al que actúe como agente ordinario".

Además, según el artículo 15 del Decreto-ley 521 de 1971, entre las funciones del Procurador Delegado para la Vigilancia Judicial, se consagra la de "promover los procesos disciplinarios";

b) Se denegó la práctica de algunas pruebas, según el señor apoderado del docto Rodrigo Ordóñez Ochoa, sin que se motivara la decisión y sin que la correspondiente providencia fuera notificada conforme a lo prescrito por el Código de Procedimiento Penal.

La Sala considera que el Procurador Delegado para la Vigilancia Judicial, mediante auto de 11 de febrero de 1987 (fls. 17 a 21) ordenó correr traslado de los cargos al doctor Rodrigo Ordóñez Ochoa, por el término de 6 días hábiles, para que los contestara y aportara o solicitara la práctica de pruebas y que se le notificara personalmente esa providencia, haciéndole saber, además que el expediente quedaba a su disposición por igual plazo, en la Secretaría. Para el efecto, comisionó al Procurador Regional de Cali quien, por auto de 25 de febrero de 1987, dispuso cumplir la comisión. La notificación personal se surtió el 6 de marzo de 1987, en la forma indicada (fls. 22 y 23), y el doctor Rodrigo Ordóñez Ochoa oportunamente descorrió el traslado y solicitó la práctica de pruebas (fl. 41 del cuaderno principal y fls. 1 a 27 del cuaderno de antecedentes).

El Procurador Delegado para la Vigilancia Judicial, por auto de 26 de agosto de 1987 (fl. 72), resolvió la petición de pruebas así:

—Dispuso tener como pruebas los documentos allegados por el doctor Rodrigo Ordóñez Ochoa.

—Ordenó a la Secretaría allegar fotocopias autenticadas de las actas de visitas practicadas a los Magistrados del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca doctores Julio César Paz Quevedo y Alfonso Pinilla, en el lapso comprendido entre 1979 y 1985.

—Resolvió solicitar declaración por medio de certificación a los Magistrados del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca doctores Alfonso Pinilla Prado y Javier Cano García y recibir el testimonio de los doctores Julio César Paz Quevedo y Lisandro González Barbosa, así como el de la señora Adiela Zuloaga de Torres.

—Dispuso solicitar al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, copia de una acta de reparto pedida por el doctor Rodrigo Ordóñez Ochoa y que como prueba de oficio que decretó, se elabore "un cuadro estadístico sobre el trabajo desarrollado por el citado doctor desde el 1º de agosto de 1985 al 28 de febrero de 1987".

—El Procurador Delegado para la Vigilancia Judicial denegó, por estimarlas inconducentes, la práctica de visitas a los despachos de los demás Magistrados del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca y otras pruebas que, según expresó, tienden "a demostrar la forma precaria y deficiente en que laboran los funcionarios de la Rama Jurisdiccional...", pero que resultan "inconducentes para explicar el cargo, razón por la cual se deniegan" (fls. 72 a 74).

La Sala considera que, según lo expuesto, la investigación disciplinaria se surtió en la Procuraduría General de la Nación con reconocimiento del derecho de audiencia y defensa y que si se denegó la práctica de unas pruebas sin que ésta sea la oportunidad procesal para verificar si esa decisión es o no fundada, ello se debió a que las estimó inconducentes (arts. 75 del Decreto-ley 052 y 25 del Decreto-ley 050 de 1987).

También es del caso precisar que la Sala Disciplinaria no es Juez de las actuaciones de la Procuraduría, ya que solamente tiene competencia para establecer si el funcionario investigado incurrió en falta disciplinaria e imponer la sanción correspondiente, previo el cumplimiento de un procedimiento en el cual se le da la oportunidad al acusado de solicitar nuevamente pruebas.

Además, aunque el auto de 26 de agosto de 1987, proferido por el Procurador Delegado para la Vigilancia Judicial, no fue notificado personalmente al doctor Rodrigo Ordóñez Ochoa, la Sala considera que la ley sólo exige notificar personalmente al procesado, no detenido "los autos de cesación de procedimiento, el que dispone el cierre de la investigación, la resolución de acusación y la sentencia" (arts. 75 del Decreto-ley 052 y 177 del Decreto-ley 050 de 1987) que, por consiguiente, la investigación disciplinaria, también por este aspecto, se cumplió debidamente;

c) Se afirma que los cargos se hacen con base en un expediente incompleto porque "no aparece la parte relacionada con la revocación directa".

Pero los cargos se hicieron por auto de 11 de febrero de 1987 (fls. 17 a 21), de ellos se corrió traslado al doctor Rodrigo Ordóñez Ochoa, en la forma antes indicada y fueron calificadas por la Reso-

lución 008 de 11 de mayo de 1988, la cual le fue notificada personalmente (fls. 107 a 116 y 133), todo lo anterior de acuerdo con la ley.

Además observa la Sala que la petición de revocación directa es posterior; que fue resuelta por auto de 9 de junio de 1988, proferido por el Procurador General de la Nación, por considerarla improcedente, y que aunque la mencionada providencia obra en el expediente (fls. 144 y ss.) es irrelevante para los efectos de la investigación disciplinaria que se cumplió en la Procuraduría General de la Nación y se prosigue, hasta su definición, en esta Corporación;

d) Se afirma que existe "vaguedad, ambigüedad e imprecisión en los hechos u omisiones" que sirven de fundamento a los cargos, porque no hay concordancia o armonía entre ellos y el acta de visita.

Al respecto, la Sala considera que la petición para que se declare la nulidad de la investigación disciplinaria se funda en el desconocimiento del derecho de audiencia y defensa; que ya se verificó que este derecho por el contrario fue respetado y observando; que en este caso el cargo se fundamenta en el artículo 24 del Decreto reglamentario 3404 de 1983 y que como ya se demostró, este estatuto no es aplicable a las investigaciones disciplinarias que se adelanten contra los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público.

La Sala agrega que la investigación disciplinaria se originó en la visita practicada el 28 de noviembre de 1986 (fls. 3 a 8), al despacho del Magistrado del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, doctor Enrique Restrepo Cataño; que el informe del Procurador Delegado para la Vigilancia Judicial, el cual obra a folios 10 a 13, como consecuencia de la mencionada visita, se refiere a posibles demoras o atrasos del Magistrado doctor Rodrigo Ordóñez Ochoa; que el auto de 11 de febrero de 1987 (fls. 17 a 21), expedido por el mismo funcionario, alude a los mismos hechos y a la posibilidad de que configuren, según el artículo 95, numeral 1º del Decreto 250 de 1970, una falta contraria "a la eficacia de la administración de justicia" y que la Resolución 008 de 11 de mayo de 1988, mediante la cual el Procurador Delegado para la Vigilancia Judicial calificó la investigación y formuló acusación contra el doctor Rodrigo Ordóñez Ochoa (fls. 107 a 116), tiene por fundamento la probabilidad de los mismos hechos con las mismas consecuencias jurídicas, a saber: Posibles retardos o demoras del mencionado funcionario en el despacho de algunos de los expedientes que estaban a su cargo, que podrían implicar, según el artículo 95, numeral 1º del Decreto-ley 250 de 1970, una falta disciplinaria opuesta "a la eficacia de la administración de justicia".

De manera que no se desconoció o infringió, por este nuevo aspecto, el derecho de audiencia y defensa.

Por lo expuesto, esta Sala Disciplinaria del Consejo de Estado deniega la petición del doctor Rodrigo Ordóñez Ochoa, hecha mediante apoderado, para que se declare la nulidad de la investigación disciplinaria que se le adelanta.

Cópiese y notifíquese.

Jaime Abella Zárate, Consuelo Sarria Olcos, Julio César Uribe Acosta.

Nubia González Cerón, Secretaria.

TITULO III

CAPITULO I

ASAMBLEAS DEPARTAMENTALES

OCUPACION DE HECHO EN ZONA RURAL.— Procedimiento.

La Ley 200 de 1936 judicializó ese procedimiento al establecer que desde la expedición de dicha ley, en los juicios de lanzamiento por estos procesos y en la tramitación de las acciones posesorias referidas, se observarán las reglas de los artículos siguientes a los del artículo 16.

CONFIRMASE LA SUSPENSION PROVISIONAL del artículo 2º de la Ordenanza número 016 de 1986 de la Asamblea del Meta.

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

Consejero ponente: *Doctor Samuel Buitrago Hurtado.*

Referencia: Expediente número 937. Apelación interlocutorios. Actor: Alfonso Alvarado López.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto contra el auto de noviembre 20 de 1987 dictado en este asunto por el Tribunal Administrativo del Meta.

Antecedentes:

En escrito presentado el 20 de agosto de 1987 demandó el ciudadano Alfonso Alvarado López la nulidad del artículo 2º de la Ordenanza 016 de noviembre 27 de 1986 dictada por la Asamblea del Meta y del término "deroga todas las disposiciones que le sean contrarias" del artículo 3º del mismo acto. En el mismo libelo pidió en forma expresa la suspensión provisional del acto acusado, cuyo texto reza: "*Artículo segundo:* Facúltase a los Alcaldes e Inspectores de Policía del Departamento, para conocer de los procesos por ocupación de hecho, en las zonas rurales mediante los trámites señalados en la Ley 57 de 1905 y su Decreto reglamentario 992 de 1930".

Se pronunció el Tribunal en su auto de noviembre 20 de 1987, decretando la suspensión provisional de los artículos acusados, decisión que fundamentó en las consideraciones que se transcriben:

"En relación con la suspensión provisional solicitada dentro de la demanda, la que en síntesis se fundamenta en que con el artículo 2º de la Ordenanza 016 de noviembre 27 de 1986 de la honorable Asamblea Departamental del Meta, se está dando una atribución a los Alcaldes

e Inspectores de Policía para conocer de procesos que están reservados a la justicia ordinaria y en uso de esta atribución desborda la recta aplicación de justicia en el prevaricato, en la usurpación de funciones y en la extralimitación misma de la autoridad. Que el uso de este artículo acusado, conllevaría también a la perturbación del orden público y el ordenamiento social por parte de los mismos funcionarios que han sido encargados precisamente de su tutela y mantenimiento y que al darle poderes a la Policía en el campo rural en el aspecto de lanzamiento por ocupación de hecho, se violan normas de superior jerarquía y al dársele aplicación a este artículo se contraviene la reforma agraria y se abarcan campos jurídicos legales reservados en forma exclusiva a los Jueces de la República.

"Que igualmente es conveniente la suspensión provisional del aparte 'deroga todas las disposiciones que le sean contrarias' del artículo 3º de la Ordenanza en mención porque si el artículo segundo da atribución a los Alcaldes e Inspectores para los Jueces Civiles de la República, consecuencialmente la ordenanza debe derogar normas que le sean contrarias y al derogar estas normas de paso está derogando 'la Ley 200 de 1936, el Decreto 59 de 1938, la Ley 153 de 1961 y todas aquellas contrarias como también el mismo artículo 187 de la Constitución Nacional y el Código de Régimen Departamental que le señalan taxativamente las funciones de la Asamblea' (sic)".

Luego de la anterior exposición sobre los fundamentos de la medida impetrada, hace el Tribunal esta brevísima consideración, a manera de motivación de la decisión adoptada: "Después de haber hecho el estudio pertinente, encuentra la Sala que es dable y procedente el decreto de la suspensión provisional solicitada, toda vez que el quebranto alegado aparece claro a primera vista, puesto que con el acto demandado, la Asamblea Departamental ha abarcado un campo no permitido como es el de legislar, al que únicamente le está asignado al Congreso y al Ejecutivo en cabeza de su Presidente" (sic).

Contra el anterior pronunciamiento interpuso recurso de apelación el ciudadano Víctor Obdulio Benavides, en su carácter de impugnador de la demanda.

Procede la Sala a decidir de plano sobre el recurso planteado, previas las siguientes

Consideraciones:

Estudiada la demanda en el capítulo correspondiente a la suspensión provisional, observa la Sala que el actor hace una relación un tanto anárquica de las normas de estirpe superior presuntamente quebrantadas por el acto acusado, y en la misma forma hace una comparación entre unas y otras para establecer la manifiesta violación de que habla el inciso segundo del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo.

Y el auto recurrido adolece de una inexplicable deficiencia analítica, no indicándose en él las normas que en su opinión fueron infringidas, y mucho menos se dan explicaciones convincentes y jurí-

dicas para sustentar la afirmación de que la Asamblea del Departamento del Meta invadió terrenos reservados al Congreso y a la Rama Ejecutiva.

Fuera de lo anterior, las normas que se denuncian como violadas en la demanda, tratan diversos temas, pero que tienen que ver ciertamente en su conjunto con la materia contemplada en el acto cuestionado, que se refiere a "los procesos por ocupación de hecho, en las zonas rurales".

Es cierto que la Ley 57 de 1905 confirió competencia al "Jefe de Policía" para los lanzamientos por ocupaciones de hecho, norma reglamentada por el Decreto 992 de 1930 que señaló el procedimiento para la operancia en la práctica de la medida policiva en comento. Pero también lo es, que la Ley 200 de 1936 judicializó ese procedimiento al establecer en su artículo 16 que, "desde la expedición de la presente ley, en los juicios de lanzamiento por ocupación de hecho en predios rurales, así como en la tramitación de toda acción posesoria referente a predios de la misma naturaleza, se observarán las reglas que se consignan en los artículos siguientes".

El artículo 25 de la ley en mención creó los Jueces de tierras, "encargados de conocer privativamente en primera instancia de las demandas que se promuevan en ejercicio de las acciones que consagra esta ley".

Y el artículo 31 de la Ley 4ª de 1943 estableció lo siguiente: "A partir de 1º de mayo de 1943, suprímense los Jueces de tierras, y adscríbense sus funciones a los respectivos Jueces de circuito, quienes conocerán adoptando el criterio y la tramitación señalados por la Ley 200 de 1936".

Como la disposición en comento fue expresamente invocada por el demandante para efectos de la suspensión provisional del acto acusado, emerge a primer golpe de vista su violación, razón por la cual es procedente esa medida excepcional, que fue dispuesta por el Tribunal Administrativo del Meta, razón por la cual su providencia debe ser confirmada.

Y en tal virtud, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

Resuelve:

Confírmase la providencia recurrida proferida por el Tribunal Administrativo del Meta el 20 de noviembre de 1987, que dispuso la suspensión provisional del artículo segundo de la Ordenanza número 016 de 1986.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

La providencia anterior la discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día 22 de julio de 1988.

Samuel Buitrago Hurtado, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

ASAMBLEA DEPARTAMENTAL.— Competencia. FACULTAD IMPOSITIVA DEPARTAMENTAL.

La competencia de las Asambleas Departamentales es subordinada a la ley, y ello con base en el artículo 191 de la Constitución Nacional.

SUSPENDESE PROVISIONALMENTE la Ordenanza número 06 de diciembre 14 de 1987 "por la cual se crea la estampilla proedificio de la Dirección de Transportes y Tránsito del Magdalena".

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

Consejera ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación número 1906. Apelación auto de julio 3 de 1987, proferido por el Tribunal Administrativo del Magdalena, en juicio de nulidad y suspensión provisional de la Ordenanza número 6 de diciembre 14 de 1977, de la Asamblea Departamental del Magdalena. Demandante: César R. Marcucci.

La Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por el actor contra el auto proferido por el Tribunal Administrativo del Magdalena, mediante el cual se negó la suspensión provisional de la Ordenanza número 06 de 14 de diciembre de 1977, proferida por la Asamblea Departamental del Magdalena.

El actor y ahora recurrente en ejercicio de la acción pública de nulidad demandó ante el Tribunal Administrativo del Magdalena la Ordenanza 06 de 14 de diciembre de 1977 de la Asamblea Departamental del mismo departamento y solicitó su suspensión provisional por considerar que viola los artículos 20, 43, 76 y 191 de la Constitución Nacional, en cuanto la Asamblea Departamental no podía establecer una contribución, como la prevista en la citada Ordenanza, ya que no tenía la expresa autorización legal a que se refieren las normas constitucionales.

Citó el memorialista abundante jurisprudencia del Consejo de Estado para respaldar sus argumentos.

El auto recurrido:

El Tribunal Administrativo del Magdalena mediante la providencia aquí recurrida admitió la demanda y negó la suspensión provisional

del acto demandado por considerar que no existía violación manifiesta del artículo 191 de la Constitución Nacional por cuanto, aunque es cierto como lo afirma el actor, la Asamblea Departamental requiere autorización legal para establecer contribuciones, dicha autorización puede estar contenida, para el caso de autos en el artículo 170 del Decreto 1222 de 1986 el cual dice textualmente: "Autorízase a las Asambleas para ordenar la emisión de estampillas 'Prodesarrollo Departamental', cuyo producido se destinará a la construcción de infraestructura educativa, sanitaria y deportiva.

"Las ordenanzas que dispongan cada emisión determinarán su monto, que no podrá ser superior a la cuarta parte del correspondiente presupuesto departamental; la tarifa que no podrá exceder el dos por ciento (2%) del valor del documento o instrumento gravado; las exenciones a que hubiere lugar; las características de las estampillas; y todo lo demás que se considere necesario para garantizar su recaudo y adecuada inversión", y para establecer si existe o no dicha autorización es necesario hacer un análisis propio de la sentencia de fondo.

El recurso de apelación:

Se fundamenta en:

1. Una jurisprudencia del Consejo de Estado, Sección Cuarta, marzo 30 de 1987, Consejero ponente doctor Jaime Abella Zárate en la cual se decretó la suspensión provisional de la ordenanza departamental, proferida por la Asamblea Departamental del Magdalena, por no existir ley que la autorizara para crear el impuesto de vigilancia y seguridad.

2. Afirma que el acto demandado fue expedido 9 años antes de la vigencia del Decreto 1222 de 1986, norma que el Tribunal considera debe analizarse al fallar de fondo.

Agrega que dicho Decreto 1222 de 1986 no modifica la limitación de las Asambleas para crear contribuciones, prevista en el artículo 187 de la Constitución Nacional, el cual se reprodujo en el artículo 60 del citado Decreto.

Para resolver de considera:

El acto demandado, la Ordenanza número 06 proferida el 14 de diciembre de 1977 por la Asamblea Departamental del Magdalena creó "...la estampilla proedificio de la Dirección de Transportes y Tránsito del Magdalena, con sede en la ciudad de Santa Marta" y reglamentó todo lo relacionado con el valor de la edición, los valores nominales de las estampillas según sus diferentes denominaciones, los documentos que deben llevar la estampilla, la forma de manejo de los recursos originados en su venta, etc.

La citada ordenanza no hace referencia expresa a la creación de un impuesto nuevo pero sí establece una carga económica, con carácter de obligatoria, para los particulares quienes tendrán que adherir

estampillas por determinados valores en los documentos que allí se precisan. El punto controvertido y el cual debe analizar la Sala, teniendo en cuenta los planteamientos de la solicitud de suspensión provisional, los del Tribunal *a quo* y los del recurrente, es el relativo a la competencia de la Asamblea Departamental para crear contribuciones, y la necesidad de una autorización legal para tal efecto, toda vez que la petición de suspensión provisional fue negada por considerar, el juzgador de la instancia como posible, la existencia de una autorización legal para tal efecto, en el caso de autos.

En este sentido, dijo el Tribunal *a quo* en el acto recurrido que, de la simple lectura del artículo 191 de la Constitución Nacional "...se desprende que las Asambleas Departamentales están facultades para establecer contribuciones con el objeto de cubrir los gastos de administración que les corresponden pero dentro de las condiciones y límites que la ley les señalen" y considera que en la actualidad y desde el 18 de abril de 1986, existe el Decreto 1222, Código de Régimen Departamental, el cual en su artículo 170 otorga facultades a las Asambleas Departamentales para ordenar emisiones de estampillas "Prodesarrollo Departamental", cuyo producido se invertirá en construcción de infraestructura educativa, sanitaria y deportiva, "...dentro de la cual puede estar comprendida la estampilla creada en virtud del acto demandado..." lo cual se debe definir en la sentencia.

El Consejo de Estado en reiteradas providencias y en un todo de acuerdo con la tesis expuesta por la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 12 de mayo de 1980, ha precisado que la competencia de las Asambleas Departamentales es una competencia subordinada a la ley, o sea que dichas autoridades departamentales sólo pueden crear contribuciones cuando la ley las haya autorizado para tal efecto, y ello con base en el artículo 191 de la Constitución Nacional el cual expresamente establece que dicha competencia la ejercerán "...con las condiciones y dentro de los límites que fije la ley", para cubrir gastos de administración.

En el presente caso, es cierto que la contribución creada por la Asamblea Departamental es para cubrir gastos de la administración departamental, como es la construcción del edificio de la Dirección de Tránsito y Transportes del Magdalena, pero no comparte la Sala la afirmación de que podría existir ley que la autorizara para crear dicha contribución, porque el Decreto 1222 de 1986 autoriza la creación de estampillas para fines educativos, sanitarios y deportivos, dentro de los cuales no está la construcción de un edificio para la sede de una dependencia de la Administración Departamental, y porque dicho Decreto, como bien lo anota el recurrente fue expedido con mucha posterioridad a la fecha de la ordenanza cuestionada sin que hubiere convalidado la situación creada.

Por lo tanto no existiendo ley expresa que autorice la creación de la contribución, a juicio de la Sala procede decretar la suspensión provisional.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso,

Resuelve:

Revócase el auto de julio 3 de 1987 en cuanto negó la suspensión provisional.

Suspéndese provisionalmente la Ordenanza número 06 de diciembre 14 de 1987 "por la cual se crea la estampilla proedificio de la Dirección de Transportes y Tránsito del Magdalena".

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, José Ignacio Narváez García, Ausente.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

CONTRALORIA MUNICIPAL.— GESTION FISCAL. Vigilancia.

La vigilancia de la gestión fiscal y financiera de los Municipios y sus entes adscritos, por ley, corresponde a las mismas entidades territoriales, a través de sus contralorías.

CONFIRMASE EL DECRETO DE NULIDAD del Libro V, Título I, Régimen Fiscal Municipal, Capítulo único, artículos 713 a 849 de la Ordenanza número 025 de 23 de enero de 1987. Con la reforma a la sentencia que la decreta, de que "la Contraloría Departamental continuará con la vigilancia de la gestión fiscal de aquellos municipios que no hayan creado las Contralorías Municipales.

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

Consejero ponente: *Doctor Samuel Buitrago Hurtado.*

Referencia: Expediente número 767. Asuntos departamentales. Actor: José Jesús Laverde Ospina.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el ciudadano Luis Orlando Albán contra la sentencia de septiembre 16 de 1987 dictada en este asunto por el Tribunal Administrativo del Quindío.

Antecedentes:

En libelo presentado el 24 de marzo de 1987, demandó el ciudadano José Jesús Laverde Ospina, en ejercicio de la acción prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, la declaratoria de nulidad de los artículos 713 a 849 del Código Fiscal del Departamento del Quindío (Ordenanza 025 de enero 23 de 1987), denunciando, como normas violadas, el artículo 52 de la Ley 11 de 1986, los artículos 183, 187 y 197 de la Constitución Nacional, los artículos 92 y 94 del Decreto 1333 de 1986 y el artículo 17 de la Ley 3ª de 1986.

Impulsado el proceso y agotada su tramitación, puso el Tribunal fin a la primera instancia con su sentencia de 16 de septiembre de 1987, mediante la cual resolvió:

"*Artículo primero.* Con excepción de los artículos 721, 814, 817, parágrafo 2º, 819, 826 y 852, que no tuvieron vigencia, declárase la

nulidad del Libro V, Título I, Régimen Fiscal Municipal, Capítulo Unico, artículos 713 a 849, de la Ordenanza número 025 de 23 de enero de 1987".

Al hallar infringidas las normas citadas por el actor, compendió así el *a quo* las razones de su decisión:

"De lo transcrito de los artículos 183 y 197 de la Constitución Nacional y 92 y 94 del Decreto 1333 de 1986 fluye con facilidad que toda norma relacionada con la administración del municipio debe provenir del Concejo y que, concretamente, sólo este organismo puede disponer lo conducente en todo lo relacionado con los bienes y rentas del ente seccional indicado lo cual excluye la injerencia de otros organismos en ese punto.

"De otro lado, el artículo 187 de la Constitución señala las atribuciones de las Asambleas y allí no aparece la de tomar medidas concernientes al manejo de los asuntos municipales. Lo cual es apenas lógico y normal, si se considera que municipio y departamento son entes territoriales diferentes, con independencia en el manejo de sus bienes y rentas, conforme se desprende del artículo 183 de la Constitución Nacional, transcrito, en armonía con el artículo 182, *ibídem*.

"Resumiendo tenemos que no hay duda alguna de que el Concejo tiene facultad para dictar normas relacionadas con el régimen fiscal y que, por el contrario, a la Asamblea Departamental no le conceden tal atribución ni la Constitución ni la ley. De lo cual, surge la consecuencia lógica de que los artículos 713 a 849 de la Ordenanza 025 de enero 23 de 1987, demandados, deben ser declarados nulos. Con excepción de los que fueron objetados por el señor Gobernador, pues en relación con los mismos la ordenanza no adquirió vigencia, por falta de sanción que es requisito necesario para que la misma llegue a existir, conforme lo prescribe el artículo 81 del Código de Régimen Departamental".

Contra la anterior decisión interpuso recurso de apelación, como ya se anotó, el ciudadano Luis Orlando Albán, sustentando así los motivos de disconformidad:

"1. A la Asamblea le corresponde organizar la Contraloría Departamental (numeral 8, art. 187 de la C. N.).

"2. A la Contraloría Departamental le está asignada la vigilancia de la gestión fiscal del Departamento (inciso segundo, art. 190 de la C. N.).

"3. A la Contraloría Departamental también le está asignada la vigilancia de la gestión fiscal de los municipios (inciso segundo del art. 190 de la C. N.).

"4. La Contraloría Departamental, sólo puede cumplir con su misión fiscalizadora (departamental y municipal) de conformidad con un reglamento, manual o código que obviamente habrá de ser expedido por la Asamblea Departamental por medio de una ordenanza.

"5. Presupuestariamente (2% del monto departamental) está a cargo del Departamento, lo cual significa, según mi parecer, que el

servicio de la vigilancia de la gestión fiscal está a cargo del Departamento, lo que concuerda, según mi parecer, con la facultad consagrada a las Asambleas en el numeral 1º del artículo 187 de la Constitución Nacional".

Concepto Fiscal:

Sostiene el señor Fiscal Primero de la Corporación en su concepto de fondo que "si se revisa detalladamente el contenido del Libro V, Título I, artículos 713 a 849 del acto demandado, anulados en la primera instancia, se refieren genéricamente a la 'organización, recaudación, inversión y control de los Municipios y sus entidades descentralizadas' (art. 713), lo cual es del resorte exclusivo de lo Concejos Municipales como acertadamente lo sostuvo el *a quo*..." Dice finalmente el colaborador fiscal:

"En otras palabras, y así entiende este Despacho el régimen de control municipal, la competencia para fijar las pautas del control fiscal municipal le corresponde indudablemente a los Concejos Municipales (art. 197 de la C. N.); excepcionalmente, y sólo para aquellos municipios que no cuentan con una contraloría propia, el control fiscal lo pueden ejercer las Contralorías Departamentales (art. 190 de la C. N.), para lo cual debe dictar la Asamblea el estatuto correspondiente.

"Y es que mal puede aceptarse que coexistan dos regímenes para regular una misma materia, a saber: Uno dictado por las asambleas y otro por los correspondientes concejos municipales, lo que crearía una gran confusión normativa.

"Así las cosas y teniendo en cuenta que las disposiciones anuladas no son excepcionales sino, por el contrario constituyen el régimen general para los municipios del Quindío, este Despacho encuentra plenamente ajustado a la legalidad el fallo recurrido y, en consecuencia, sugiere que se niegue la prosperidad del recurso".

Consideraciones de la Sala:

El asunto materia de esta apelación ha sido analizado en forma por demás clara, tanto por el fallador *a quo* como por el señor Fiscal Primero de la Corporación y poco o nada es lo que hay que agregar a lo allí dicho respecto de la ilegalidad del acto acusado. Se tiene en efecto:

1º Los artículos 713 y siguientes, materia de demanda, contienen, como lo dice el primero, "los preceptos que regulan la organización, recaudación, inversión y control de la hacienda de los municipios y sus entidades descentralizadas y la formación, ejecución y fiscalización de sus presupuestos".

2º El inciso segundo del artículo 190 de la Carta, dispone: "La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos y municipios corresponde a las contralorías departamentales, *salvo lo que la ley determine respecto a contralorías municipales*" (subraya el Despacho).

"3º Ahora bien, de conformidad con el ordinal 1º del artículo 92 del Decreto 1333 de 1986, son atribuciones de los concejos: "Ordenar por medio de acuerdos, lo conveniente para la administración del distrito". Y el artículo 94 *ibídem* dispone que "la administración de los intereses del municipio está a cargo del Concejo". Y complementando las anteriores normas, dispone el artículo 52 de la Ley 11 de 1986 que los Contralores Municipales, además de las atribuciones que les señalen las leyes y los acuerdos, tendrán las siguientes: "1ª Vigilar la gestión fiscal y financiera de la administración municipal y de sus entidades descentralizadas y la manera de rendir cuentas a los responsables del manejo de fondos o bienes municipales; 2ª Exigir informes a los empleados públicos municipales sobre su gestión fiscal, y 3ª Revisar y fenecer las cuentas de los ingresos y gastos públicos, a fin de determinar si son hechos de acuerdo con las disposiciones vigentes".

Al tenor de los preceptos de que dan razón los anteriores numerales, ha de concluirse sin hesitación alguna que la vigilancia de la gestión fiscal y financiera de los municipios y sus entes adscritos, por expresa disposición legal, coresponde a las mismas entidades territoriales, a través de sus respectivas contralorías.

En efecto, conforme el inciso segundo del artículo 190 de la Constitución citado, "la vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos y municipios corresponde a las contralorías departamentales, salvo lo que la ley determine respecto a contralorías municipales". El Código de Régimen Político y Municipal (Decreto 1333 de 1986) en su artículo 304 repitió la norma constitucional, agregando en su artículo 305 que "los concejos de los municipios cuyo presupuesto anual sea superior a cincuenta millones de pesos ($ 50.000.000.00), sin incluir el valor de los recursos del crédito ni las transferencias que reciban de la Nación y del departamento, podrán crear y organizar contralorías que tengan a su cargo la vigilancia de la gestión fiscal de la respectiva administración. El valor aquí señalado se reajustará anual y acumulativa en un porcentaje igual al de la variación del índice nacional promedio de precios al consumidor que elabora el Departamento Administrativo Nacional de Estadística. En los municipios en los cuales no hubiere contraloría, la vigilancia de su gestión fiscal corresponde a la contraloría departamental".

Fuera de lo antes dicho, los ordenamientos anteriores a la reforma constitucional de 1968, como el numeral 10 del artículo 169 de la Ley 4ª de 1913, el 3º del artículo 7º de la Ley 72 de 1926, y el artículo primero de la Ley 89 de 1936 que facultaban a los Concejos Municipales para crear organismos fiscalizadores de los bienes municipales, no son contrarios ni a la letra ni al espíritu del artículo 190 de la Constitución. Por el contrario, en este inciso se dice expresamente que la vigilancia de la gestión de los municipios pueden hacerla también éstos cuando así lo determine la ley ordinaria.

Para la Sala la expresión "salvo lo que la ley determine respecto a Contralorías Municipales" empleada en el inciso segundo del artículo 190 mencionado, se defiere tanto a las leyes que con anterioridad hayan sido dictadas en relación con esta materia, como a las que en el futuro se expidieran. Es decir, a juicio de la Sala, el mencionado inciso

segundo no derogó las disposiciones que facultaban a los concejos para supervigilar y fenecer las cuentas del municipio y garantizar el manejo de los bienes de dicha entidad.

Por consiguiente la sentencia del Tribunal, en cuanto declaró la nulidad del Código Fiscal en lo relativo a la vigilancia de la gestión fiscal de los municipios del Departamento del Quindío, no puede generalizarse con desconocimiento de lo que para el particular han dispuesto las Leyes 4ª de 1913, 72 de 1926, 89 de 1936, 11 de 1986 y el Decreto-ley 1333 de 1986 en su artículo 305, y por ello debe modificarse, puesto que las Contralorías Departamentales ejercen la vigilancia de la gestión fiscal de los municipios que no se encuentren en las circunstancias de las leyes anotadas. Además, no sobra anotar que en el artículo 718 del acto acusado se dice que: "Fiscalización de la Hacienda. Corresponde a la Contraloría General del Departamento la vigilancia de la gestión fiscal de la Administración Municipal, y las entidades descentralizadas de conformidad con lo dispuesto por la Constitución Nacional, leyes, ordenanzas y acuerdos".

Por manera que a los Concejos Municipales incumbe todo lo atinente a la administración del respectivo municipio. Consecuencialmente la previsión del inciso segundo del artículo 190 de la Carta, se repite, en cuanto a la vigilancia por parte de las Contralorías Departamentales de la gestión fiscal de los municipios, sólo puede operar allí, donde por cualquier motivo, no hubiere tenido cumplimiento práctico el funcionamiento de las contralorías municipales.

Como corolario de todo lo anterior, los artículos 713 y siguientes de la Ordenanza número 25 de 23 de enero de 1987 (Código Fiscal del Departamento del Quindío), al estatuir por vía general sobre la administración de los bienes municipales y sobre su forma de control, ha invadido una órbita de competencia ajena a sus funciones, infringiendo por ende las normas superiores de estirpe constitucional y legal que gobiernan la materia.

Y en razón de las anteriores consideraciones, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley y de acuerdo en parte con el concepto del señor Fiscal Primero de la Corporación,

Falla:

Confírmase la sentencia apelada dictada por el Tribunal Administrativo del Quindío el 16 de septiembre de 1987, pero con la *reforma* de que la Contraloría Departamental continuará con la vigilancia de la gestión fiscal de aquellos municipios que no hayan creado las Contralorías Municipales, en las condiciones expresadas en las normas que sobre el particular se han expedido, tal como se explicó en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El fallo anterior lo discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día 12 de agosto de 1988.

Samuel Buitrago Hurtado, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

CONTRIBUCION DE VALORIZACION.— FACULTAD IMPOSITIVA DEPARTAMENTAL.

El desarrollo normativo de la contribución de valorización al tiempo que ha señalado como modelo la regulación con ámbito nacional, ha respetado la autonomía administrativa de los Departamentos y los Municipios.

VALORIZACION DEPARTAMENTAL (VALLE).

La aplicación parcial del Decreto reglamentario 1394 de 1970, en el orden departamental obedece a que así lo dispone el mismo Decreto que regula en su mayor parte la Contribución Nacional.

Los faltantes a cargo de los beneficiarios de la obra y no de la entidad oficial es sistema que puede imponer el Departamento con base en el artículo 1º del Decreto 1604 de 1966.

Es legal el artículo 38 de la Ordenanza 105 de 1969 del Valle cuando estableció a cargo de los propietarios los ajustes.

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 0081. Actor: Agropecuaria Hepra S. A. Impuestos (Valorización).

Una vez reconstruido el expediente original conforme al Decreto 3825 de 1985, se procede a resolver el recurso de apelación contra la sentencia dictada el 27 de febrero de 1982, por el Tribunal Administrativo del Valle y por medio de la cual negó las peticiones de la demanda instaurada por la sociedad Agropecuaria Repra S. A., contra los actos que determinaron ajustes a la contribución de valorización sobre predios de su propiedad en razón de obras departamentales.

La impugnación a los actos administrativos se fundó principalmente en la consideración de que ni la Asamblea Departamental, ni la Junta Directiva del Establecimiento de Volarización estaban facultados por la ley para decretar reajustes a la contribución de valorización. Estimó que la Ordenanza 105 de 1969 que le sirvió de fundamento a la determinación impugnada, es ilegal puesto que estaba

vigente el Decreto 1604 de 1966, el cual no permite reajustes a cargo de los propietarios, sino a cargo de la entidad como lo precisa el artículo 8º del Decreto reglamentario 1394 de 1970.

No obstante los argumentos expuestos en contra de los anteriores por el Tribunal en el fallo apelado, el actor insiste en sus puntos de vista y considera que el *a quo* no estudió ni refutó los planteamientos jurídicos de la demanda.

Afirma que el artículo 38 de la Ordenanza es ilegal y no ha debido aplicarse por la excepción de ilegalidad que ve consagrada en el artículo 240 del Código de Régimen Político y Municipal. La contradicción con la ley la deduce del siguiente raciocinio: Los únicos temas que el Decreto 1604 de 1966 dejó para regular por parte de las Asambleas Departamentales fueron: a) Para señalar las obras públicas que deben ejecutarse por el sistema de valorización, según el artículo 2º; b) Para fijar los intereses de mora en el pago de la contribución (art. 11, inciso 2º) y c) Para establecer los recursos por la vía gubernativa y su procedimiento. En todo lo demás, afirma, las Asambleas están sujetas tanto a las normas del Decreto 1604 de 1966 como a todas las demás normas legales vigentes.

El mencionado artículo 38 de la Ordenanza 105 de 1969, en el que ha fincado sus alegatos, consagró el carácter provisional de las liquidaciones de la contribución y una vez terminada la obra, estableció la distribución de los ajustes en caso de ser deficiente el presupuesto inicial o la devolución de los sobrantes en caso contrario. La parte final de este artículo, dice:

> "Si el presupuesto resultare deficiente, habrá lugar a distribuir ajustes de la contribución entre los propietarios beneficiados, en la misma proporción del gravamen primitivamente asignado. Pero si hubiere superávit en el presupuesto, la diferencia a favor de los propietarios se devolverá a éstos igualmente en proporción a sus cuotas".

No encontró el Tribunal del Valle en la sentencia apelada, la violación legal planteada por considerar que el Decreto 1604 extendió a las entidades de derecho público seccionales la facultad para el establecimiento, distribución y recaudo de la contribución. En cuanto a la alegada aplicación del Decreto reglamentario 1394 de 1970, acogió los conceptos del Fiscal quien aclaró que lo dispuesto en el artículo 8º de este Decreto, en el sentido de que las deficiencias o faltantes presupuestales serían cubiertos por la entidad pública, se refiere a los organismos de Valorización Nacional sin que esa norma sea aplicable en las obras departamentales o municipales, pues lo contrario chocaría con lo dispuesto en el artículo 92 del mismo decreto y al no existir límite para reajustar presupuestos, no puede tacharse de ilegal el artículo 38.

Para resolver se considera:

Habiendo centrado su ataque el apelante al artículo 38 de la Ordenanza 105 de 1969, en cuanto estableció los ajustes a la contri-

bución de valorización a cargo de los propietarios cuando resultare faltante, procede la Sala a exponer su opinión contraria a la del actor, concretamente en este punto, ya que al resolver idénticos planteamientos formulados por el mismo demandante en representación de la sociedad Juan N. García Z. e Hijos y Juan N. García Idrobo, los expuso *in extenso* como puede verse en el fallo de 13 de mayo de 1988, expediente número 085, Ponente consejero Hernán Guillermo Aldana, providencia a la cual se remite la Sala.

La Sala comparte la decisión del *a quo* en el sentido de que el artículo 8º del Decreto 1394 de 1970, en cuanto dispone que las deficiencias en los presupuestos serán cubiertas por la entidad pública y no por los propietarios, es disposición aplicable en el ámbito nacional, mas no obligatoria en el departamental o municipal, menos cuando éstas tienen disposiciones especiales.

La explicación de esta doctrina radica en que el desarrollo normativo de la contribución de valorización al tiempo que ha señalado como modelo la regulación con ámbito nacional, ha respetado la autonomía administrativa de los Departamentos y los Municipios y, aunque es cierto que normalmente tanto las Asambleas como los Concejos Municipales, en ejercicio de sus respectivas facultades impositivas están subordinadas a las disposiciones contenidas en los decretos reglamentarios (por cuanto éstos son necesarios para la cumplida ejecución de las leyes), en el caso del Decreto 1394 de 1970, este principio no tiene cabal aplicación.

Y no la tiene porque el mismo Decreto 1394 en forma clara se refiere en su mayor parte (los nueve primeros capítulos, hasta el artículo 87) a la contribución de valorización para obras nacionales y dedica el Capítulo X (arts. 88 a 92) a la regulación en el orden departamental y municipal, Capítulo dentro del cual figura el artículo 91 que dispone:

> "Corresponde a las asambleas departamentales reglamentar el cobro de la contribución de valorización de las obras de interés público que ejerce el respectivo departamento, de acuerdo con los términos del Decreto legislativo 1604 de 1966".

Este artículo armoniza perfectamente con el artículo 1º del Decreto 1604 de 1966, que extendió el impuesto establecido por el artículo 3º de la Ley 25 de 1921 y en adelante con el nombre de "contribución de valorización" a todas las obras de interés público que ejecuten la Nación, los Departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, los Municipios o cualquiera otra entidad de derecho público y que beneficien a la propiedad inmueble. Y armoniza igualmente con el artículo 2º del mismo estatuto, en cuanto dispone que el establecimiento, la distribución y el recaudo de la contribución se hará por la respectiva entidad que ejecute las obras y el ingreso se invertirá en la construcción de las mismas.

El artículo 8º del Decreto reglamentario 1394 de 1970, no se aplica al ámbito departamental porque dicha norma forma parte del Capítulo I destinado a la "contribución *nacional* de valorización, obras que la causan. Sujeto pasivo de la obligación tributaria. Bases y con-

diciones de la imposición". Por ello inclusive el mismo artículo 8º se refiere al Fondo Rotario *Nacional* de Valorización como obligado a pagar intereses por la mora en devoluciones.

No siendo pues, obligatorio para el Departamento el sistema adoptado por el artículo 8º del 1394 en cuanto al tratamiento de los faltantes para la debida ejecución de las obras, debe confrontarse la disposición criticada (art. 38 de la Ordenanza 105 de 1969) con el estatuto básico, o sea, con el Decreto legislativo 1604 de 1966, en el cual se consagra el principio que ha servido de patrón para regular estas materias, el artículo 9º que dispone:

> "Para liquidar la contribución de valorización se tendrá como base impositiva el costo de la respectiva obra, dentro de los límites del beneficio que ella produzca a los inmuebles que han de ser gravados, entendiéndose por costo todas las inversiones que ella requiera, adicionadas..."

Para Rafael Soto Pinedo ("La contribución nacional de valorización", Ed. Temis 1974, pág. 92) "los llamados costos de la obra, no son más que los gastos invertidos en su ejecución material, incluyendo, desde luego, el valor de las zonas de terreno que ha sido necesario adquirir..." y si dicho costo es el que configura la base impositiva, no hay ningún impedimento para que la entidad establezca los mecanismos apropiados para recuperar el costo o inversión realizada. De ahí que con razón el autor Alberto Fernández Cadavid (en el aparte de su libro acogido por el *a quo*) sostenga que "el principio legal de que puede cobrarse el costo de la obra, faculta a la entidad pública para adicionar la distribución en lo que faltare" y por lo mismo también, es pertinente el refuerzo de argumentación que el mismo tratadista encuentra en el artículo 8º de la Ley 25 de 1921 cuando recuerda que "el impuesto (el de valorización) regiría por el tiempo que sea necesario para que con su producto se realicen totalmente las obras materia de su creación".

Con las anteriores consideraciones la Sala ratifica la decisión adoptada por el Tribunal del Valle y, como ya se dijo, completan las expuestas en el fallo de 13 de mayo de 1988 (expediente 085).

Concuerdan también con las expuestas en fallo de 19 de octubre de 1987 (expediente 1178, acusación al Estatuto de Valorización del Departamento de Cundinamarca) en el cual se adoptaron los valiosos conceptos emitidos por su Fiscal Sexta, sobre el Decreto reglamentario 1394 de 1970 y su ámbito de aplicación.

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

Falla:

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.*

Jorge A. Torrado T., Secretario.

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO.— Competencia.

Las objeciones de los Gobernadores a los proyectos de ordenanza de presupuesto son de conocimiento privativo de los Tribunales Administrativos.

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

Consejero ponente: *Doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja.*

Expediente número 965. Actor: Gobernador del Departamento de Norte de Santander.

Se resuelve el recurso de queja oportunamente interpuesto, a través de apoderado, por el actor de la referencia.

Pretende el aludido recurso que esta Corporación conceda el de apelación promovido contra la decisión proferida el 15 de abril de 1988 por el Tribunal Contencioso Administrativo del Departamento Norte de Santander, por medio de la cual se declaró exequible en su totalidad el proyecto de Ordenanza del Presupuesto de Rentas e Ingresos y Apropiaciones para la vigencia fiscal de 1º de enero al 31 de diciembre de 1988, emanado de la Asamblea de dicho Departamento, y se toma, además, otra decisión.

La negativa de la susodicha apelación se efectuó por el Tribunal mediante providencia de 17 de mayo de 1988, providencia ésta que, al ser materia del recurso de reposición, se mantuvo inalterable según decisión de 8 de junio de ese mismo año.

Consideró el Tribunal que el artículo 49 del Decreto 2407 de 1981 (trámite que se aplicó en el proceso), no contempla la posibilidad de interponer recurso alguno contra la decisión del Tribunal Administrativo sobre las objeciones al proyecto de ordenanza del presupuesto, pues sobre el particular la norma guarda absoluto silencio.

Por su parte, el quejoso aduce que la decisión de 15 de abril de 1988 sí era susceptible del recurso de apelación, pues a pesar de que el artículo 49 del Decreto reglamentario 2407 de 1981 guardó silencio sobre los recursos, "en nuestros ordenamientos procesales el principio general es el de las dos instancias, y cuando las decisiones deben concluir en única instancia ello debe estar expresamente señalado en la ley". Considera, además, que "el Tribunal ha debido seguir el procedimiento contemplado en el artículo 80 del Estatuto Departamental" (Decreto 1222 de 1986).

Consideraciones de la Sala:

Para la Sala es de claridad meridiana que el asunto objeto del recurso de queja en estas diligencias es de única instancia tal como lo dispone el artículo 2º del Decreto 597 de 1988, en términos que no dan lugar a dudas: "Los Tribunales administrativos conocerán de los siguientes procesos *privativamente* y en única instancia:

"12. ...

"Conocerán también de las observaciones de los gobernadores en los acuerdos municipales, por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad, de conformidad con la Constitución Política y de las objeciones a los proyectos de ordenanza y de acuerdo con los casos previstos por la ley".

De otro lado, el promotor del presente recurso de queja incurre en el error de confundir el trámite abreviado y sin otra instancia del artículo 49 del Decreto 2407 de 1981 que establece el régimen de presupuestos de los departamentos con el contemplado en el artículo 80 del Decreto 1222 de 1986, también de única instancia. El primero se contrae específicamente al proyecto de ordenanza de presupuesto que impone los siguientes pasos:

1. A partir del momento en que la Asamblea Departamental declara infundadas las objeciones formuladas por el Gobernador, en el término de 24 horas se harán llegar al conocimiento del Tribunal de lo Contencioso Administrativo quien decidirá la controversia en "el término de cuatro días improrrogables".

2. Si se declaran infundadas las objeciones, el Gobernador estará obligado a sancionar el proyecto de ordenanza dentro de las 24 horas siguientes. Y si no lo hiciere se entenderá sancionada dicha ordenanza de presupuesto.

3. Si la jurisdicción declara ilegal o inconstitucional el proyecto —dispone el artículo 51— regirá para la respectiva vigencia el presupuesto del año anterior.

Como puede colegirse de la anterior relación, se trata de un trámite de términos perentorios de cuya observancia depende la inminente ejecución del presupuesto departamental para la vigencia correspondiente, que no debe dar lugar a recurso o dilaciones frente a la necesidad que tiene la administración departamental de disponer de un ordenamiento del presupuesto, siendo la intervención jurisdiccional de simple control a fin de evitar el quebrantamiento de la ley o de la Constitución Nacional. La decisión del Tribunal, en tal caso no tiene carácter de sentencia y carece del recurso de apelación el cual sería improcedente tanto por la naturaleza de la misma como porque con lo que allí se declare, culmina el trámite preestablecido en los artículos 49 a 53 del supracitado Decreto 2407 de 1981.

Otra cosa sucede en relación con las objeciones a los proyectos de las ordenanzas ordinarias, distintas a las que fijan el presupuesto de rentas y gastos de la administración municipal, las cuales se ciñen al trámite establecido en el artículo 80 del Decreto 1222 de 1986. Como no son de ejecución inmediata, dan lugar, inclusive, a que las obje-

ciones se estudien y decidan en el nuevo período de sesiones de la Asamblea en el evento contemplado en el inciso del artículo 29 de la Ley 3ª de 1986. Aquí sí se pronuncia sentencia susceptible solamente del recurso extraordinario de revisión, de acuerdo con la actual legislación y con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 80 del Decreto 1222.

Carece, pues, de competencia el Consejo de Estado para dar trámite a la apelación que se propone mediante el presente recurso de queja interpuesto contra la decisión del Tribunal Administrativo de que se trata.

De conformidad con lo expuesto, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

Resuelve:

Declarar bien denegado el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 15 de abril del presente año, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Norte de Santander.

Devuélvase la presente actuación, para que forme parte del expediente, al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha nueve de septiembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Samuel Buitrago Hurtado, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

CONTRALORIAS DEPARTAMENTALES. Gastos totales, límite.

La Ley 6ª de 1958 limitó los gastos totales de las Contralorías Departamentales al dos por ciento del respectivo presupuesto Departamental.

CONFIRMASE LA SUSPENSION PROVISIONAL DE LA ORDENANZA número 06 de 30 de noviembre de 1978 de la Asamblea Departamental de Sucre.

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

Consejero ponente: *Doctor Simón Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Proceso número 922. Demandante: José Luis Mendoza Barrios.

Solicitó el demandante al Tribunal Contencioso Administrativo de Sucre que "se declare la nulidad del artículo primero de la Ordenanza número 06 de 1978 aprobada por la Asamblea Departamental de Sucre, concretamente en lo que se refiere a la contribución del dos por ciento (2%) sobre el monto total del presupuesto de la Lotería 'La Sabanera' de dicho Departamento". Y pidió, además, en la misma demanda, bajo el correspondiente capítulo, que "por ser manifiestamente violatorio el acto administrativo que se acuda de normas de jerarquía superior por confrontación directa o *prima facie*... se decrete la suspensión provisional..."

El *a quo*, mediante providencia de 29 de febrero del corriente año, resolvió lo siguiente:

> "*Cuarto:* Decrétase la suspensión provisional de la Ordenanza número 06 de 30 de noviembre de 1978, 'por medio de la cual se establecen unas contribuciones o aportes por concepto de fiscalización' ".

La decisión anterior determinó que el Contralor Departamental otorgara poder al doctor Jaime Percy Paternina "para que lleve mi representación y la de la Contraloría Departamental de Sucre" dentro del presente proceso.

El apoderado, así designado, apeló de la mencionada decisión, y lo hizo "en nombre y representación del doctor Ciro Hernández Osorio y de la Contraloría General del Departamento de Sucre".

En consecuencia, corresponde a esta Corporación resolver de plano el aludido recurso, no sin antes observar que se procede a estudiar dicha apelación en consideración a que fue interpuesta a nombre del ciudadano Ciro Hernández Osorio (en acción de nulidad), mas no interpuesta a nombre del Contralor Departamental, ni de la Contraloría que representa, exclusivamente; pues es bien conocido que ésta carece de capacidad para ser parte y para comparecer al proceso por no ser persona jurídica. La representación judicial del Departamento la ostenta el señor Gobernador a términos del artículo 194, atribución 4ª de la Carta.

A) Alega el ciudadano Percy Paternina que "las Asambleas Departamentales sí tienen competencia para imponer impuestos y contribuciones a través de ordenanza y en este caso concreto ésta fue expedida por la Corporación Edilicia (sic) de Sucre en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, y sin que su artículo 1º infrinja las prescripciones jurídicas citadas por el actor y por tanto éste debe seguir surtiendo la totalidad de sus efectos".

Y al efecto arguye lo siguiente:

a) Dispone el artículo 60 del Código de Régimen Departamental que son funciones de las Asambleas establecer y organizar los impuestos que se necesitan para atender los gastos de la Administración Pública y arreglar lo relativo a la organización, recaudación, manejo e inversión de las rentas del Departamento, a la formación y revisión de cuentas de los responsables y a la represión y castigo del fraude.

Luego la Asamblea Departamental de Sucre al aprobar la Ordenanza número 06 de 1978 no hizo sino aplicar el prementado artículo 60;

b) Como la Ley 151 de 1959 permite en su artículo 10 que sean afectados los presupuestos de las empresas y establecimientos públicos descentralizados de carácter nacional por concepto de gastos de su fiscalización, "no sería desacertado" que a escala departamental pudiera ocurrir lo mismo en cuanto a los "Institutos Seccionales" de los Departamentales;

c) El artículo 245 del Decreto 1222 de 1986 que expresa:

"Las partidas anuales para gastos totales de las Contralorías Departamentales no podrán exceder en ningún caso y para Departamento del 2% de sus respectivos presupuestos", nada tiene que ver con el artículo 1º de la Ordenanza 06.

B) De su lado el actor en escrito de apelación adhesiva solicita que el auto recurrido se concrete a decretar la suspensión provisional del artículo 1º de la Ordenanza 06 y no de todo su articulado, porque tal medida sólo se pidió de aquél.

Así las cosas, se observa lo siguiente:

El acto acusado:

"*Artículo 1º* A partir del día 1º de enero de 1979 en adelante, los organismos descentralizados del sector oficial del Departamento, tales como la Lotería 'La Sabanera'... contribuirán con el 2% de sus respectivos presupuestos anuales a la Contraloría Departamental de Sucre, como aporte de fiscalización obligatoria (Auditaje) tal como lo establecen los artículos 12 de la Ley 58 de 1946, 6ª de 1958, 10 de la Ley 151 de 1959 y 41 del Decreto-ley 3130 de 1968.

"*Artículo 2º* Cada una de las entidades descentralizadas anotadas anteriormente deberán apropiar de sus respectivos presupuestos en *gastos de funcionamiento transferencias*. Cuotas de Auditaje, Contraloría Departamental, el equivalente al 2% de sus respectivos presupuestos, cuotas que deberán ser giradas a la Contraloría Departamental por doceavas partes así:

"1º A más tardar el día 25 de febrero las tres primeras doceavas partes.

"2º A más tardar los 25 de los meses: marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre y noviembre sendas doceavas partes, hasta completar *doce doceavas partes*.

"*Artículo 3º* Si durante el transcurso, de la Vigencia Fiscal, se efectuaren adiciones al Presupuesto Original aprobado; sobre el total de las adiciones, se tendrá que reservar para *transferencias* cuotas, auditaje, Contraloría Departamental el equivalente al 2%, suma que deberá ser transferida a la Contraloría Departamental después de una sola vez tan pronto fuere legalizada la adición presupuestal.

"*Artículo 4º* El incumplimiento de lo ordenado en los artículos anteriores primero, segundo y tercero (1º, 2º y 3º) dará motivo al señor Contralor General del Departamento, para que imparta órdenes a sus delegados (Auditores) de abstenerse de refrendar cualquier clase de giros con cargos a los Fondos de la entidad que haya incumplido".

La decisión del Tribunal:

Sustentó la suspensión provisional así:

La ordenanza impugnada, al disponer que las entidades descentralizadas del orden departamental deben contribuir con un 2% de sus respectivos presupuestos para la Contraloría Departamental como aporte obligatorio, está contraviniendo el artículo 6º de la Ley 6ª de 1958, reproducido en el artículo 245 del Decreto 1222 de 1986, o Código de Régimen Departamental, que establece: "Las partidas anuales para gastos totales de las Contralorías Departamentales no podrán exceder, en ningún caso, y para cada Departamento, del dos por ciento (2%) de sus respectivos presupuestos". Y textualmente agrega:

"...estando los presupuestos de los entes descentralizados, incluidos dentro del General del Departamento, que está afectado

del 2% para gastos de funcionamiento, ello equivaldría a una doble tributación, por parte de esas entidades y que desbordaría el límite del dos por ciento fijado en la ley, lo cual salta a la vista de la simple comparación del texto legal con el ordenanzal, por lo que es procedente la suspensión pedida..."

Consideraciones de la Sala:

El asidero legal que establece el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo para suspender los efectos de un acto administrativo, como el aquí demandado, se manifiesta en toda su integridad, pues la Resolución número 06 de 1978, aprobada por la Asamblea Departamental de Sucre, viola de manera ostensible el mandato contenido en una norma superior; en este caso la Ley 6ª de 1958, la cual *limitó* los gastos *totales* de las Contralorías Departamentales al dos por ciento (2%) del respectivo presupuesto departamental. En consecuencia, claramente se deduce que las partidas de las entidades descentralizadas del orden departamental se consideran como ingresos propios del respectivo Departamento. Es así como el acto administrativo que ocupa la atención de la Sala, riñe, ostensiblemente, con el ordenamiento legal inicialmente citado.

Este mandato restrictivo ha sido ratificado por el artículo 245 del Código de Régimen Departamental (Decreto 1222 de 1986).

En oportunidades anteriores esta Corporación ha reiterado tales manifestaciones, y lo ha hecho en la siguiente forma:

"Ha dicho esta Sala que la facultad que le otorga el artículo 187-8 de la Constitución a las Asambleas para organizar las Contralorías Departamentales, debe ser ejercitada dentro de las previsiones que el legislador establezca en esta materia. La Ley 6ª de 1958 limitó los gastos totales de las Contralorías Departamentales al dos por ciento (2%) del respectivo presupuesto departamental, de donde claramente se deduce que tales partidas deben ser atendidas con los ingresos propios del respectivo departamento y que la disposición ordenanzal que ordene cosa distinta resulta inaplicable de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 215 de la Carta". Y más adelante se concluye así:

"Planteadas así las cosas, es cierto, protuberante y de indiscutible realce dentro del informativo, el hecho de que la Ordenanza acusada con la censura de ilegalidad, vulnera notoriamente el artículo 6º de la Ley 6ª de 1958, tal como lo destacó el Tribunal de Risaralda en la providencia apelada, pues es de toda evidencia que la exigencia de ella quedaba satisfecha y cumplida con dos por ciento del presupuesto departamental, sin computar aportes de entes autónomos en el manejo de sus presupuestos" (Auto de 7 de abril de 1984. Sección Primera. Consejero ponente doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente 4617).

Acerca de las normas invocadas en la alzada por el recurrente Percy se comenta lo siguiente: El artículo 60 del Código de Régimen Departamental es ajeno al caso *sub lite*, porque se contrae a la facultad tributaria de las Asambleas y aspectos aledaños y nada tiene que

ver con impuestos. Frente a textos legales expresos de la limitación del 2%, no es dable aducir la Ley 151 de 1959 aplicable en el orden nacional. Y el artículo 245 del Decreto 1222 sirve paradójicamente para corroborar el susodicho límite que con la Ordenanza acusada se desconoce.

El Tribunal por último procedió conforme a derecho al anular toda la Ordenanza 006 de 1978 (—Y aquí se contesta la argumentación del apelante adhesivo—) por las siguientes razones: El ejerció la acción pública de nulidad que persigue el imperio del ordenamiento jurídico en toda su plenitud, por ello deberá entenderse lógicamente que al prosperar ella, como sucedió en el presente evento, debe cobijar la anulación a todos los organismos descentralizados departamentales contemplados en su artículo 1º y no sólo a la Lotería "La Sabanera". Y además porque el resto del articulado de la Ordenanza no es sino desarrollo de su artículo 1º, luego no es dable desde el punto de vista de la lógica jurídica escindir todo el ordenamiento para quedarse únicamente con el artículo 1º, como se pretende.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

Resuelve:

Confirmar el auto apelado.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de quince (15) de septiembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

Samuel Buitrago Hurtado, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, No asistió; *Simón Rodríguez Rodríguez.*

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

SENTECIA.— ACCION DE NULIDAD. ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. Efectos.

En ambas los efectos de la nulidad son erga omnes. *En la de restablecimiento la declaración o condena del juzgador tiene sólo efectos interpartes.*

ORDENANZA. PROYECTO. Contenido.

La ley ordena que todo proyecto de ordenanza debe referirse a una misma materia y serán inadmisibles las disposiciones o modificaciones que no se relacionen con el mismo.

CONFIRMASE LA NULIDAD del artículo 20 de la Ordenanza número 07 de 1985 de la Asamblea del Departamento de Santander.

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

Consejero ponente: *Doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja.*

Expediente número 735. Actor: José Manuel Guaracao González.

El ciudadano José Manuel Guaracao González formuló demanda de nulidad ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Santander contra la Ordenanza número 07 de 25 de octubre de 1985 expedida por la Asamblea de ese departamento en virtud de la cual, en su artículo 1º, se otorgaron facultades al Contralor seccional para dictar unas resoluciones con el fin de modificar la planta de personal. Por el artículo 2º, se derogaron las Ordenanzas números 01 y 08 de 1984.

El Consejo de Estado conoce de este proceso en virtud del recurso de apelación interpuesto por el apoderado del Departamento de Santander contra la sentencia de primera instancia que en su parte resolutiva declaró la nulidad del citado artículo 2º de la Ordenanza número 07 de 1985.

La demanda:

En el libelo inicial se solicita la nulidad del acto demandado fundamentalmente porque considera el actor que la ordenanza en co-

mento se dictó con desconocimiento del reglamento de la Asamblea (Ordenanza número 40 de 1984), particularmente en relación con el artículo 142 el cual dispone que "no podrá admitirse en el caso del debate artículos nuevos que no guarden armonía con la materia concreta de que trata el proyecto" y cita también como violados los artículos 192 de la Constitución Nacional y la Ley 4ª de 1913.

Al efecto se extiende en los antecedentes de la Ordenanza 07 discurriendo en la parte culminante de la acusación en estos términos:

"La ponencia para segundo debate al proyecto de Ordenanza número 12 de 1985 (hoy Ordenanza 07 de 1985) fue propuesta por los Diputados Jaime Rodríguez Ballesteros, Olegario Beltrán Pinzón y Rafael Serrano Prada, con fundamento en la sugerencia hecha por el Contralor General del Departamento, para que se adoptara una ordenanza por medio de la cual se le permitiera corregir los errores existentes en la 'Administración de personal, sistema de nomenclatura, remuneración y clasificación de cargos'. Se hizo énfasis en la necesidad de tenerse un reglamento interno de la Contraloría Departamental, que aclarara los 'vacíos, incoherencias' y diera 'claridad' a las funciones de esa entidad. Además se resaltó el hecho de que los contralores departamentales deben tener, total independencia del ejecutivo para determinar la 'organización interna de tales organismos' (ver fotocopia expedida por al Secretaría General de la Asamblea de Santander).

"El Diputado Rafael Serrano Prada, posteriormente a las anteriores actuaciones presenta una proposición: 'Artículo nuevo. Quedan derogadas las Ordenanzas 01 y 08 de 1984' (Ver fotocopia expedida por la Secretaría General de la Asamblea de Santander). El cual según el Diputado, debe complementar el proyecto de Ordenanza número 12 de 1985 (hoy Ordenanza 07 de 1985).

"Es en este preciso momento cuando se viola la Ordenanza 40 de 1983 (noviembre), en su artículo 142, el cual dispone 'no podrán admitirse en el curso del debate artículos nuevos que no guarden armonía con la materia concreta de que trata el proyecto' ".

Afirma la demanda al relacionar los temas de las Ordenanzas 01 y 08 de 1984, que el artículo 2º de la 07 cuya nulidad se pretende, no guarda armonía con la materia concreta de que tratan aquéllas, por lo cual se incurrió en la violación del artículo 142 del reglamento interno de la Asamblea y por ende de los artículos 111 y 120 del Código Político y Municipal y 192 de la Constitución Nacional.

La sentencia de instancia:

El Tribunal, luego de advertir que el artículo 2º de la Ordenanza número 07 de 1985 ya había sido declarado nulo en otro proceso de restablecimiento adelantado ante la misma entidad, entra al estudio de fondo de la demanda por cuanto estima que la acción instaurada en aquel proceso tiene efectos interpartes únicamente, mientras que en el caso *sub lite,* siendo de simple nulidad, sus efectos serán *erga omnes.*

Al respecto la sentencia repite las consideraciones tenidas en cuenta entonces para anular dicho artículo 2º, citando en su apoyo el artículo 6º de la Ley 29 de 1969. Aduce que sin mayor esfuerzo y de la simple confrontación de la disposición transcrita con el trámite que le fue dado al proyecto de ordenanza, en el que sufrió modificación sustancial en el curso de los debates reglamentarios, se deduce que su desconocimiento fue claro y manifiesto.

El concepto Fiscal:

El señor Fiscal Primero de la Corporación en su concepto de fondo solicita a la Sala inhibirse para fallar de fondo "por el fenómeno de la sustracción de materia, pues mal puede resolverse sobre la legalidad o ilegalidad de un acto administrativo que ya no existe".

Consideraciones de la Sala:

No cabe duda que en el caso *sub júdice*, según lo expresa la propia sentencia que se revisa, se presenta la situación de un acto administrativo —el artículo 2º de la Ordenanza número 07 de 1985 de la Asamblea de Santander—, cuya nulidad ya había sido declarada mediante sentencia anterior del mismo Tribunal Administrativo. Sólo que allí se trataba de una acción de restablecimiento, mientras que en el caso en estudio se contempla, de simple nulidad. El *a quo* estima que por ser la primera sentencia con efectos limitados a las partes, procede declarar de nuevo la nulidad en el segundo caso con efectos *erga omnes*.

Sin embargo, haciendo una breve averiguación interna se pudo establecer que dicha sentencia del Tribunal fue objeto del recurso de apelación ante la Sección Segunda de esta Corporación, recurso que aún no ha sido resuelto, por lo cual, al no estar revestida de la autoridad de cosa juzgada dicha decisión, carece del valor suficiente para que la Sala se inhiba del pronunciamiento de mérito por sustracción de materia, como lo solicita el colaborador Fiscal. Más bien, corresponde entrar a resolver el recurso, como así se hará enseguida.

El Tribunal en su providencia estima, en primer término, que no obstante la existencia del fallo dictado por esa misma entidad "dentro del proceso número 4776, promovido por Oscar Puentes Villamizar, declaró la nulidad del artículo 2º de la Ordenanza número 07 de 1985, norma acusada también en este diligenciamiento, no es posible afirmar que por sustracción de materia deba inhibirse para resolver de fondo en esta oportunidad, por cuanto la acción instaurada en aquel proceso fue la de restablecimiento del derecho y por ende el fallo tiene efectos inter partes únicamente, mientras que en esta demanda se simple anulación, los efectos de la sentencia serán *erga omnes*".

Sobre el particular la Sala encuentra que el Juzgador de instancia se equivocó en su apreciación relacionada con el efecto de las sen-

tencias que se profieran en acciones de simple nulidad del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo o de restablecimiento del derecho del 85 *ibídem.*

En ambas acciones, se pretende la nulidad de los actos administrativos determinados en la primera de estas normas y los efectos de la declaración jurisdiccional de nulidad son *erga omnes,* igualmente. La diferencia estriba en lo que hace a sus efectos, en que en las de restablecimiento, además de esa nulidad, se pretende que se "restablezca el derecho o se repare el daño" y en esta parte, la declaración o condena del juzgador tiene efectos solamente entre las partes que intervinieron en la controversia.

La cuestión es de tanta claridad que no se requiere de mayores disquisiciones para entenderlo. Basta con leer el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo que a la letra dice: "La sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo tendrá la fuerza de cosa juzgada" *"erga omnes"* y agrega en el segundo inciso: "La que niegue la nulidad pedida producirá cosa juzgada *erga omnes* pero sólo en relación con la *causa petendi* juzgada". Es así como la ley no establece los distintos efectos de la declaración de nulidad que encontró el Tribunal en relación con el premencionado artículo 2º de la Ordenanza 07, siendo por consiguiente errada su aseveración en esta parte de los motivos del fallo en estudio.

Por lo que hace a los fundamentos de la decisión que se revisa, el *a quo* razona de la siguiente manera: "Pues el acervo probatorio indica que el artículo 2º de la Ordenanza número 07 de 1985, emitida por la Asamblea de Santander, fue expedida en forma irregular, ya que el proyecto inicial solamente contempla el otorgamiento de facultades *pro témpore* al Contralor para modificar la planta de personal de la dependencia a su cargo, conforme lo indica el Acta número 5 de la sesión correspondiente al 9 de octubre de 1985. Ya en la sesión celebrada por la Asamblea el 10 de octubre del año citado (Acta número 6), aparece en el curso del debate la proposición del Diputado Rafael Serrano Prada para introducir un artículo nuevo mediante el cual se derogaban las Ordenanzas 01 y 08 de 1984, proposición que mereció el rechazo de varios diputados, quienes manifestaron desconocer el tema al cual se refería a la innovación del proyecto de ordenanza. No obstante lo anterior, el 22 de octubre siguiente (Acta número 10), la Asamblea aparece aprobando la ordenanza con un nuevo título en el cual se agregó la leyenda 'y se dictan otras disposiciones' y sin que se entrara en mayores detalles sobre la materia que regulaban las normas derogadas.

"Pues bien: Como la derogatoria de las Ordenanzas 01 y 08 de 1984 significaba la supresión del cargo de Auditor ante la Contraloría, creado por la Asamblea como mecanismo de control de aquel organismo departamental, cuyo nombramiento y reglamentación sobre ejercicio de funciones era ajeno por completo a la Contraloría, preciso es concluir que el proyecto de ordenanza que inicialmente concedía facultades *pro témpore* al Jefe de la Contraloría, fue modificado ilegalmente, pues la reorganización de esta Oficina no implicaba cambios en el control que la Asamblea había establecido sobre la misma.

"Con fundamento en lo anterior, basta confrontar el acto demandado con el artículo 6º de la Ley 29 de 1969 para comprobar su contradicción, pues la norma superior dispone que todo proyecto de ordenanza debe referirse a una misma materia y serán inadmisibles las disposiciones o modificaciones que no se relacionen con el mismo, mientras que el artículo cuya anulación se solicita no concuerda con la materia inicialmente discutida ni el título inicialmente aprobado y con el cual fue aplicada la ordenanza" (Sentencia de 2 de julio de 1987, Proceso número 4776, demandante Oscar Puentes Villamizar, Magistrada ponente doctora Mariela Vega de Herrera).

"Sólo resta agregar que lo dispuesto en el artículo 6º de la Ley 29 de 1969, se halla igualmente estipulado en el artículo 142 de la Ordenanza número 40 de 1983, sobre Reglamento de la Asamblea Departamental de Santander, que a la letra dice:

"No podrán admitirse en el curso del debate artículos nuevos que no guarden armonía con la materia concreta de que trata el proyecto.

"Puesto en discusión el título de un proyecto podrá ser modificado, pero no será admisible la modificación consistente en agregarle las palabras 'y se dictan otras disposiciones, ni ninguna otra que permita la inclusión de asuntos relativos a materias distintas de que trata el proyecto'.

"Sin mayor esfuerzo y de la simple confrontación de la disposición transcrita con el trámite que le fue dado al proyecto de ordenanza, en el que sufrió modificación sustancial en el curso de los debates reglamentarios, se deduce que su desconocimiento fue claro y manifiesto".

La argumentación anterior del Tribunal fue la misma de la sentencia de su procedencia dictada anteriormente en un caso de restablecimiento del derecho y en el cual se demandaba el mismo acto administrativo de la Asamblea de Santander controvertido en el presente proceso, razonamiento que acoge esta Sala teniendo en cuenta estas breves consideraciones:

Basta con leer detenidamente el contenido del acto acusado y confrontarlo con las Ordenanzas números 01 y 08 de 1984 (fls. 53 y 54) para darse cuenta que la primera en su contenido general se contrae a otorgar unas facultades al Contralor del Departamento "para dictar las resoluciones extraordinarias que hagan posible modificar la planta de personal de la Contraloría Departamental".

En cambio, la Ordenanza 01 citada tiene varias disposiciones que no guardan relación directa con la Ordenanza 07 demandada así: En el artículo 1º reforma el artículo 399 de la Ordenanza número 44 de 1980 Código Fiscal, relacionado con la estabilidad del Contralor Auxiliar. Por el artículo 2º, se crea el cargo de Auditor ante la Contraloría General de *elección de la Asamblea* o sea, no del Contralor y por ende fuera de las facultades que le otorga la Ordenanza 07.

De la misma manera, la Ordenanza número 08 en sus artículos 1º y 2º se refiere a la distribución política de los cargos de la Contraloría y el artículo 3º a las condiciones para proveer los empleos. El 4º

asigna las atribuciones del Contralor Auxiliar y el 6º las del Auditor Interno, fácilmente se observa que las anteriores previsiones ordenanzales no guardan relación con la Ordenanza 07 tendiente según los considerandos de la misma a subsanar "vacíos e incoherencias, ausencias de equivalencias y otros errores en la planta de personal de la Contraloría" a través de unas facultades para dictar las resoluciones extraordinarias que hagan posible modificarla. Es ostensible que la creación o asignación de funciones de los cargos a que se contrae la Ordenanza 08 le corresponde de manera exclusiva a la Asamblea, no pudiendo por tanto ser objeto de las facultades otorgadas al Contralor en la Ordenanza número 07 de 1985, en los términos anteriormente anotados.

Así las cosas, es indudable que en el caso *sub lite* se incurrió en el quebrantamiento del artículo 6º de la Ley 29 de 1969, incorporado al reglamento de la Asamblea, que ha debido observarse, y el cual dispone perentoriamente: "Todo proyecto de ordenanza debe referirse a una misma materia y serán inadmisibles las disposiciones o modificaciones que no se relacionen con el mismo". Párrafos atrás se ha visto cómo el artículo 2º demandado, derogatorio de las Ordenanzas 01 y 08 de 1984, no guarda relación con el artículo 1º ni con el título de la Ordenanza 07, de la cual hace parte, y siendo ello así, como resulta evidente, lo procedente será declarar su nulidad conforme a la norma antes transcrita.

Son suficientes estas consideraciones para que el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, en desacuerdo con su colaborador Fiscal,

Falla:

Confírmase la sentencia apelada.

Ejecutoriada esta providencia, 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 su sesión de fecha treinta y uno de octubre de mil novecientos ochenta y ocho.

Samuel Buitrago Hurtado, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, No asistió; *Simón Rodríguez Rodríguez.*

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

MONOPOLIO DEPARTAMENTAL.— MONOPOLIO DE LICORES.

El monopolio ha sido de antemano establecido en la ley, y los departamentos pueden optar por él, cuando lo estimen conveniente, ciñéndose a la preceptiva del artículo 31 de la Constitución Nacional. Los vinos quedan por fuera del monopolio departamental por no estar entre los licores destilados y por ser objeto específico del impuesto de consumo.

REVOCA el numeral 1 del auto apelado por medio del cual se decreta LA SUSPENSION PROVISIONAL de los artículos 1º, 3º, 4º, 5º, 7º y 8º de la Ordenanza 004-E de febrero 29 de 1988 de la Asamblea Departamental del Valle.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., veintidós de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja.*

Expediente número 978. Actor: Pablo J. Cáceres Corrales.

Decide la Sala, de plano, la apelación interpuesta contra el auto de 29 de abril del año en curso, en cuanto por él se decretó la suspensión provisional de los artículos 1º, 3º, 4º y 5º, la palabra "potable" del artículo 7º, y la segunda parte del artículo 8º de la Ordenanza número 004-E expedida por la Asamblea Departamental del Valle del Cauca, de 29 de febrero de 1988.

La apelación fue interpuesta por el señor apoderado de la Gobernación del Valle del Cauca y por el ciudadano abogado Ernesto Villegas Duque, a título personal.

Para resolver se considera:

I. El acto acusado:

Es la Ordenanza 004-E de 1988 (febrero 29) "por la cual se reglamenta el monopolio departamental sobre licores destilados y se faculta al Gobernador del Valle para regular algunos aspectos de dicho monopolio", acto que aparece a folios 3 y 4 del expediente.

Aunque en la demanda se impetra la nulidad de la Ordenanza número 004-E de 1988 expedida por la Asamblea Departamental del

Valle del Cauca, la suspensión provisional solicitada sólo abarca los artículos 1º, 4º, 5º, 7º y 8º de la misma, que versan sobre lo siguiente:

"*Artículo primero.* Conforme a la Ley 14 de 1983 y al artículo 123 del Decreto 1222 de 1986 (Código de Régimen Departamental), el Departamento celebrará convenios que le permitan ejercer adecuadamente el monopolio departamental sobre la producción, introducción y venta de licores destilados, que por esta ordenanza se ratifica, de tal manera que se acoja por el Departamento del Valle la fórmula de participación porcentual y no la del impuesto al consumo.

"*Artículo cuarto.* La introducción y comercialización de licores destilados para el consumo dentro del territorio Departamental la efectuará el Departamento.

"*Parágrafo.* Para facilitar el cumplimiento de este artículo, el Departamento podrá comprar las existencias de licores y vinos extranjeros que haya en el Departamento y por los cuales ya se hubiere pagado el impuesto de consumo en el momento de expedición de la presente ordenanza. Esta compra se hará a precio CIF en la planta respectiva, más una utilidad que podrá ser hasta el diez por ciento (10%), para lo cual los interesados presentarán las facturas originales y demás documentos pertinentes a la importación. El Departamento, previo estudio, evaluará la utilidad comercial en referencia. Esta disposición incluye todos aquellos licores que utilizan esencias o mezclas importadas del exterior, así sean envasados o mezclados en el país.

"Podrá también, el Departamento, convenir otras modalidades de pago de los licores sobre los cuales ya se habían comprado estampillas para cancelar el impuesto de consumo, en el momento de la expedición de la presente Ordenanza, o conceder un plazo hasta de seis meses para su venta.

"*Artículo quinto.* De conformidad con lo dispuesto por el Decreto 1222 de 1986, las personas de derecho público o de derecho privado que a partir de la vigencia de esta ordenanza pretendan introducir y comercializar licores destinados en el Departamento, celebrarán con éste el respectivo convenio o contrato de concesión.

"*Artículo séptimo.* Los monopolios de producción y venta de alcohol potable o impotable se seguirán rigiendo por el Código de Rentas del Departamento y las normas que lo modifiquen.

"*Artículo octavo.* Autorízase al Gobernador del Departamento para establecer el porcentaje o porcentajes de la participación, el o los cuales no serán en ningún caso inferior al cuarenta por ciento (40%) ni superiores al cien por ciento (100%) del precio oficial de venta al público del Aguardiente Blanco del Valle, de la botella de 750 cc. o su equivalente, así como para regular lo relacionado con los convenios y/o concesiones a suscribir y los demás aspectos tendientes a la mejor ejecución de lo dispuesto

en esta ordenanza. Estas autorizaciones podrán ejercerse durante los seis meses siguientes a la publicación de la presente ordenanza".

II. Solicitud de suspensión provisional fundamentos del recurso de apelación:

El actor, en extenso escrito formula la demanda en acción pública de nulidad de la ordenanza precitada de la Asamblea indicando como parte demandada al Departamento del Valle representado por su Gobernador. Cita como normas violadas los artículos 2º, 26, 30, 31, 58 y 187 numeral 10 de la Constitución Nacional; el artículo 11 de la Ley 83 de 1925, la Ley 14 de 1983 y los artículos 7º, 16, 451 a 459. Sobre el articulado dice entre otras muchas consideraciones lo siguiente:

"La indemnización prevista en la ordenanza para que el monopolio decretado en su artículo 1º pueda ser aplicado, no es obligatoria como lo prescribe la Constitución en su artículo 31, sino facultativa y discrecional para la Administración que cuando quiera la paga y cuando no lo desee no lo hace".

"(...) Una indemnización que no es obligatoria sino discrecional, no satisface la exigencia del artículo 31 de la Constitución Política: Sencillamente no es una indemnización plena y previa".

"En los artículos 1º y 4º, inciso 1º se decreta el monopolio de *licores nacionales,* pero no se ordena indemnización alguna. El citado parágrafo que se pretende satisfacer, sin lograrlo, la exigencia constitucional sólo habla de los *extranjeros.*

"Al establecer el monopolio, la ordenanza dispone en su artículo 4º como única forma de calcular la indemnización una decisión unilateral y arbitraria del Departamento que tendrá en cuenta solamente: 'El precio CIF en la plaza respectiva de las existencias de licores y vinos extranjeros por las cuales ya se hubiere pagado el impuesto de consumo, más una utilidad que podrá ser hasta el diez por ciento. . .' Este cálculo es ilegal puesto que la indemnización que ordena el artículo 31 es *plena.* Aquí no se considera el valor real que pagó el comerciante por las mercancías, porque entre el valor CIF (que es igual al valor FOB —puerto de embarque— más los fletes, es decir valor en puerto de nacionalización) y aquel cobrado por el distribuidor existe una gran diferencia (utilidad del importador, del distribuidor, costos financieros, etc.). Además, no se incluyen otros factores como son los avalúos de los establecimientos comerciales, los derechos de los trabajadores y los derechos que deben pagarse a los dueños de las marcas que se representan".

"(...) El monopolio así decretado en el artículo 1º de la Ordenanza cuya nulidad demando, viola abiertamente el artículo 31 de la Constitución porque *se aplica de inmediato sin disponer el pago de la indemnización previa ni condicionar su establecimiento a la determinación del Juez que avalúe y decrete en sentencia definitiva la indemnización".*

"(...) Las facultades *pro témpore* que el artículo 8º de la Ordenanza le autoriza al Gobernador no son precisas como lo estatuye el artículo 187, número 10 de la Constitución. La ordenanza le faculta a 'regular lo relacionado con los convenios y/o concesiones...' de que habla la misma ordenanza para su mejor ejecución. Allí la Asamblea le está otorgando al Gobernador una atribución para *expedir un régimen contractual* que señale, como indicamos y es fácil suponer, la naturaleza, régimen, partes, reglas de perfeccionamiento de los contratos. Pero, según se aprecia de la simple lectura del artículo 8º esas autorizaciones no tienen precisión alguna".

En cuanto a la solicitud de suspensión provisional, afirma que los artículos 1º, 4º y 5º de la Ordenanza 004-E de 29 de febrero de 1988, consagran un sistema de monopolio inconstitucional e ilegal, por cuanto no dispone la previa y obligatoria indemnización ordenada en el artículo 31 de la Constitución, agregando que el parágrafo del artículo 4º "que pretende llenar tal exigencia" dispone lo contrario al otorgar al Gobierno la facultad discrecional de indemnizar mediante la compra de existencia de licores. Aduce en este punto que en tales circunstancias la indemnización no es plena por cuanto ordena indemnizar únicamente las "existencias" sin tener en cuenta otros elementos y costos comerciales.

Objeta la demanda, el que se establezca el monopolio de licores nacionales sin disponer el pago de la indemnización correspondiente, siendo que el parágrafo se refiere solamente a los licores y vinos extranjeros, lo mismo en el artículo 5º se ordena el monopolio inmediato. Contra el expreso ordenamiento del artículo 31 de la Constitución Nacional.

Igualmente ataca el monopolio de vinos extranjeros establecido en el parágrafo del artículo 4º y sostiene de otro lado, que no es legal el monopolio de alcoholes potables establecido en el artículo 7º de la ordenanza invocando al efecto el artículo 11 de la Ley 83 de 1925 que solamente se refiere a los impotables. Le endilga al artículo 8º de la misma, ser violatorio del numeral 10 del artículo 187 de la Constitución, porque las facultades allí conferidas "son vagas, imprecisas, sin límite alguno", aduciendo que "allí la potestad de 'regular lo relacionado' con el régimen contractual supone la modificación del Código Fiscal del Valle y la adopción de un régimen contractual, propio de la Ordenanza. Si la Asamblea consideró que el mecanismo adecuado para proferir tan importante normativa que reforma y adiciona el Código de Rentas, era el método de las autorizaciones extraordinarias, ha debido precisar las facultades, puesto que el artículo 187, numeral 10, de la Constitución dice que: 'Corresponde a las Asambleas', por medio de ordenanzas:

".....

"10. Autorizar al Gobernador para '...ejercer, *pro témpore precisas* funciones de las que corresponden a las Asambleas...'

"La ordenanza demandada simplemente autoriza al Gobernador para 'regular lo relacionado' con los contratos y convenios que deban pactarse en ejecución del monopolio. La precisión de las atribuciones no aparece, no hay una orientación de política legislativa ni los límites

de las facultades. Esa vaga y generosa atribución de facultades lesiona ostensible y gravemente el artículo citado de la Constitución que, por ello, causará la suspensión aquí pedida".

El Departamento del Valle por conducto de apoderado, como se expresó al principio, interpuso el recurso de *apelación* contra la decisión del Tribunal Administrativo correspondiente, en virtud de la cual se accedió a la solicitud del actor de suspender varias de las normas de la ordenanza acusada, y en su alegato de sustentación del recurso formula entre otras consideraciones las siguientes:

a) Que el Tribunal se sobrepasó al decretar la suspensión provisional del artículo 3º de la ordenanza demandada, en cuanto no fue solicitada por la parte actora;

b) Que pecó el Tribunal administrativo al suspender los artículos 1º, 4º, 25 de la ordenanza en mención, en cuanto dijo que tales normas son violatorias del inciso 1º del artículo 31 de la Carta con lo cual desconoció antecedentes legislativos anteriores a la Ley 14 de 1983 que hubieran establecido el monopolio de licores. Hace igualmente la crítica al auto del Tribunal en los siguientes términos:

"Es un error del Tribunal no distinguir los diferentes alcances y modalidades del monopolio que se mencionen en el texto de la ordenanza. Uno es el monopolio de la producción de licores destilados el cual se ha ejercido inveteradamente en todos los departamentos como es un hecho público y conocido (que por supuesto no se aplica a licores fermentados como los vinos nacionales). Un segundo monopolio es el de la producción de alcohol potable que en el caso del Valle también se ha ejercido desde años como es un hecho conocido (Decreto 244 de 1906 y Ordenanza 14 de 1920 que dispuso en su artículo primero literal a) además del monopolio de licores, el de la producción y expendio de 'el alcohol cualquiera que sea la materia pirma que entra en su fabricación') hecho que se ha mantenido vigente en el Valle, ya que no existen otras fábricas productoras de alcohol potable que puedan alegar libre comercio del mismo, ya que los casos en que por contratos de concesión en ejercicio del monopolio, el mismo departamento ha concedido la capacidad de producción de alcohol vínico para la destilación del brandy, se enmarcan en la institución del monopolio, situación que está regulada en contratos de concesión que se encuentran en vigencia, y tercero, el monopolio del alcohol impotable que también ha sido ejercido en el Valle desde la Ordenanza 30 de 1940. El Tribunal confunde probablemente por omisión involuntaria estos tres tipos de monopolio con el caso del monopolio de la introducción y distribución de licores a que se refiere el artículo 4º de la Ordenanza 004-E de 1986 demandada. Por ello el argumento del Tribunal sobre la no existencia de indemnización sólo debe aplicarse si el Tribunal tuviera razón a la introducción y comercialización de licores y en ningún caso a las otras tres modalidades de monopolio que son inobjetables, más aún si se tiene en cuenta que en reciente decisión de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado Sección Primera de 7 de marzo de 1988, Consejero ponente doctor Guillermo Benavides, se precisa el alcance del Decreto 1222 de 1986 o Código de Régimen Departamental, en cuanto al alcance de este Código se refiere, cuando se admite que al Codificador se le

puede escapar la vigencia de disposiciones que hallan rigiendo, y cuya vigencia resulta establecida a través de la averiguación del caso concreto";

c) Cita también en respaldo de la tesis que expone, la sentencia del Consejo de Estado de fecha 10 de octubre de 1974 en relación con un caso similar al *sub lite*; y sobre lo dispuesto en el parágrafo del artículo 4º del acto atacado dice contestando al actor:

"Entender el 'podrá' que establece la ordenanza como una facultad discrecional de confiscar como lo hace el Tribunal Administrativo del Valle, es absurdo porque en ninguna parte de la ordenanza se establece la posibilidad de la confiscación.

"El 'podrá' de la ordenanza debe entenderse como la facultad de la administración para aplicar una de las tres opciones que allí se plantean y ninguna más, todas ellas tendientes a reconocer a los distribuidores autorizados mediante permiso administrativo, lo que se deduce de la sentencia del Consejo de Estado de octubre 10 de 1974, que a nuestro juicio armoniza con el concepto de la Sala de Consulta del Consejo de Estado de 9 de abril de 1984, ya que este último fija el alcance del artículo 31 de la Constitución y el fallo de 10 de octubre de 1974, establece la forma de hacer el reconocimiento a que se refiere el artículo 31 de la Constitución. El artículo cuarto de la ordenanza, obliga al Departamento a comprar las existencias como en el caso de Risaralda que ya hemos mencionado, o segundo a convenir otras modalidades de pago con los distribuidores como en efecto se hizo aceptándoles los precios comerciales de las mercancías fijados, unilateralmente por los distribuidores, o tercero otorgándoles la opción de vender las existencias directamente en el término de seis meses, entre otras razones porque los inventarios registrados en Hacienda normalmente no llegan a existencias para seis meses.

"El 'podrá' significa en su sentido liertal y obvio que el Departamento queda investido de la autoridad jurídica para poder comprar las existencia, de acuerdo a la fórmula establecida en la ordenanza, o para poder convenir otra modalidad de pago con los distribuidores, como en efecto se aceptó un valor comercial fijado unilateralmente por los distribuidores, o para dar un plazo de seis meses para que los distribuidores que quisieran hacerlo se acogieran a ese plazo";

d) El recurrente se refiere a otros cargos de la demanda, entre ellos el enderezado contra el artículo 7º de la ordenanza, sobre el cual dice:

"Nos parece que mediante esta decisión, el Tribunal Administrativo, prácticamente decreta la libertad de producción y comercio del alcohol potable, quebrantando el artículo 39 de la Constitución y exponiendo la salud pública al riesgo de alcoholes tóxicos. Consideramos que desde el año de 1905 y en particular con el Decreto 41 de 1905, la Ley 15 de 1905, el Decreto 244 de 1906 que dispone: 'Los licores de producción nacional que quedan comprendidos en el monopolio creado en el Decreto legislativo número 41 de 3 de marzo de 1905, son: Aguardiente de caña y sus compuestos, tales como ron, las mis-

telas, el aguardiente común y las demás bebidas alcohólicas que produce la caña; *el alcohol cualquiera que sea la materia prima de que se fabrique...'"*

Por último cabe destacar que también se hizo presente en este proceso el ciudadano Ernesto Villegas Duque como parte impugnadora quien aportó el escrito que obra al folio 286 interponiendo de su lado el recurso de apelación con base en los fundamentos allí expuestos, siendo el principal el relacionado con los antecedentes de la Ordenanza 004-E de 1988 del Valle en lo que hace a la existencia del monopolio de licores y, sobre el aspecto de la indemnización previa, reitera la doctrina contenida en la sentencia de 10 de octubre supracitada, transcribiendo entre otros, estos apartes:

"Para la Sala el fallo del *a quo* se ajusta en un todo a derecho, pues aunque es cierto que el artículo 31 de la Carta dispone que para establecer un monopolio debe indemnizarse previamente a las personas que vayan a resultar perjudicadas con el mismo, no lo es menos que esta disposición pueda entenderse que el privilegio solamente pueda comenzar a regir a voluntad de los perjudicados. Si el acto creador del monopolio establece el pago de las indemnizaciones y el ejecutor del mismo el Gobernador de Risaralda en el presente caso, inicia todas las gestiones para hacer efectivo el pago de la indemnización y la demandante no puso los medios para ello, es decir, no presentó la existencia de licores, ni hizo el cálculo de gastos, etc., cómo puede entonces alegar su propia negligencia para conseguir el pago de los perjuicios por la vía contenciosa administrativa".

"(...) Si el Gobernador del Departamento de Risaralda no hizo cosa diferente a cumplir el mandato del artículo 9º de la Ordenanza 029 de 1968, de la Asamblea de ese Departamento, que dispuso que: 'El Gobierno comprará las existencias de licores, vinos extranjeros que haya en el Departamento y por los cuales hubiere impuesto de consumo, a precio de costo en la plaza respectiva, más una utilidad razonable, para lo cual los interesados presentarán las facturas originales y demás documentos pertinentes a la importación. El Consejo de Gobierno, previo el estudio de las mismas evaluará el valor de la utilidad comercial en referencia', no puede sin violarse la ley condenarlo por este hecho".

III. El auto del Tribunal:

La providencia del Tribunal Administrativo del Valle de fecha 29 de abril del año en curso (fl. 87) al admitir la demanda dispuso la suspensión provisional de los artículos 1º, 3º, 4º, 5º, la palabra potable del artículo 7º y la segunda parte del artículo 8º de la Ordenanza 004-E de 24 de febrero anterior.

Según el Tribunal "salta a la vista la violación del artículo 31 de la Constitución" por cuanto la ordenanza no "contempla la exigencia constitucional de la indemnización previa" allí determinada.

Respecto al parágrafo del artículo 4º, se dice que la fórmula allí estipulada es facultativa, con lo cual la obligación de indemnizar del

artículo 31 quedaría sometida a la voluntad de una de las partes, además de incluir a los vinos extranjeros con violación del artículo 122 del Decreto 1222 de 1986.

Tocante al artículo 7º de la Ordenanza que dice: "Los monopolios de producción y venta de alcohol potable e impotable se seguirán rigiendo por el Código de Rentas del Departamento y las normas que lo modifiquen", afirma el *a quo* que esta disposición viola el artículo 31 de la Constitución y el artículo 11 de la Ley 83 de 1925, en cuanto allí se autoriza solamente el monopolio del alcohol impotable.

Y en cuanto hace al artículo 8º afirma, que tal como lo sostiene la demanda, dicha norma se sale por su imprecisión del margen constitucional (numeral 1º del art. 187).

IV. Consideraciones de la Sala:

Breve recuento histórico del monopolio de licores.

Para el mejor entendimiento de lo que ha sido este especial arbitrio rentístico, conviene hacer una reseña de la evolución legislativa en la materia, en cuanto ello sirve de soporte a la decisión que más adelante se expresará en lo que se refiere a la suspensión provisional solicitada.

El primer ordenamiento que se registra fue el Decreto legislativo número 41 de 1905, ratificado por la Ley 15 de ese mismo año, el cual dispuso sobre el particular lo siguiente:

"Establécense como *rentas nacionales*...

"Artículo 2º La renta de licores consiste en el monopolio de la producción introducción y venta de licores destilados embriagantes comprendiendo principalmente el aguardiente de caña y sus compuestos", es decir el alcohol.

La Asamblea Nacional y Legislativa expidió en 1909 la Ley VIII sobre descentralización administrativa, y por medio de su artículo 1º le cedió a los departamentos la renta de licores en los siguientes términos:

"Artículo 1º Serán en lo sucesivo rentas departamentales, además de las que lo eran antes de la expedición de la Ley 1ª de 1908 y que no estén cedidas a los Municipios, las de licores nacionales, degüello de ganado mayor, registro y anotación.

"La renta de licores nacionales comprende aquellas que en la actualidad la constituyen. Respecto de los vinos de producción nacional, pueden los Departamentos declararlos incluidos o no en dicha renta.

"La renta de degüello de ganado mayor la constituye un impuesto que no puede exceder de dos pesos oro para el macho y de dos pesos cincuenta centavos oro para la hembra, y sobre cada res bovina que se dé al consumo".

Posteriormente vino el Acto legislativo número 3 de 1910 que incluyó la norma consagrada hoy en el artículo 31 de la Constitución,

expresando que los monopolios solamente podrán establecerse como estatuto rentístico, en virtud de una ley y después de haber indemnizado plenamente a los individuos que quedaban privados del ejercicio de una industria lícita.

Poco después se dictó la Ley 4ª de 1913 o Código Político y Municipal, que en su artículo 97, numeral 36, preceptuó, como ya se había dicho en la Ley 88 de 1910, la función de las Asambleas de *"monopolizar en beneficio de su tesoro, si lo estiman conveniente y de conformidad con la ley, la producción, introducción y venta de licores destilados embriagantes, o gravar esas industrias en la forma que lo determine la ley, sino conviene al monopolio"*. El Código de Régimen Político y Municipal dejó al arbitrio de los departamentos escoger entre el monopolio o el gravamen con lo que hoy se denomina impuesto de consumo regulado por leyes posteriores. Cabe en esta relación cronológica, citar la Ley 34 de 1925 que se refería entre otras cosas a los alcoholes industriales o impotables y al alcohol que se emplee en la fabricación de vinos que debe adquirirse de los departamentos.

En ese mismo año se expidió una ley sobre reparación de vías, caminos y puentes y adiciones presupuestales, que en su artículo 11 autorizaba a los departamentos para monopolizar el alcohol impotable.

Luego surgió la Ley 88 de 1928, que en su artículo 17 fijó una tarifa de dicho gravamen, liquidado en relación con cada botella de 720 gramos, y en el parágrafo respectivo se dijo que lo dispuesto sobre impuesto de consumo "no excluye la autorización que tienen los departamentos para monopolizar la introducción de licores extranjeros", entendiéndose por éstos los destilados.

Después de esa Ley de 28 se expidieron varias normas tratando de actualizar las tarifas del impuesto de consumo de licores así, se citan los siguientes: El Decreto 2956 de 1955, ratificado por la Ley 33 de 1968; el Decreto 131 de 1958, relacionado con los licores extranjeros, hasta llegar a la Ley 14 de 1983, objeto de análisis en el capítulo que sigue y de la cual se integraron los artículos referentes al monopolio al Decreto 1222 de 1986 (Régimen Político Departamental) en los artículos 121 y 123 que son de este tenor:

"Artículo 121. De conformidad con la Ley 14 de 1983, la producción, introducción y venta de licores destilados constituyen monopolios de los Departamentos con arbitrio rentístico en los términos del artículo 31 de la Constitución Política de Colombia. En consecuencia, las Asambleas Departamentales regularán el monopolio o gravarán esas industrias y actividades, si el monopolio no conviene, conforme a lo dispuesto en los artículos siguientes.

"Las Intendencias y Comisarías cobrarán el impuesto de consumo que determina esta ley para los licores, vinos espumosos o espumantes, aperitivos y similares, nacionales y extranjeros".

"Artículo 123. En desarrollo del monopolio sobre la producción, introducción y venta de licores destilados, los Departamentos podrán celebrar contratos de intercambio con personas de derecho público o

de derecho privado y todo tipo de convenio que, dentro de las normas de contratación vigentes, permita agilizar el comercio de estos productos.

"Para la producción y venta de licores destilados nacionales o extranjeros, sobre los cuales el Departamento ejerza el monopolio, será necesario obtener previamente su permiso, que sólo lo otorgará una vez se celebren los convenios económicos con las firmas productoras, introductoras o importadoras en los cuales se establezca la participación porcentual del Departamento en el precio de venta del producto, sin sujeción a los límites tarifarios aquí establecidos".

La Ley 14 de 1983.

Como quiera que los departamentos en unos casos escogieron el arbitrio del impuesto de consumo de licores, mientras otros se acomodaron al monopolio conforme a lo dispuesto en la Ley 88 de 1928, y en el primer caso ante la falta de un régimen tarifario general que reemplazara el antitécnicamente enumerativo de licores objeto del impuesto, y que permitiera actualizarlo al ritmo decreciente del valor del dinero, lo que suscitó repetidos intentos de las administraciones seccionales para aumentar el valor del impuesto autónomamente dando lugar a continuas demandas ante la jurisdicción contencioso administrativa, se creyó necesario la expedición de una ley que de una vez por todas evitara estos litigios. Así surgió la Ley 14 de 1983, en la parte pertinente, como remedio a las anomalías que se presentaban, tal como se advirtió en la ponencia formulada en el Senado al indicar el objetivo del capítulo correspondiente: "El Gobierno nacional, con el propósito de simplificar la legislación vigente sobre el impuesto al consumo de bebidas alcohólicas fuente de conflictos y demandas continuas ante los Tribunales por la manera como han actuado algunas entidades territoriales". —se dijo entonces—, presenta a su consideración el articulado respectivo.

La ley en cuestión como su título lo indica, reúne distintas normas para fortalecer los fiscos de las entidades territoriales en el plan de descentralización propuesto al Gobierno y en su Capítulo V (arts. 61 a 72) condensó todo lo relacionado con el impuesto al consumo de licores.

Para los efectos del monopolio cuyo recuento legislativo se ha hecho anteriormente, en el artículo 61 ratificó el sentido de disposiciones anteriores en estos términos:

"La producción, introducción y venta de licores destilados constituyen monopolios de los departamentos como arbitrio rentístico en los términos del artículo 31 de la Constitución Política de Colombia. En consecuencia, las Asambleas Departamentales regularán el monopolio o gravarán esas industrias y actividades, si el monopolio no conviene, conforme a lo dispuesto en esta ley.

"Las Intendencias y Comisarías cobrarán el impuesto de consumo que determina esta ley para los licores, vinos espumosos o espumantes, aperitivos y similares, nacionales y extranjeros".

Y en lo que hace a la aplicación en el futuro del monopolio dijo:

"En desarrollo del monopolio sobre la producción, introducción y venta de licores destilados, los departamentos podrán celebrar contratos de intercambio con personas de derecho público o de derecho privado y todo tipo de convenio que, dentro de las normas de contratación vigentes, permita agilizar el comercio de estos productos.

"Para la introducción y venta de licores destilados, nacionales o extranjeros, sobre los cuales el departamento ejerza el monopolio, será necesario obtener previamente su permiso, que sólo lo otorgará una vez se celebren los convenios económicos con las firmas productoras, introductoras o importadoras en los cuales se establezca la participación porcentual del departamento en el precio de venta del producto sin sujeción a los límites tarifarios establecidos en esta ley".

Como se puede apreciar de la simple comparación estas normas se repiten textualmente en el Decreto 1222 de 1986 premencionado. En el artículo 72 de la ley en comento se derogan expresamente la Ley 88 de 1928, 47 de 1930 y los Decretos 2956 de 1955, 151 de 1958 y todas las normas contrarias a lo allí establecido.

Observaciones de la Sala en torno al auto recurrido del Tribunal.

Lo primero que resalta de la providencia atacada del Tribunal es su pronunciamiento *extra petita* respecto a la solicitud de suspensión provisional formulada por la parte actora. En el Capítulo V de la demanda bajo el título de *"solicitud de suspensión provisional"* no aparece indicado el artículo 3º de la Ordenanza demandada como objeto de tal medida, y siendo ello así, como resulta evidente, habrá de revocarse por extralimitación del *petitum* ese pronunciamiento del *a quo*, ya que el juzgador no puede dar más de lo pedido, como es obvio.

En cuanto al artículo 1º de la Ordenanza que dice: "Conforme a la Ley 14 de 1983 y al artículo 123 del Decreto 1222 de 1986 (Código de Régimen Departamental), el Departamento celebrará convenios que le permitan ejercer adecuadamente el monopolio departamental sobre la producción, introducción y venta de licores destilados, que por esta Ordenanza se ratifica, de tal manera que se acoja por el Departamento del Valle la fórmula de la participación porcentual y no la del impuesto al consumo", no se observa claramente la violación del artículo 31 de la Constitución Nacional como lo anticipa el Tribunal, siendo que la norma se remite simplemente a lo dispuesto en los artículos 61 y 63 de la Ley 14 de 1983 y en el artículo 123 del Decreto 1222 de 1986. Se trataría entonces de la posible transgresión constitucional de esos ordenamientos legales, lo cual es cuestión ajena a la demanda instaurada.

Referente al artículo 4º si se opta por el monopolio, es natural que la introducción y comercialización de licores destilados sea por cuenta del departamento quien podrá disponer de medios eficaces para desarollarla a través del mecanismo operativo que considere más adecuado.

El monopolio ha sido de antemano establecido en la ley y los departamentos pueden optar por él, cuando lo estimen conveniente, ciñéndose a la preceptiva del artículo 31 de la Constitución Nacional

que presupone la previa indemnización, a partir del momento en que se pretenda hacerlo efectivo, teniendo en cuenta las distintas situaciones particulares que se presenten al darle aplicación a la ordenanza que así lo disponga.

Tampoco acierta el Tribunal al estimar a primera vista la inconstitucional el parágrafo de dicho artículo 4º, si se tiene en cuenta que la finalidad allí determinada se contrae a facilitar el cumplimiento del monopolio del departamento referente a la introducción y comercialización de licores destilados, por medio de instrumentos viables de compra de las existencias de licores que haya en el departamento y se hubiese pagado impuesto de consumo. Se prevé una o varias modalidades de pago e inclusive, un plazo para la venta de tales licores tendientes a propiciar la entrada en vigor del monopolio establecido sin que estas modalidades impliquen el quebrantamiento de la Constitución.

En cambio, la Sala considera que en cuanto dicho parágrafo incluye a los vinos extranjeros, como objeto de monopolio que establece la ordenanza, se incurre en violación flagrante del artículo 62 de la Ley 14 de 1983, el cual en concordancia con el 61 *ibídem,* dispone:

"*Artículo 62.* Los vinos, espumosos o espumantes, los aperitivos y similares nacionales serán de libre producción y distribución, por tanto éstos como los importados causarán el impuesto nacional de consumo que señala la ley".

Es así como los vinos quedan sin duda por fuera de la posibilidad del monopolio departamental no solamente por no estar entre los licores destilados sino por ser objeto específico del impuesto de consumo, conforme al transcrito artículo 62. Por esta razón habrá de suspenderse el parágrafo del artículo 4º de la ordenanza en cuanto impone el monopolio de vinos extranjeros siendo como son de libre comercio y sobre los cuales rige el impuesto correspondiente.

El Tribunal expresamente se refirió al artículo 5º de la Ordenanza diciendo que se encuentra ajustado al querer de la Carta y de la ley en cuanto dispone que al tenor del Decreto 1222 de 1986, las personas que a partir de la vigencia de la Ordenanza, ya sean de derecho público o privado, pretendan introducir licores destilados o comercializarlos, deben celebrar los contratos respectivos. Esto, como la forma de regular el monopolio establecido. Sin embargo lo engloba en el cargo general de violación del artículo 31 de la Constitución Nacional sin dar otra explicación que la de la propia exigencia constitucional.

Para la Sala el mencionado artículo se reduce a dar aplicación al Decreto 1222 de 1986 que en su artículo 123 dispone:

"En desarrollo del monopolio sobre la producción, introducción y venta de licores destilados, los Departamentos podrán celebrar contratos de intercambio con personas de derecho público o de derecho privado y todo tipo de convenio que dentro de las normas de contratación vigentes, permita agilizar el comercio de estos productos". No se ve manifiesta la violación de la Constitución por parte de dicho artículo.

Similar observación podría hacerse en relación con el artículo 7º acusado, de la Ordenanza de la Asamblea del Valle. Basta con leer con cuidado su texto para darse cuenta que allí no se hace otra cosa que remitirse a lo dispuesto en el Código de Rentas del Departamento, el cual no ha sido objeto de la demanda de nulidad, siendo por lo tanto, cuando menos, inoportuna la definición de ilegalidad que hace el Tribunal, de acuerdo con la demanda, al hacer la distinción entre alcoholes potables e impotables, para el efecto del monopolio.

La Sala estima, al enfrentar el artículo 8º de la Ordenanza acusada con las normas que se dicen infringidas por él, que no se presenta la violación directa y manifiesta que el *a quo* encuentra por fuera del marco constitucional, pues en dicho artículo se expresa claramente el objeto de la autorización que la Asamblea da al Gobernador, cual es el de establecer el porcentaje o porcentajes de la participación, que el departamento deberá percibir como contraprestación en los contratos de intercambio de productos con personas de derecho público o privado (art. 63 de la Ley 14 de 1983), o de los convenios o contratos que celebre en desarrollo del monopolio implantado. En la misma forma se determina por la Asamblea Departamental la autorización al Gobernador para "regular lo relacionado con las concesiones que se otorguen", especificando, por último, el término dentro del cual se pueden ejercer las autorizaciones concedidas, que lo fueron por seis (6) meses a partir de la publicación del acto administrativo, es decir, desde el 2 de marzo hasta el 2 de septiembre de 1988, teniendo en cuenta que la ordenanza fue publicada el primero (1º) de marzo de este año (fl. 3), como consta en el expediente.

Conviene anotar, por último, que como se relaciona en el Capítulo II de esta providencia, las partes han planteado profundos conceptos jurídicos sobre algunos aspectos de la materia *sub júdice* los cuales corresponde analizar de fondo en la sentencia y no en este trámite inicial, de la solicitud de suspensión provisional del acto acusado, que impone para ser decretada precisamente una clarísima violación de la norma superior, no susceptible de los debates interpretativos de que aquí se ha hecho gala. El artículo 152 del Código Contencioso Administrativo exige que la violación surja nítidamente de la simple comparación entre el acto acusado y la norma que se dice quebrantada, lo cual no sucede en el caso *sub lite* a excepción de lo dicho sobre el parágrafo del artículo 4º de la ordenanza demandada, frente a una definición de hondas implicaciones de interpretación constitucional.

Son suficientes las anteriores consideraciones para que el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

Resuelva:

1º *Revocar* el numeral 1º del auto apelado por medio del cual se decreta la suspensión provisional de los artículos 1º, 3º, 4º, 5º, 7º y 8º de la Ordenanza 004-E de 29 de febrero de 1988 de la Asamblea Departamental del Valle.

2º *Confirmar la suspensión provisional* del parágrafo del artículo 4º de la Ordenanza demandada en cuanto incluye a los vinos extranjeros como objeto de monopolio.

3º Comuníquese la anterior decisión al señor Gobernador del Valle del Cauca y a la Asamblea Departamental, con las previsiones del inciso 1º del artículo 158 del Código Contencioso Administrativo.

Ejecutoriada la presente providencia, 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 su sesión de fecha dieciocho de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Samuel Buitrago Hurtado, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

MUNICIPIO.— Creación.

Las Asambleas y los Gobernadores, como cualquier otra autoridad estatal en sus actuaciones administrativas, están sometidas a las normas legales que regulan sus funciones y en este caso, la creación de un municipio es un acto reglado y no absoluto, por tanto debió observarse el requerimiento de la Ley 14 de 1969.

CONFIRMO LA SENTENCIA de instancia que declaró la NULIDAD DE LA ORDENAUZA 15 de noviembre 30 de 1984 de la Asamblea del Departamento del Quindío por medio de la cual se creó el Municipio de Barcelona.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., veinticinco de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Samuel Buitrago Hurtado.*

Referencia: Expediente número 920. Asuntos departamentales. Actor: José Jesús Laverde Ospina.

Obrando en su propio nombre, el señor José Jesús Laverde Ospina demandó ante el Tribunal Administrativo del Quindío la nulidad de la Ordenanza número 15 expedida por la Asamblea de ese Departamento el 30 de noviembre de 1984, "por medio de la cual se crea el Municipio de Barcelona y se dictan otras disposiciones".

Los hechos de la demanda pueden resumirse así:

1. La Ordenanza que crea el Municipio de Barcelona fue aprobada por la Asamblea Departamental del Quindío el 30 de noviembre de 1984 y remitida al señor Gobernador del Departamento para su sanción legal y promulgación, quien la objetó mediante auto de 5 de diciembre del mismo año por considerarla violatoria del artículo 187, numeral 4º de la Constitución.

2. Al ser enviada nuevamente a la Asamblea la Ordenanza en mención, dicha corporación declaró infundadas las objeciones y la regresó nuevamente para su sanción y promulgación al señor Gobernador, pero este funcionario con oficio de 22 de enero de 1986 remitió al Tribunal Administrativo el acto mencionado, entidad que a su turno dispuso devolver la Ordenanza con todos los documentos acompañados, manifestándole al señor Gobernador que carecía de competencia para decidir sobre ella.

3. Por medio de auto de 10 de diciembre de 1984 el señor Presidente de la Asamblea Departamental procedió a impartirle sanción legal a la ordenanza y ordenar su publicación en el Diario del Quindío.

4. La Ley 14 de 1969 en su artículo 1º señala todas las condiciones necesarias para que una porción de territorio de un Departamento pueda ser erigida en municipio.

5. Los artículos 149, 151 y 152 de la Ley 4ª de 1913 indican el trámite a surtirse ante el Gobernador en los casos de creación de municipios y el paso previo que debe darse en la Asamblea Departamental.

6. Los preceptos anteriores en ningún momento se cumplieron, no existiendo constancia de que el señor Gobernador hubiera enviado expediente alguno a la Asamblea para la creación del Municipio de Barcelona, existiendo por el contrario prueba de que fue un acto *motu proprio* de aquélla.

7. El hecho de que la Ordenanza haya sido sancionada y hecho publicar por el señor Presidente de la Asamblea, no le quita los vicios de inconstitucionalidad e ilegalidad a dicho acto administrativo.

Como disposiciones violadas por la Ordenanza acusada se señalaron en la demanda los artículos 2º y 187, numeral 4º de la Constitución Nacional; artículos 149, 151 y 152 de la Ley 4ª de 1913, y artículo 1º, numerales 1º, 2º, 4º y 6º de la Ley 14 de 1969.

Sobre el concepto de la violación expresa el demandante, que la Asamblea del Departamento no cumplió los ordenamientos constitucionales al haber impartido aprobación a la Ordenanza acusada sin haber llenado los requisitos de ley, pues la Ley 14 de 1969 en su artículo 1º que transcribe con sus numerales, es muy clara al señalar los requisitos qué se deben tener en cuenta para la creación de un municipio, razón por la cual la Gobernación del Departamento se vio obligada a objetarla. Transcribe igualmente sentencia de la honorable Corte en la cual sostiene acorde con criterio del Consejo de Estado, que la facultad de erigir distritos es esencialmente reglada y no discrecional o arbitraria por parte de las Asambleas. En el caso de autos, comenta el actor, está demasiado claro que no se llenó uno de los requisitos tal como lo certifican el señor Gobernador del Departamento y su asesor jurídico, funcionarios que en forma diáfana dicen que no se llenaron los requisitos exigidos por el artículo 1º de la Ley 14 de 1969, afirmaciones que no fueron demeritadas. Por último expresa el demandante, que el 2 de diciembre de 1966 el Jefe del Departamento Nacional de Estadística certificó que en el Corregimiento de Barcelona que sirvió de base para la creación del municipio en el momento de la creación sólo tenía una población aproximada de 10.000 habitantes discriminados así: 2.836 en el casco urbano y 7.249 en la zona rural, cifra que en ningún momento llena las exigencias del numeral 1º del artículo 1º de la Ley 14 de 1969.

En el mismo escrito de demanda fue solicitada la suspensión provisional de los efectos del acto enjuiciado, por haberse estimado que con la expedición de éste se habían violado manifiestamente las disposiciones reguladoras de la creación de nuevos municipios.

Admitida la demanda por auto de 18 de noviembre de 1987, no se accedió por el Tribunal a suspender el acto acusado, y recurrido en apelación dicho proveído, la Sala mediante providencia de 29 de enero del año en curso lo revocó y suspendió provisionalmente la ordenanza por la cual se crea el Municipio de Barcelona en el Departamento del Quindío.

Rituado el juicio con observancia de las formalidades procesales de rigor el Tribunal Administrativo del Quindío le puso fin a la controversia mediante sentencia pronunciada el 14 de marzo de 1988, en cuya parte resolutiva declaró la nulidad de la Ordenanza de noviembre 30 de 1984 de la Asamblea Departamental, por medio de la cual se creó el Municipio de Barcelona y se dictaron disposiciones para su organización.

Contra esta sentencia el impugnador del proceso Jesús Antonio Roa interpuso oportunamente el recurso de apelación que le fue concedido para ante esta Corporación.

Habiéndose tramitado el juicio en esta instancia correctamente y obtenido el concepto del señor Agente del Ministerio Público, ha llegado la oportunidad de proferirse la decisión final y a ello se procede mediante las consideraciones que siguen:

El apelante al sustentar su recurso critica el fallo del Tribunal y la posición asumida por el demandante quien, en su opinión, se limitó a enunciar normas jurídicas sin dar el concepto de la violación de ellas. En relación con el fondo del problema sostiene que las Asambleas son autónomas y soberanas no sometidas al control del DANE, y que al no poderse obenter la certificación sobre población, optó por aportar la certificación del mismo Departamento Administrativo fechada el 19 de noviembre de 1984 según la cual, por decisión del Gobierno central (fl. 160, cuaderno número 1), el XV Censo Nacional de Población y IV de Vivienda se realizarán en octubre de 1985 y que sólo con posterioridad a esa fecha podrá disponerse de información oficial actualizada sobre el número de habitantes y viviendas del Corregimiento de Barcelona y del Municipio de Calarcá. Considera el apelante que esta certificación es una prueba que dentro de la sana crítica se adecúa al numeral 1º, artículo 1º de la Ley 14 de 1969 y que, por eso, al hablar el Tribunal de que tenga por lo menos 20.000 habitantes está señalando un límite de población mínimo, dando como veraz una prueba inexistente, ineficaz, impertinente que nada tiene que ver con la Ordenanza acusada. Que dentro de la hermenéutica jurídica el número de habitantes ha de ser de aproximación al mínimo de 20.000, "pero no a un *número mínimo;* ya que por lo menos no significa exactitud, sino que esta locución es optativa, o sea de aproximación mayor o menor a los 20.000 habitantes". Argumenta también el recurrente que debe haber concordancia entre la Ley 14 de 1969 y la 30 del mismo año, que al hablar de la composición y funcionamiento de los Concejos, aclara la anterior y al efecto transcribe el artículo 1º de ésta última.

De conformidad con lo preceptuado por el ordinal 4º del artículo 187 de la Constitución Nacional, a las Asambleas Departamentales corresponde:

"Crear y suprimir municipios, segregar o agregar términos municipales y fijar límites entre los distritos, llenando estrictamente los requisitos que establezca la ley".

En desarrollo de la norma constitucional transcrita la Ley 14 de 1969 en su artículo primero, señaló las condiciones necesarias para que una porción de territorio pudiera ser erigida en Municipio, disposición que el actor indica como violada en sus numerales 1º, 2º, 4º y 6º.

Y estatuye esta ley lo siguiente en su artículo primero:

"Para que una porción de territorio de un Departamento pueda ser erigida en Municipio, se necesita que concurran las siguientes condiciones:

"1º Que tenga por lo menos 20.000 habitantes y que el Municipio o Municipios de los cuales se segrega quede cada uno con una población no inferior a 25.000 habitantes, según certificación detallada del Departamento Administrativo Nacional de Estadística.

"2º Que en los tres últimos años fiscales haya aportado en rentas y contribuciones al Municipio o Municipios de los cuales se segrega una suma no inferior a ciento ciencuenta mil pesos ($ 150.000.00) anuales y que, además, estos distritos queden cada uno con un presupuesto no inferior a doscientos mil pesos ($ 200.000.00) anuales, sin computar en dichas sumas las transferencias que reciban de la Nación y del Departamento, todo de conformidad con las certificaciones motivadas que expida la respectiva Contraloría Departamental.

"..... .

"4º Que en el poblado destinado a cabecera residan no menos de 3.000 personas, según certificado del Departamento Administrativo Nacional de Estadística; que existan allí mismo locales adecuados para el funcionamiento de oficinas públicas, casa municipal, cárcel, centro de salud, y escuela, como mínimo, o que cuente con recursos suficientes para construirlos o que su establecimiento esté previsto en los programas nacionales, regionales o departamentales.

"..... .

"6º Que los organismos departamentales de planeación conceptúen sobre la conveniencia económica y social de la nueva entidad, teniendo en cuenta su capacidad fiscal, sus posibilidades económicas y su identificación como área territorial de desarrollo".

El demandante para impetrar la declaratoria de nulidad de la Ordenanza de 30 de noviembre de 1984 "por medio de la cual se crea el Municipio de Barcelona y se dictan disposiciones para su organización", afirmó en su demanda que la Asamblea Departamental del Quindío al crear dicho municipio no había dado cumplimiento a las disposiciones transcritas, por no haberse tenido en cuenta la base de población fijada por el legislador para el nuevo municipio.

Planteada la presente controversia sobre las bases anotadas de conformidad con las normas que regulan la materia probatoria, es indiscutible que a la parte demandante le correspondía acreditar plenamente la inexistencia o carencia de los requisitos señalados por el

legislador para la creación del Municipio de Barcelona en el Departamento del Quindío. Y es evidente que el actor para acreditar el incumplimiento de las formalidades exigidas por la ley para la creación de un municipio, acompañó constancia del Jefe del Banco de Datos de la Regional Centrooccidente del DANE que está concebida así:

"Que de acuerdo a los resultados definitivos del XV Censo Nacional de Población y IV de Vivienda realizado en 1985, el número de habitantes empadronados en el Corregimiento de Barcelona del Municipio de Calarcá (Quindío) fue:

"En el centro poblado	5.098
"En el resto del corregimiento incluyendo población dispersa	1.688
"Total de habitantes	6.786

"Fuente: DANE, tabulados base geográfica Censo 85. Cartografía Centro Poblado de Barcelona y Mapa rural de Calarcá sector 1, secciones 3, 4 y 5".

El Tribunal con base en estos elementos probatorios así como los obrantes en el cuaderno contentivo de los antecedentes de la creación del Municipio de Barcelona, estimó que la Asamblea Departamental del Quindío al crear el Municipio de Barcelona había violado las disposiciones mencionadas en el curso de esta providencia, y como consecuencia de ello declaró la nulidad de la Ordenanza de 30 de noviembre de 1984 por medio de la cual se creó el Municipio en referencia.

Estudiadas detenidamente las distintas constancias que arrojan los autos y considerada la presunción de legalidad que ampara a los actos administrativos y examinado el procedimiento prescrito por la ley para la formación de las ordenanzas relativas a la creación de municipios, estima la Sala que las pruebas aportadas por el demandante y las obrantes en el expediente, y sobre las cuales se apoya la sentencia del Tribunal, son suficientes para aceptar y declarar la nulidad de la norma enjuiciada.

Siendo la Ordenanza acusada la culminación de un proceso administrativo constituido por una serie de actos encaminados al ejercicio de la atribución concedida a las Asambleas por el numeral 4º del artículo 187 de la Constitución Nacional y requiriéndose por consiguiente la formación del correspondiente expediente, éste se trajo al juicio. Y el examen atento de todas las piezas integrantes del mismo permite apreciar el no cumplimiento a plenitud de las formalidades prescritas por las normas que se dicen violadas.

Y estima la Sala que la certificación expedida por el señor Jefe del Banco de Datos de la Regional Centrooccidental del DANE a que atrás se hizo alusión, es elemento probatorio suficiente para acreditar el incumplimiento de los requisitos señalados por la ley para la creación de municipios. Y en el caso que hoy se contempla el Departamento Administrativo Nacional de Estadística a términos del nu-

meral primero del artículo 1º de la Ley 14 de 1969, podía válidamente certificar sobre el número de habitantes de la porción territorial a erigirse en municipio.

Ahora bien, al fallar el Tribunal Administrativo del Quindío, luego del pertinente análisis probatorio dijo: "Conforme a lo anotado, tenemos que al expedirse por la Asamblea Departamental la Ordenanza acusada, se violó el artículo 1º, ordinal 1º de la Ley 14 de 1969, al no haberse acreditado previamente a su expedición que la porción del territorio del Departamento del Quindío que se pensaba erigir en el Municipio de Barcelona, tenía para ese momento no menos de 20.000 habitantes; que el Municipio de Calarcá, del cual se pensaba segregar, quedaba con una población no inferior de 25.000 habitantes, y que en el poblado destinado a cabecera residían no menos de 3.000 personas, con certificación del Departamento Administrativo Nacional de Estadística".

Las apreciaciones del Tribunal encuentran acogida en las hechas por el señor Fiscal Primero del Consejo de Estado al emitir su concepto de fondo en el cual expresó que las Asambleas y los Gobernadores, como cualquier otra autoridad estatal en sus actuaciones administrativas, sí están sometidas a las normas legales que regulan sus funciones y en este caso, la creación de un Municipio es un acto reglado y no absoluto, "por tanto debió observar el requerimiento de la Ley 14 de 1969, lo cual está probado idóneamente que no se cumplió".

Para la Sala las apreciaciones hechas por el Tribunal en la sentencia que se revisa y el concepto del señor Fiscal Colaborador, serían suficientes para decidir este recurso, y para poner de resalto la inconsistencia de los argumentos del apelante, que incurre en confusiones jurídicas, verbigracia al pretender establecer un parangón o semejanza en guarismos, entre la Ley 14 de 1969 y la 30 del mismo año, reguladora de temas que en verdad no se compadecen con la preceptiva legal vigente para la creación de un municipio.

Se anota también que en el expedinete aparece plenamente establecido que el proyecto de ordenanza, una vez aprobado, pasó al señor Gobernador quien lo OBJETO por motivos de inconstitucionalidad e ilegalidad dando las siguientes razones:

"El artículo 187, numeral 4º de la Constitución Nacional dice: Corresponde a las Asambleas, por medio de ordenanzas: ... 4º Crear y suprimir municipios, segregar o agregar términos municipales y fijar los límites entre los Distritos, *llenando estrictamente los requisitos de ley*".

"La Ley 14 de 1969, en su artículo 1º, numerales 1º y 4º, exigen en desarrollo del texto constitucional citado, se allegue a la documentación, la certificación de población expedida por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), el cual no se adjuntó, violando el acto que se objeta".

Las anteriores consideraciones demuestran que en este juicio aparece comprobada la violación de las normas reguladoras de la creación

de nuevos municipios y que, por ende, se impone la confirmación de la sentencia que es materia de revisión a virtud del recurso de apelación.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, de acuerdo con su colaborador Fiscal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Confírmase la sentencia apelada proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío el 14 de marzo de 1988.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El fallo anterior lo discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día 25 de noviembre de 1988.

Samuel Buitrago Hurtado, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

MONOPOLIO DE LICORES.—

La Ley 14 de 1983, autoriza si se opta por el monopolio de licores o reglamentar la producción, introducción y venta, o gravar esas actividades si el monopolio no conviene como arbitrio rentístico para el Departamento.

CONFIRMA LA NULIDAD DEL ARTICULO PRIMERO DE LA ORDENANZA número 044 de noviembre 29 de 1985, de la Asamblea Departamental de Nariño, en cuanto modifica los artículos 29 y 30 del Código de Rentas de Nariño adoptado por Decreto 989 de 1984; nulidad decretada en sentencia de 29 de octubre de 1986 del Tribunal Administrativo de la misma ciudad.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., dos de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Guillermo Benavides Melo.*

Referencia: Expediente número 507. Actor: Pablo J. Cáceres C.

La Sección Primera procede a resolver el recurso de *apelación* que la parte demandada instauró contra la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño.

Antecedentes:

El ciudadano Pablo J. Cáceres C., demandó en acción pública ante el Tribunal Administrativo de Nariño la nulidad de parte del artículo primero de la Ordenanza número 044 de 1985, expedida por la Asamblea Departamental de dicha sección territorial.

Mediante el artículo 1º parcialmente acusado, la Ordenanza modifica los artículos 29 y 30 del Código de Rentas de dicho Departamento, expedido por el Gobernador a través del Decreto número 989 de diciembre 21 de 1984. Dice la parte acusada:

"*Artículo primero.* En los siguientes artículos del Decreto número 989 de diciembre 21 de 1984, Código de rentas se efectúan las siguientes modificaciones:

"*Artículo 29. Ingreso de licores.* En desarrollo del monopolio sobre la producción, introducción y venta de licores destilados, el Departamento de Nariño podrá celebrar contratos de intercambio con

personas de derecho público o de derecho privado y todo tipo de convenio que, dentro de las normas de contratación vigentes, permita agilizar el comercio de estos productos".

"*Artículo 30. Autorización.* Para la introducción y venta de licores destilados nacionales o extranjeros, se requiere decreto de autorización del Gobernador, previo concepto favorable de la Junta Directiva de la Industria Licorera de Nariño, decreto que se proferirá solo cuando el Departamento haya celebrado convenios económicos con las firmas productoras, introductoras o importadoras, en los cuales se establecerá la participación porcentual en el precio de venta del producto sin sujeción a los límites tarifarios previstos para el impuesto de consumo".

El actor afirma que el acto acusado contradice de modo ostensible los artículos 30, 31, 32 y 187-10 de la Constitución y 61 a 72 de la Ley 14 de 1983, por lo cual solicitó la declaratoria de suspensión provisional. Por olvido del Magistrado sustanciador, el *a quo* no se pronunció sobre la medida cautelar y el actor guardó silencio al respecto, dentro de la ejecutoria del auto admisorio de la demanda.

El fallo del Tribunal de origen declara la nulidad del acto administrativo en la parte del artículo 1º demandado.

Concepto Fiscal:

El Fiscal 3º del Tribunal Superior de Pasto, como Agente del Ministerio Público ante el *a quo*, se opone en su vista de fondo a las pretensiones de la actora (Ver fls. 197 a 200). Por su parte, el Fiscal Primero del Consejo de Estado, en su concepto visible a folios 10 a 13 del cuaderno de apelación, concluye que debe anularse el acto acusado y en consecuencia solicita confirmar el fallo recurrido en apelación.

Consideraciones del Consejo:

Preceptúan los artículos 61 y 63 de la Ley 14 de 1983 lo siguiente:

"Artículo 61. La producción, introducción y venta de licores destilados constituyen monopolios de los departamentos como arbitrio rentístico en los términos del artículo 31 de la Constitución Política de Colombia. En consecuencia, las Asambleas Departamentales regularán el monopolio o gravarán esas industrias y actividades, si el monopolio no conviene, conforme a lo dispuesto en esta ley".

"Artículo 63. En desarrollo del monopolio sobre la producción, introducción y venta de licores destilados, los departamentos podrán celebrar contratos de intercambio con personas de derecho público o de derecho privado y todo tipo de convenio que, dentro de las normas de contratación vigentes, permita agilizar el comercio de estos productos. Para la introducción y venta de licores destilados, nacionales o extranjeros, sobre los cuales el departamento ejerza el monopolio, será necesario obtener previamente su permiso, que sólo lo otorgará una vez se celebren los convenios económicos con las firmas produc-

toras, introductoras o importadoras en los cuales se establezca la participación porcentual del departamento en el precio de venta del producto, sin sujeción a los límites tarifarios establecidos en esta ley".

Como lo expresa el fallo de primera instancia, del cotejo entre el acto acusado parcialmente y los preinsertos artículos de la Ley 14 de 1983, se observa la violación que de las normas superiores hace el artículo primero materia de la demanda, toda vez que éste trae "normas incompatibles con el sistema de la libre industria y comercio de licores y vinos, puesto que la ley autoriza si se opta por el monopolio departamental a reglamentar la producción, introducción y venta, o gravar esas actividades si el monopolio no conviene como arbitrio rentístico para el departamento. La norma del artículo 61 (de la Ley 14 de 1983) es muy clara al respecto cuando expresa que 'las Asambleas Departamentales regularán el *monopolio o gravarán esas industrias y actividades si el monopolio no conviene conforme a lo dispuesto en esta ley*' (Subraya el Tribunal). Con más propiedad, la ley no autoriza la adopción concomitante del monopolio departamental para la producción de licores destilados y el libre comercio de otros licores destilados y vinos".

Esta conclusión del Tribunal de instancia es clara y, consecuencialmente, con base en las disposiciones legales, no admite dubitación, toda vez que los dos sistemas chocan por su incompatibilidad: En la forma como lo hace el acto acusado, la adopción del sistema de libre comercio se estrella con el sistema monopolístico. La situación excluyente de ambos sistemas coloca al acto acusado en transgresión legal que amerita su declaratoria de nulidad.

Sobre este particular está bien traída la cita de la sentencia de 31 de enero de 1980 proferida por la Sección Cuarta de esta Corporación (Expediente número 6678, actor: Miguel González R.), cuando destaca dicha incompatibilidad entre los dos sistemas atrás indicados. Por ello no pueden aceptarse los razonamientos de la parte impugnadora, cuando pretende que por haber incorporado el acto acusado (de modo parcial) disposiciones de la Ley 14 de 1983, no puede haber incurrido aquél en transgresión de ninguna naturaleza.

En consecuencia, al prosperar las pretensiones de la demanda, recibirá confirmación el fallo de primera instancia que viene en apelación.

Por lo anotado, la Sección Primera de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado, en concordancia con el Fiscal Primero de la Corporación, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

A) *Confírmase* la sentencia de 28 de octubre de 1986, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Nariño declara la nulidad del artículo primero de la Ordenanza número 044 de 29 de noviembre de 1985, en cuanto modifica los artículos 29 y 30 del Código de Rentas de Nariño adoptado mediante el Decreto número 989 de 1984;

B) En firme esta sentencia y previas las anotaciones de ley, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veinticinco de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Luis Antonio Alvarado Pantoja, Ausente; *Guillermo Benavides Melo, Samuel Buitrago Hurtado, Simón Rodríguez Rodríguez.*

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

SUSPENSION PROVISIONAL.— Procedencia

El instituto de la suspensión provisional reviste características de excepcionalidad, toda vez que su aplicación enerva uno de los principios fundamentales del derecho público: el de presunción de legalidad que ampara la totalidad de la actividad administrativa.

REVOCA LA SUSPENSION PROVISIONAL de la Ordenanza 004-E de 29 de febrero de 1988 de la Asamblea Departamental del Valle del Cauca, decretada por el Tribunal Administrativo de la misma ciudad.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., nueve de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Samuel Buitrago Hurtado.*

Referencia: Expediente número 1066. Actor: Myriam Guererro de Escobar.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por los abogados Guillermo Alcides Nieto Hamman y Gustavo Zafra Roldán en sus condiciones de, apoderado judicial del Departamento del Valle y ciudadano, respectivamente, contra el auto de 1º de septiembre de 1988 proferido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, por el cual se decretó la suspensión provisional de la Ordenanza 004-E de febrero 29 de 1988 expedida por la Asamblea Departamental de esa sección del país.

La providencia impugnada:

El Tribunal Contencioso Administrativo del Valle admitió, mediante providencia fechada el primero de septiembre del corriente año, demanda de nulidad contra la Ordenanza número 004-E de 29 de febrero de 1988 emanada de la Asamblea Departamental del Valle del Cauca, decretando al mismo tiempo la suspensión provisional de la misma, medida que había sido solicitada en el libelo.

Para decretar la medida cautelar, el Tribunal *a quo* tuvo en cuenta las razones expuestas en la demanda, esto es, que según el artículo 185 de la Constitución Nacional, las asambleas, para sesionar en forma extraordinaria, deben ser convocadas por el Gobernador con el señalamiento preciso de los temas a tratar, norma que se acató,

en el caso que se juzga, con los decretos señalados con los números 160 y 166 de febrero de 1988, mediante los cuales el Gobernador del Departamento del Valle convocó a la Asamblea a sesionar en forma extraordinaria y prorrogó las sesiones para la consideración de dos proyectos aditivos. Pero los decretos aludidos no fueron publicados en el órgano oficial de publicidad de los actos del Gobierno Seccional, haciendo constar dicha omisión con la certificación de un liquidador de la Gaceta Departamental. Se violan entonces, en forma ostensible, según la demandante y el Tribunal, los artículos 1º, 5º (ord. c) y 8º de la Ley 57 de 1985, 330 y 333 del Decreto 1222 de 1986 "en consideración a que siendo decretos de interés general para la opinión pública, originarios del señor Gobernador del Departamento, debieron ser publicados ya que legalmente a partir de esa publicación es cuando comienza su vigencia". Después de citar las normas aludidas, transcribiéndolas textualmente, el Tribunal entra en consideraciones y observaciones en cuanto a la obligatoriedad de esos decretos y la fundamentación legal para las sesiones de la Asamblea. Discierne también el Tribunal sobre si el hecho de haber sesionado la Asamblea por fuera del período ordinario podría entenderse como una convalidación de la irregularidad anotada y de su competencia para producir actos administrativos. Concluye el Tribunal que "en este orden si la honorable Asamblea sesionó extraordinariamente sin estar rigiendo el Decreto del Gobernador convocándola, carecía de competencia para dictar el acto administrativo acusado y proferido en desarrollo de dichas sesiones.

"Lo anterior conduce al Tribunal a *suspender* el acto enjuiciado originado en el ejercicio de las sesiones extraordinarias celebradas sin el cumplimiento del requisito constitucional anotado". Y en efecto, decreta la suspensión provisional de la ordenanza demandada.

La intervención de las partes:

Las partes, tanto la demandante como los impugnadores de la medida, en prolijos y bien estructurados memoriales, han expuesto sus puntos de vista empeñándose, muy especialmente, en hacer la apología o la crítica de los decretos que convocaron a la Asamblea a las sesiones extraordinarias, en la defensa o ataque de los medios empleados para su publicación y en su acomodamiento o no a las normas que regulan esa publicación invocando en apoyo de sus argumentos, estudios, doctrinas y jurisprudencias que servirán mucho al juzgador para orientar su criterio al momento de la sentencia de fondo.

En orden a desatar el recurso,

Se considera:

La suspensión provisional, se ha repetido en varias formas, es una oportunidad dentro del proceso, para demostrar que el acto administrativo cuestionado, ha sido producido en forma manifiestamente contraria a las normas que lo deben regir, a la disposiciones legales y constitucionales que le dan vida jurídica; vale decir, a las normas

que le son superiores. De ahí que se exija, a quien la solicita, que demuestre el desconocimiento y la violación ostensible de la norma superior, es decir, de aquella de la cual derivaría su origen y su validez como lo es el efecto respecto a la causa.

En el caso *sub juris,* tal comparación, la exigida por la norma que regalmenta la medida, cabría hacerse entre la ordenanza demandada y las normas que regulan la expedición de ordenanzas, esto es, las formalidades que para su presentación, debates, aprobación, sanción y publicación estatuyen las normas pertinentes. O, si la irregularidad que se alega fuera respecto a los decretos que convocaron a las deliberaciones ,se tendrían que confrontar estos, como lo ha hecho el Tribunal, con las formalidades que, para su validez y eficacia, exige la Ley 57 de 1985 y las disposiciones que le son afines. No se debe perder de vista que la razón de toda medida cautelar es la voluntad del legislador de precaver un daño y por eso, para su adopción se aceptan pruebas que no han tenido la oportunidad de la contradicción lo que obliga al juez a ser supremamente cauto en la toma de la medida. El instituto de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, dice un reciente salvamento de voto en esta Sala, reviste indudables características de excepcionalidad, toda vez que su aplicación enerva uno de los principios fundamentales del derecho público; el de la presunción de legalidad que ampara la totalidad de la actividad administrativa. Al propio tiempo, la medida provisoria constituye una excepción al principio básico del derecho procesal según el cual la contraparte ha de ser oída antes de ser vencida".

Según el espíritu del artículo 152 del Decreto-ley 01 de 1984, hay manifiesta violación de una norma jurídica cuando "se puede percibir a través de una sencilla comparación, *prima facie,* al primer golpe de vista, sin hacer lucubraciones, ni elaboradas reflexiones, ni esguinces o deducciones que quiebran la evidencia de la flagrante violación". Al hacer la descripción de la providencia impugnada, se ha señalado en anterior capítulo de este análisis, cómo el Tribunal *a quo* debió detenerse en consideraciones, observaciones, discernimientos y deducciones que concluyen en una presunción oficiosa fundamentada en una prueba inidónea: "Si la Asamblea, dice el Tribunal, sesionó extraordinariamente sin estar rigiendo el Decreto del Gobernador convocándola, carecía de competencia para dictar el acto administrativo acusado y proferido en desarrollo de dichas sesiones". Lo que implica, no solamente que se hizo un análisis *plus ultra* de lo exigido por la norma rectora sino que se bordearon los linderos del prejuzgamiento.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado ,Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

Resuelve:

Revócase la suspensión provisional de la Ordenanza 004-E de 29 de febrero de 1988 de la Asamblea Departamental, decretada en el

numeral primero de la parte resolutiva del auto de 1º de septiembre de 1988 dictado por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 7 de diciembre de 1988.

Samuel Buitrago Hurtado, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

SERVICIO SECCIONAL DE SALUD. SUPERVENCION. LEGALIDAD SOBREVINIENTE.—

Hubo un lapso durante el cual la ordenanza atacada estuvo al margen de la ley, pero fue legalizada con el advenimiento de nuevo derecho, con la entrada en vigor de la Ley 3ª de 1986 y el Código de Régimen Departamental. En consecuencia estamos ante la figura jurídica llamada "supervención", por legalidad sobreviniente.

REVOCA LA NULIDAD de las siguientes normas de la Ordenanza número 028 de 1984 de la Asamblea del Cauca: El artículo 10 en cuanto establece que el Jefe de Servicio de Salud del Cauca "será nombrado por el Ministro de Salud de terna presentada por la Junta de Salud del Cauca"; del ordinal e) del artículo 6º en cuanto dispone como función de la Junta de Salud "elaborar y representar ante el Ministro de Salud la terna para el nombramiento del Jefe del Servicio"; y los incisos 1 y 2 del artículo 19.

LEVANTA LA SUSPENSION PROVISIONAL decretada.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., doce de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Guillermo Benavides Melo.*

Referencia: Expediente número 557. Actor: Henry Ruiz Tose.

Se resuelve el recurso de *apelación* interpuesto por el actor contra la sentencia de primera instancia proferida el 4 de diciembre de 1986 por el Tribunal Administrativo del Cauca.

Precedentes:

En su propio nombre y en acción popular anulatoria, el ciudadano Henry Ruiz Tose demandó ante el Tribunal Administrativo del Cauca la nulidad de la totalidad de los artículos de la Ordenanza número 028 de 1984, proferida por la Asamblea Departamental "o subsidiariamente los artículos 1º en lo atinente a la creación del Servicio de Salud del Cauca *'como un establecimiento público del Departamento, esto es, como un organismo dotado de personería jurídica,*

autonomía administrativa y patrimonio propio'. El artículo 10 en cuanto *'el Jefe del Servicio de Salud del Cauca es el representante legal de la entidad'* y el artículo 19, incisos primero y segundo, en cuanto establece el *'Régimen de personal'* de la respectiva entidad".

Admitida la demanda por el *a quo*, en el mismo auto decretó la suspensión provisional impetrada por el actor, pero respecto "del ordinal e) del artículo 6º de la Ordenanza número 028 de 1984; de la última parte del artículo 10 de la misma ordenanza en cuanto dice que 'será nombrado por el Ministro de Salud de terna presentada por la Junta de Salud del Cauca'; y de los incisos 1º y 2º del artículo 19 de dicha ordenanza" (V. fls. 33 a 37, cuaderno principal).

Por cuanto el auto acabado de citar no decretó la suspensión provisional "de las disposiciones atacadas, subsidiariamente, en la demanda", el actor instauró el recurso de apelación contra dicha providencia. La impugnación apelatoria fue resuelta por la Sección Primera del Consejo de Estado mediante proveído de 1º de julio de 1986, que obra a folios 66 a 68, del cuaderno segundo, por el cual fue confirmada la providencia apelada.

Surtido el plenario, el *a quo* culminó el proceso en primera instancia mediante la sentencia citada, que aparece a folios 109 a 126 del cuaderno principal, por la cual decidió: "No se declara la nulidad de toda la ordenanza de 1984 expedida por la Asamblea del Cauca y se invalidan únicamente el artículo 10 en cuanto establece que el Jefe de Servicio de Salud del Cauca 'será nombrado por el Ministro de Salud de terna presentada por la Junta de Salud del Cauca'; del ordinal e) del artículo 6º en cuanto dispone como función de la Junta de Salud 'elaborar y presentar ante el Ministro de Salud la terna para el nombramiento del Jefe del Servicio'; y los incisos 1º y 2º del artículo 19 de dicha ordenanza".

En su concepto de fondo, que obra a folios 10 a 14 del cuaderno tercero, el Fiscal Primero del Consejo de Estado solicita se declare la nulidad total de la Ordenanza de 1984 atacada.

Consideraciones:

La Ordenanza 028 de 1984 aquí atacada, tiene, grosso modo, estas relievantes connotaciones: Crea el Servicio de Salud del Cauca "como un establecimiento público del Departamento, esto es, como un organismo dotado de Personería Jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, que forma parte del Sistema Nacional de Salud como organismo de Dirección del mismo a nivel Departamental, ámbito dentro del cual ejercerá la dirección y administración de los servicios de salud, en los términos del Decreto 056 de 1975, artículo 7º"; le adscribe funciones; como órganos de dirección y administración señala a la Junta de Salud y al Jefe del Servicio; el Gobernador del Departamento o su delegado preside la Junta de Salud; mientras el Gobierno Nacional no expida la reglamentación correspondiente, el representante de la comunidad ante la Junta lo designa el Gobernador; entre las funciones de la Junta están la de determinar la estructura del Servicio "de conformidad con los preceptos que rigen el Sistema Nacional de Salud, la de elaborar y presentar ante el Ministro

de Salud la terna para el nombramiento del Jefe del Servicio" y "las demás que le asignen el Ministerio de Salud y/o los reglamentos"; "el Jefe del Servicio de Salud del Cauca es el representante legal de la entidad"; le adscribe funciones a éste; determina los "niveles de organización de el Servicio"; precisa la integración del patrimonio del Servicio; determina el régimen de control fiscal e incompatibilidades, con intervención de la Contraloría General de la República, "sin perjuicio de que las Contraloría Departamental o Municipal que ejerzan control sobre dineros de *el Servicio* soliciten informes o practiquen visitas en pos de ese cometido"; señala el "régimen jurídico de actos y contratos", con referencia directa a las previsiones de la Ley 9ª de 1979, al Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984) y al Decreto-ley 222 de 1983; y respecto del personal del Servicio lo sujeta "a la situación legal y reglamentaria de los empleados públicos", con remisión a las disposiciones de los Decretos 694 de 1975, 1468 de 1979 "y demás normas que los complementan o adicionan", con aplicación de "las leyes vigentes para la administración de personal de la Rama Ejecutiva del Poder Público, en especial los Decretos 2400, 3074 de 1968 y 1950 de 1973".

Esta Ordenanza 028 de 1984 fue expedida por la Asamblea a iniciativa del Gobernador del Departamento del Cauca, como consta en autos.

La Ordenanza acusada es de fecha 19 de diciembre de 1984. Si bien la demanda fue incoada el 30 de noviembre de 1985, conforme a nota de presentación visible al folio 26 del cuaderno segundo, el auto admisorio de la misma lleva fecha de 11 de marzo de 1986 (v. fl. 33, cuaderno *ib.*), esto es, cuando ya se encontraba rigiendo desde hacía dos meses la Ley 3ª de 1986, toda vez que esta ley, de acuerdo con lo dispuesto por su artículo 39, rige a partir de su publicación, y fue promulgada en el *Diario Oficial* número 37.304 de 10 de enero de 1986. La Ley 3ª de 1986 contiene normaciones "sobre la administración departamental".

El nuevo Código de Régimen Departamental fue expedido mediante el Decreto extraordinario número 1222 de 1986, con base en las facultades extraordinarias dadas al Presidente de la República por la citada Ley 3ª de 1986.

Como lo tenía claramente establecido la jurisprudencia del Consejo de Estado, los entes denominados Servicios Seccionales de Salud, por carecer de personería jurídica, no podían comparecer en juicio ya fuere como demandantes o como demandados directamente, sino que tenían que hacerlo a través del Gobernador del respectivo Departamento, de suerte que no eran sujetos de derecho y por lo tanto no podían adquirir y contraer obligaciones, demandar ni ser demandados. Y estos, porque no existía normal legal que desarrollara el canon 187-6 constitucional, esto es, que expresamente determinara las disposiciones mediante las cuales las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales crearán o proveyerán la erección de los establecimientos públicos, sociedades de economía mixta y empresas industriales y comerciales o, lo que es lo mismo, de entidades des-

centralizadas en sus respectivos niveles, en concordancia con el citado canon y con el 197-4 de la Constitución Política, aquel respecto de las Asambleas y éste de los Concejos.

Pues bien: de conformidad con dicha Ley 3ª de 1986 y específicamente con el artículo 60-6º del Código de Régimen Departamental, en concordancia con el precepto 187-6 de la Carta Fundamental atrás citado, "Corresponde a las Asambleas, por medio de ordenanzas: (...) 6º Crear, a iniciativa del Gobernador, los establecimientos públicos, sociedades de economía mixta y empresas industriales y comerciales, conforme a las normas que determine la ley".

La Asamblea del Cauca, mediante la ordenanza acusada, según hemos visto, creó como establecimiento público del orden departamental el Servicio de Salud del Cauca, a iniciativa del Gobernador del Departamento. Solamente que cuando expidió dicha ordenanza no tenían aún vigencia la Ley 3ª de 1986 ni el Código de Régimen Departamental. Teniendo en mente esto, junto con la fecha de presentación de la demanda y del auto admisorio de la misma a que antes se aludió, es cierto que hubo un lapso durante el cual la ordenanza atacada estuvo al margen de la ley, pero poco después fue legalizada con el advenimiento de nuevo derecho, con la entrada en vigor de la ley y del Código. En consecuencia, estamos ante la figura jurídica llamada "supervención", por legalidad sobreviniente.

No por ser el Servicio de Salud del Cauca, pero sólo desde el punto de vista técnico, una dependencia del Ministerio de Salud para acoplarse el Sistema Nacional justamente, deja de pertenecer a la administración departamental, como equivocadamente lo expresa la sentencia apelada, puesto que el artículo primero de la Ordenanza lo crea "como un establecimiento público del Departamento".

En cuanto a la selección y nombramiento del Jefe del Servicio Seccional de Salud, la ordenanza se acopla a lo previsto sobre el particular por el Estatuto del Sistema Nacional de Salud —Decreto extraordinario 056 de 1975, artículos 11 y 12. Por ello habrá de revocarse la sentencia de primera instancia respecto de la nulidad decretada sobre parte del artículo 10 y el literal e) del artículo 6º de la Ordenanza.

En lo atinente al artículo 19 del acto acusado, artículo igualmente anulado por el fallo del *a quo* en apelación, que trata del régimen de personal del Sistema de Salud del Cauca, precisa destacar que la Ley 3ª de 1986 trae, entre otras, las siguientes disposiciones:

"*Artículo 5º*— Las entidades descentralizadas departamentales se someten a las normas que contenga la ley y a las disposiciones que, dentro sus respectivas competencias, expidan las Asambleas y demás autoridades seccionales, en lo atinente a su definición, características, organización, funcionamiento, régimen jurídico de sus actos, inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades de sus juntas directivas, de los miembros de éstas y de sus representantes legales".

"*Artículo 11.*— Corresponde a las Asambleas, a iniciativa del Gobernador, adoptar la nomenclatura y clasificación y fijar las escalas de remuneración de las distintas categorías de empleos de la administración departamental".

"*Artículo 12.*— La determinación de las plantas de personal, o sea la creación, supresión y fusión de cargos en la administración departamental, corresponde a los Gobernadores. Esta función se cumplirá con sujeción estricta a las normas que expidan las Asambleas sobre nomenclatura, clasificación y remuneración de empleos, y sin que se puedan crear a cargo del tesoro departamental obligaciones que superen el monto fijado en el presupuesto inicialmente aprobado para el pago de servicios personales".

"*Artículo 13.*— Los servidores departamentales son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. En los Estatutos de los establecimientos públicos departamentales se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo".

Frente a estas normas, pues, y por efecto de la legalidad sobreviniente ya anotada, el artículo 19 del acto acusado deviene como ajustado a la ley. Por ende, en este aspecto habrá de revocarse igualmente el fallo apelado.

La acción pública de nulidad o popular de anulación está instituida fundamentalmente en salvaguardia de la legalidad. Y siendo esto así, ningún derecho subjetivo del actor puede estar protegido por el fallo de primera instancia del cual apeló el mismo demandante, toda vez que la acción por él intentada en este proceso es precisamente la contencioso objetiva o de control de la legalidad. Por ello la sentencia que sobrevenga como denegatoria de las pretensiones de la demanda, no está cobijada o, mejor aún, no puede estar limitada por la "*reformatio in pejus*".

Al no prosperar las pretensiones del actor, habrá de levantarse necesariamente la medida precautelativa provisional que en su oportunidad decretó el Tribunal de instancia.

En mérito de las consideraciones que anteceden, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, por conducto de su Sección Primera, separándose del concepto del Fiscal Primero de la Corporación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Primero. Revocar la sentencia de 4 de diciembre de 1986 proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, materia de apelación.

Segundo. Denegar las pretensiones formuladas por el actor en su demanda.

Tercero. Levantar la suspensión provisional decretada en este proceso.

Cuarto. Una vez firme esta providencia, el Tribunal de origen remitirá copia auténtica de la misma al Gobernador del Departamento del Cauca y al Presidente de la Asamblea del mismo Departamento.

Quinto. Ejecutoriada esta sentencia y previas las anotaciones de rigor, devuélvase el expediente al *a quo.*

Cópiese, notifíquese, publíquese, comuníquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha siete de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Samuel Buitrago Hurtado, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

MUNICIPIO. Creación. ASAMBLEA DEPARTAMENTAL.— Facultades.

No habiendo sido satisfechos los requisitos concurrentes que exigen las disposiciones legales (art. 187, Const. Nal., numeral 4º), debe declararse la nulidad de la ordenanza que creó el municipio.

CONCEPTOS DE LA ADMINISTRACION.— Control jurisdiccional.

Cuando la ley exige que una dependencia del Estado deba dar un concepto favorable que obliga a quien ha de tomar una decisión apoyado en él, está pidiendo todo un juicio.

Este denominado concepto no es demandable porque no tiene aplicación de modo general, ni es definitivo, ni integra un acto de trámite que hiciera imposible continuar la actuación.

DECLARASE LA NULIDAD de la Ordenanza número 83 de diciembre 5 de 1985 de la Asamblea Departamental del Tolima.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., doce de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Guillermo Benavides Melo.*

Referencia: Expediente número 795. Actor: Alberto Toro Nieto. Alcalde del Líbano.

Se resuelve el recurso de *apelación* propuesto por el actor contra la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima.

1. Antecedentes:

El Alcalde del Municipio del Líbano, Departamento del Tolima, demandó en acción pública la nulidad de dos actos administrativos: la Ordenanza 83 de 1985 (diciembre 5), mediante la cual fue creado el municipio de Murillo según las prescripciones del artículo 6º de la Ley 14 de 1969, y el concepto favorable a la creación de tal municipio, emitido por el Departamento Nacional de Planeación. Tramitado el proceso después de haberse negado la suspensión provisional, el

Tribunal, de acuerdo con su colaborador fiscal, negó las pretensiones de la demanda y declaró no probada la objeción propuesta por el actor contra el dictamen pericial, fundada en error grave.

2. La demanda:

La funda el demandante en violación de los artículos 1º, ordinal 4º y 6º de la Ley 14 de 1969, por cuanto el corregimiento de Murillo no alcanza una población mínima de 3.000 habitantes ni reúne los requisitos que el artículo 6º de la ley citada admite para que excepcionalmente pueda crearse un municipio. Las razones expuestas en la demanda, fueron ratificadas y ampliadas en el alegato de conclusión.

3. El concepto Fiscal:

El señor Agente del Ministerio Público ,después de examinar la forma como aparecen supuestamente acreditados los requisitos necesarios para dar aplicación correcta a la ley, concluye manifestando que tales requisitos no fueron satisfechos y, en consecuencia, solicita que la sentencia sea revocada.

4. Consideraciones del Consejo de Estado:

El numeral 4 del artículo 187 de la Constitución Política asigna como competencia de las asambleas, crear y suprimir municipios, segregar o agregar términos municipales y fijar límites entre los distritos, llenando estrictamente los requisitos que establezca la ley. Como posiblemente el corregimiento de Murillo no reunía los ordinarios para ser elevado a la categoría de municipio, la Asamblea fundamentó el acto acusado en el numeral 1º del artículo 6º de la ley que dispone:

"Sin el lleno de los requisitos a que se refiere el artículo 1º de la presente ley, las asambleas podrán erigir en municipios aquellos territorios que carezcan de medios adecuados de comunicación con la cabecera del distrito o distritos de los cuales forma parte, si el desarrollo de la colonización o la explotación de los recursos naturales así lo aconsejan, previo concepto favorable del Departamento Nacional de Planeación".

Ninguno de los tres requisitos concurrentes fue satisfecho en este caso, como pasa a verse:

a) Que se trate de territorios que carezcan de medios adecuados de comunicación con la cabecera del distrito o distritos de los cuales forma parte.

La verdad procesal es que la certificación número 8934 de 1987 (marzo 26), documento público que figura al folio 9 del cuaderno de objeción al dictamen, suscrita por el Director de Carreteras del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, y dirigida al Secretario del Tribunal de instancia expresa claramente:

"En atención a su solicitud hecha con el oficio de la referencia, cordialmente me permito certificar lo siguiente:

1. Las carreteras incorporadas a la red vial nacional, cumplen con las especificaciones técnicas mínimas exigidas por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte.

2. Las carreteras incorporadas en la red vial nacional, son vías adecuadas de comunicación.

3. La carretera Líbano - Murillo, pertenece a la red vial nacional, es una vía adecuada de comunicación y actualmente se encuentra en proceso de pavimentación.

Bastaría esta certificación expedida por la repartición ministerial encargada de definir, formular, orientar y ejecutar la política nacional relacionada con la construcción, conservación y mantenimiento de la infraestructura del transporte terrestre, marítimo y fluvial del país, para concluir que el corregimiento de Murillo cuenta con medido adecuado de comunicación con su cabecera distrital. Más vale la pena agregar que, como complemento probatorio, en el acto que contiene la inspección judicial practicada con este fin específico, el funcionario que la llevó a cabo, consignó: "esta carretera que conduce del Líbano a Murillo, de 25 kilómetros y 200 metros, es fácilmente transitable" (fls. 188 y 189).

b) Que el desarrollo de la colonización o la explotación de recursos naturales así lo aconsejen.

En el proceso obra la certificación número 8745 de 1985 (noviembre 12) expedida por el Ministerio de Agricultura, documento también público, conforme a la cual entre las áreas de colonización del Tolima no figura ni el municipio del Líbano ni el Corregimiento de Murillo. Tampoco aparece prueba que de manera suficiente demuestre cómo en ese territorio se adelantan programas de explotación de recursos naturales conforme a las disposiciones que los autorizan y que hagan aconsejable la transformación del corregimiento en municipio.

c) Que exista previo concepto favorable del Departamento Nacional de Planeación.

A folio 6 del cuaderno principal obra fotocopia auténtica del denominado concepto favorable del Departamento dicho, de julio 24 de 1985, cuyo texto es del siguiente tenor:

"Con la presente se responde a la solicitud formulada por la gobernación a su cargo, en relación con la propuesta de creación del nuevo municipio de Murillo, actual corregimiento del municipio del Líbano.

"El Departamento Nacional de Planeación teniendo en cuenta las disposiciones para la creación de nuevos municipios, establecidos en la Ley 14 de 1969, la justificación técnica y legal, sustentada por la Administración Departamental y la reiterada manifestación de los habitantes del mencionado corregimiento, de erigirse en municipio, se permite conceptuar favorablemente consciente de la libertad que deben tener todos los pueblos de ser los únicos responsables de su propio desarrollo".

Para la Sala este documento tampoco satisface otro de los requisitos obligatorios a que se ha hecho mención, porque en realidad es una manifestación inmotivada del Departamento Administrativo que dista mucho de ser un concepto jurídicamente válido. Cuando la ley exige que una dependencia del Estado deba dar un concepto favorable que, como en el presente caso, obliga a quien ha de tomar una decisión apoyado en él, está pidiendo todo un juicio, que es una ordenada manifestación del entendimiento que compara y juzga, debidamente fundamentada y sustentada en las pertinentes exigencias legales. En el presente caso ,la ley está ordenando al Departamento Nacional de Planeación una juiciosa elaboración de tesis que confluya a los requerimientos que para la creación de un municipio demanda la Ley 14 de 1969, con los argumentos racionales y lógicos que la situación demanda. Pero cuando el Departamento dice que "se permite conceptuar favorablemente conscientes (sic) de la libertad que deben tener todos los pueblos de ser los únicos responsables de su propio destino", está afirmando un simple enunciado. Por otra parte, el concepto favorable debe ser del Departamento de Planeación y no estar elaborando por simples referencias sobre un documento no pedido y por ende ajeno a los parámetros que determina el artículo 6º de la ley, como es la referencia "justificación técnica y legal" emitida por una entidad que no es ni técnica ni especializada.

Desde otro punto de vista y ya en relación con la demanda y la sentencia de primer grado, debe decirse que este denominado concepto, aun cuando realmente lo fuera, no es demandable porque no constituye uno de aquellos que la administración quiera aplicar de modo general (C. C. A., art. 84), ni es de carácter definitivo, como tampoco integra un acto de trámite que hubiera hecho imposible continuar la actuación administrativa de la Asamblea, toda vez que, por el contrario, al ser favorable a la creación del municipio, permitió al organismo administrativo competente, continuar y rematar su actuación a través de la Ordenanza.

No habiendo sido satisfechos los requisitos concurrentes que exigen las disposiciones legales, según se ha precisado, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, de acuerdo con el Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Primero. Revócase el punto segundo de la sentencia de 7 de octubre de 1987, mediante la cual el Tribunal Administrativo del Tolima negó las pretensiones de la demanda.

Segundo. Declárase la nulidad de la Ordenanza número 83 de 1985 (diciembre 5) mediante la cual la Asamblea Departamental del Tolima creó el Municipio de Murillo y dictó otras disposiciones.

Tercero. Confírmase los puntos primero, tercero y cuarto de la sentencia apelada.

Cuarto. Sin costas en la segunda instancia.

Quinto. En firme esta sentencia, remítase copia auténtica de la misma a las siguientes autoridades: Ministro de Gobierno, Jefe del Departamento Administrativo Nacional de Planeación, Gobernador del Tolima, Asamblea Departamental del Tolima, Alcalde del Líbano y Alcalde de Murillo.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha siete de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Luis Antonio Alvarado Pantoja, Ausente; *Guillermo Benavides Melo, Samuel Buitrago Hurtado, Simón Rodríguez Rodríguez.*

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

MUNICIPIO.— Creación. ASAMBLEA DEPARTAMENTAL. Facultades.

Comprobada la violación de una de las normas reguladoras de la creación de un municipio (número de habitantes), no es necesario abordar el estudio de las demás normas invocadas como violadas, puesto que debe ser integral el cumplimiento de la Ley de 1969.

Confirma la sentencia del Tribunal Administrativo del Cesar mediante la cual se declaró la NULIDAD DE LA ORDENANZA número 29 de 1979 por la que se creó el Municipio de "El Paso".

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

Consejero ponente: *Doctor Samuel Buitrago Hurtado.*

Referencia: Expediente número 118. Asuntos departamentales. Actor: Benjamín Hernández Caamaño.

El presente proceso había llegado a la Corporación en apelación de la sentencia que profirió el 3 de febrero de 1984 el Tribunal Administrativo del Cesar, mediante la cual declaró la nulidad de la Ordenanza número 29 de noviembre 29 de 1979, por la que se creó el Municipio de "El Paso".

Cuando el negocio se encontraba en el trámite probatorio se presentaron los sucesos de los días 6 y 7 de noviembre de 1985 resultando destruído el expediente, razón por la cual en acatamiento a lo dispuesto por el Decreto 3825 de 1985 y con observancia de su preceptiva, por auto de 25 de junio de 1986 fue reconstruido, teniendo por auténticos los documentos acompañados para tal fin por la peticionaria. Se practicaron algunas de las pruebas solicitadas y al surtirse los traslados para alegar la apoderada del Municipio de "El Paso" hizo uso de tal derecho, como también el señor Agente del Ministerio Público.

La primera expresa que dentro de la oportunidad procesal se solicitó la remisión del original del expediente que sirvió de base a la Asamblea Departamental del Cesar para la expedición de la Ordenanza acusada, pero que debido a los lamentables sucesos del Palacio de Justicia dicho documento desapareció sin que haya sido posible reconstruirlo por cuanto era original el ejemplar enviado al Consejo, sin que exista copia del mismo en los correspondientes archivos según

informes de la Secretaría de la Asamblea Departamental. Que esta lamentable circunstancia impide la posibilidad de un juicio de legalidad en torno a la Ordenanza 29, toda vez que el punto de discusión se centra en la existencia para la adopción de la decisión administrativa, de los documentos que acreditaban la satisfacción de los requisitos de ley para la creación de un Municipio. Que con el expediente original se pretendía establecer que la documentación estaba completa y que con posterioridad a la aprobación de la ordenanza el expediente sufrió mutilación, como lo constató la Procuraduría de Valledupar, sin que a la fecha haya posibilidad de establecer cuáles fueron los documentos que se sustrajeron y por consiguiente si ellos se referían o no a aspectos sustanciales del mismo; además, anota, el Gobernador del Departamento en su concepto para trámite de la Ordenanza, menciona el certificado de la Contraloría que posteriormente echó de menos el Tribunal en el fallo apelado.

Y el señor Agente del Ministerio Público en su concepto de fondo considera que la Ordenanza acusada continúa amparada por la presunción de legalidad que respalda toda decisión administrativa, presunción que sólo se puede desvirtuar probando su ilegalidad, fenómeno que no se produce en el proceso por la inexistencia de las pruebas en contra del cumplimiento de los requisitos previos a la expedición del acto demandado. Y razona así el señor Fiscal:

"Ciertamente existe un vacío probatorio que no hace posible el total juzgamiento de la Ordenanza demandada. Como quiera que se trata de establecer si previamente a la expedición de la misma se allegaron los certificados idóneos para probar los requisitos exigidos por la Ley 14 de 1969, se haría necesario el examen del expediente administrativo correspondiente a la Ordenanza 29 de 1979, confrontación que se hace imposible físicamente, por cuanto desapareció en el incendio del Palacio de Justicia y, tal como lo asevera la Secretaría de la Asamblea, al enviar el original ordenado como prueba no se dejó copia alguna que pudiera cumplir dicha documentación.

"Se presenta entonces una típica circunstancia de fuerza mayor de tal manera determinante como quiera que se trata de la prueba esencial, que en este estado del proceso no permite referirse a la forma como la Asamblea consideró que se habían llenado los requisitos para la creación del Municipio de El Paso, acto que se tipifica en la Ordenanza demandada".

La Sala no comparte las apreciaciones de la apoderada del Municipio de "El Paso" y del señor Fiscal Primero de la Corporación.

En efecto, de conformidad con lo preceptuado por el ordinal 4º del artículo 187 de la Constitución Nacional, a las Asambleas Departamentales corresponde:

"Crear y suprimir municipios, segregar o agregar términos municipales y fijar límites entre los distritos, llenando estrictamente los requisitos que establezca la ley".

En desarrollo de la norma constitucional transcrita la Ley 14 de 1969 en su artículo primero, señaló las condiciones necesarias para

que una porción de territorio pudiera ser erigida en Municipio, disposición que el actor indicó como violada según se colige de la providencia recurrida.

Y prescribe esta ley lo siguiente en el artículo primero dicho:

"Para que una porción de territorio de un Departamento pueda ser erigida en Municipio, se necesita que concurran las siguientes condiciones:

"1ª Que tenga por lo menos 20.000 habitantes y que el Municipio o Municipios de los cuales se segrega queda cada uno con una población no inferior a 25.000 habitantes, según certificación detallada del Departamento Administrativo Nacional de Estadística.

"2ª Que en los tres últimos años fiscales haya aportado en rentas y contribuciones el Municipio o Municipios de los cuales se segrega una suma no inferior a ciento cincuenta mil pesos ($ 150.000.00) anuales y que, además, estos distritos queden cada uno con un presupuesto no inferior a doscientos mil pesos ($ 200.000.00) anuales, sin computar en dichas sumas las transferencias que reciban de la Nación y del Departamento, todo de conformidad con las certificaciones motivadas que expida la respectiva Contraloría Departamental.

"3ª Que a juicio de los organismos departamentales de planeación, tenga capacidad para organizar un presupuesto anual no inferior a doscientos mil pesos ($ 200.000.00), sin computar las transferencias que recibe de la Nación y el Departamento.

"4ª Que en el poblado destinado a cabecera residan no menos de 3.000 personas, según certificado del Departamento Administrativo Nacional de Estadística; que existan allí mismo locales adecuados para el funcionamiento de oficinas públicas, casa municipal, cárcel, centro de salud, y escuela, como mínimo, o que cuente con recursos suficientes para construirlos o que su establecimiento esté previsto en los programas nacionales, regionales o departamentales.

"5ª Que la creación sea solicitada por no menos de cuatro mil ciudadanos domiciliados dentro de los límites que se piden para el nuevo municipio, y que las firmas de los solicitantes están autenticadas por el Juez del Municipio o Municipios de los cuales se segrega el que se pretende crear.

"6ª Que los organismos departamentales de planeación conceptúen sobre la conveniencia económica y social de la nueva entidad, teniendo en cuenta su capacidad fiscal, sus posibilidades económicas y su identificación como área territorial de desarrollo".

Como se lee en la sentencia que se revisa, el demandante estima que se violó el artículo primero transcrito porque no se produjeron las certificaciones, previamente a la ordenanza, sobre población y presupuesto del Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), ni concepto favorable del Departamento Nacional de Planeación, ni tampoco la Contraloría Departamental y Secretaría de Planeación Departamental del Cesar. Así mismo hay violación del artículo 2º de la citada ley, por cuanto no se tuvieron en cuenta "las bases de renta para incrementar los porcentajes previstos en el artículo

1º *ibídem*, y finalmente, hay violación del artículo 6º de la Ley 14 de 1969 por cuanto, como ya dije, no se produjo concepto favorable del Departamento Nacional de Planeación".

El Tribunal encontró que para la creación del Municipio de "El Paso" no se cumplió el requisito señalado en el numeral primero del artículo 1º de la Ley 14 de 1969, en cuanto hace al número de habitantes que debe registrar tanto la porción territorial a erigirse como Municipio, como el Municipio o Municipios de los cuales se segrega esa porción, pues pudo establecer con certificado del Departamento Administrativo Nacional de Estadística, que en forma global el Municipio de Chiriguaná del cual se segrega el nuevo Municipio, no pasaba de 24.574 habitantes, lo que significa el no cumplimiento de la exigencia legal en comento.

Además el Tribunal tuvo en cuenta otros elementos probatorios en el expediente levantado para la aprobación de la Ordenanza acusada, expediente que en su oportunidad estudió pormenorizadamente, para llegar a la decisión que consignó en su sentencia.

Estudiadas ahora en esta segunda instancia y luego de la reconstrucción del proceso, las distintas constancias que arrojan los autos, pese a la relativa orfandad probatoria, pero considerada la presunción de legalidad que ampara a los actos administrativos como también el contenido de la sentencia que se revisa, estima la Sala que las pruebas obrantes en el expediente son demostrativas de la ilegalidad de la Ordenanza acusada, y por ende, de la juridicidad de la sentencia del Tribunal.

En efecto, a folio 89 del expediente obra una comunicación del Departamento Administrativo Nacional de Estadística suscrita por el Director del Banco Nacional de Datos (E), fechada el 3 de septiembre de 1986, según la cual:

"1. Que el XIII Censo Nacional de Población se realizó el 15 de julio de 1964 y es de carácter definitivo, fue aprobado por el Acto legislativo número 1 de 1968 (art. 76), por el Congreso Nacional.

"2. Que el XIV Censo Nacional de Población se realizó el 24 de octubre de 1973. Los resultados son definitivos, pero no han sido aprobados.

"3. El último censo efectuado es el XV Censo Nacional de Población y se llevó a cabo en octubre de 1985, sus resultados son de carácter provisional y hasta la fecha se están procesando.

"4. Que nuestra entidad está en capacidad de informar sobre el volumen de población del Municipio de El Paso para los censos de 1964, 1973 y 1985.

"5. El DANE no certifica ni calcula poblaciones faltantes a nivel municipal.

"6. De acuerdo a los resultados del XV Censo Nacional de Población y IV de Vivienda realizado en octubre de 1985 y a los resultados definitivos del XIV Censo Nacional de Población efectuado el 24 de octubre de 1973 los Municipios de El Paso y Chiriguaná tendría una población total a octubre de 1979 como sigue:

Municipios	*Habitantes*
El Paso	10.453
Chiriguaná	16.677

"Es necesario tener en cuenta que en la actualidad el Municipio de Chiriguaná ha sufrido varias desagregaciones para la creación de otros municipios (La Jagua de Ibirico y El Paso).

"Atentamente,

Oscar Cleves C.
Directo Banco Nacional de Datos (E).".

La certificación del DANE (que contiene el oficio transcrito), es elemento probatorio idóneo y suficiente para acreditar el incumplimiento de los requisitos señalados por la ley para la creación de Municipios, pues a términos del numeral primero del artículo primero de la Ley 14 de 1969, el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, podía válidamente certificar sobre el número de habitantes de la porción territorial a erigirse en Municipio. La Ley 14 en mención exige que el Municipio a crearse tenga por lo menos 20.000 habitantes y que el Municipio o Municipios de los cuales se segrega queda cada uno con una población no inferior a 25.000, y vemos como el Departamento Administrativo Nacional de Estadística certifica que para la fecha de expedición de la Ordenanza por medio de la cual la Asamblea Departamental del Cesar creó el Municipio de "El Paso", tendría una población de 10.453 habitantes, y el Municipio de Chiriguaná del cual se segregaría tenía 16.677 habitantes.

Para la Sala las apreciaciones hechas por el Tribunal en la sentencia que se revisa eran jurídicas y no han sido desvirtuadas en esta segunda instancia. Esas apreciaciones como las que se hacen aquí con fundamento en la prueba aportada por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), ponen de relieve la inconsistencia de las argumentaciones del apelante y no empece a obrar en autos una diligencia de inspección judicial practicada por el Tribunal Administrativo del Cesar el 29 de julio del año en curso, esto es casi a los diez años de haberse expedido la Ordenanza cuestionada, esa diligencia tampoco arroja resultados satisfactorios o favorables para las pretensiones del Municipio de marras.

Las consideraciones que anteceden demuestran que en este juicio aparece comprobada la violación de una de las normas reguladoras de la creación de un Municipio y que, en consecuencia, se impone la confirmación de la sentencia que ha sido motivo de apelación, sin que sea necesario abordar el estudio de las demás normas invocadas como violadas, puesto que debe ser integral el cumplimiento de la Ley 14 de 1969.

Y en tal virtud, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera oído el concepto fiscal y en desacuerdo con él y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Confírmase la sentencia apelada proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar el 3 de febrero de 1984.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia de que el fallo anterior lo discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día 7 de diciembre de 1988.

Samuel Buitrago Hurtado, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

MUNICIPIO.— Creación. ASAMBLEA DEPARTAMENTAL. Facultades.

Siendo los requerimientos de la Ley 14 de 1969 concurrentes, la falta de cualquiera de ellos afecta la validez de la Ordenanza que provea a la creación del nuevo municipio. En el sub lite *no se satisfizo el requisito de población mínima exigida respecto del municipio segregante.*

CONFIRMA LA NULIDAD DE LA ORDENANZA número 01 de noviembre 6 de 1979 de la Asamblea del Departamento del Cesar por medio de la cual se creó el Municipio de Bosconia.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., diecinueve de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Simón Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Proceso número 113. Demandante: José Manuel Cadavid Castaño.

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el Municipio de Bosconia (Departamento del Cesar), mediante apoderado especial, contra la sentencia de 26 de enero de 1983, por medio de la cual el Tribunal Contencioso Administrativo del Cesar, dentro del proceso originado en ejercicio de la acción de nulidad, en primer lugar declaró la nulidad de la Ordenanza número 01 de 6 de noviembre de 1979, expedida por la Asamblea Departamental, por medio de la cual se creó el mencionado municipio, y, en segundo término, denegó las demás súplicas de la demanda.

Hechos:

El Comité Pro-municipio de Bosconia solicitó al Gobernador del Departamento del Cesar su intervención ante la Asamblea para la creación de dicho municipio, pues tal aspiración se consideraba ajustada tanto a los requerimientos de la ley como a la conveniencia pública.

Ocurrió que la Oficina Jurídica del mencionado Departamento conceptuó que, para tal fin, no se cumplían las exigencias de la Ley 14 de 1969 puesto que en la documentación presentada no existía certificación sobre el número de habitantes, certificación que debía

ser expedida por el Departamento Nacional de Estadística, ni la relacionada con la residencia en el poblado de no menos de tres mil personas, y tampoco certificación sobre rentas anuales.

Sin embargo, la Gobernación del Departamento, de conformidad con la documentación que adjuntó, entre otras, solicitud de por lo menos cuatro mil ciudadanos de la región (debidamente autenticada), concepto de la Oficina Departamental de Planeación y concepto de la Contraloría, consideró de conveniencia pública la creación del Municipio de Bosconia y, en consecuencia, sometió a consideración de la Asamblea "la presente documentación que ocampaña al respectivo Proyecto de Ordenanza".

Dicha aspiración culminó con la Ordenanza número 01 de 6 de noviembre de 1979, y sancionada el 16 siguiente.

Por otra parte, se afirma en la demanda que la promulgación del acto administrativo anterior se hizo el 7 de mayo de 1980, se nombró Alcalde y el Municipio de Bosconia se inauguró el 1º de diciembre de 1979 "...y actualmente está funcionando como entidad política, social y administrativa y autónoma e independiente del Municipio de El Copey, sin lleno de las formalidades exigidas por la Ley 14 de 1969 y complementarias".

La demanda:

Como se anotó, se afirma en la demanda que la Ordenanza número 01 de 1979 tuvo vigencia y obligatoriedad, sin haber sido promulgada, a partir de 1º de diciembre de ese mismo año, "olvidándose por completo lo ordenado en los artículos 106 y 109 del Código de Régimen Político y Municipal". Y que la Asamblea del Cesar, al emitir dicho acto, desconoció la Ley 14 de 1969 en su artículo 1º, numerales 1, 2, 3, 4, 5 y 6, y también sus artículos 2º, 3º y 5º.

Decisión del Tribunal:

Consideró que la Asamblea Departamental del Cesar, al expedir el acto administrativo demandado, no tuvo en cuenta la base de población fijada por el legislador para la creación de un nuevo municipio, ni se probó que "en los tres últimos años fiscales haya aportado en rentas y contribuciones al municipio o municipios de los cuales se segrega una suma no inferior a ciento cincuenta mil pesos ($ 150.000.00) anuales y que, además, estos distritos queden cada uno con un presupuesto no inferior a doscientos mil pesos ($ 200.000.00) anuales, sin computar en dichas sumas las transferencias que reciban de la Nación y del Departamento, todo de conformidad con las certificaciones motivadas que expida la respectiva Contraloría Departamental". Tampoco, "que a juicio de los organismos departamentales de planeación, tenga capacidad para organizar un presupuesto anual no inferior a doscientos mil pesos ($ 200.000.00), sin computar las transferencias que recibe de la Nación y el Departamento". Ni que "en el poblado destinado a cabecera residan no menos de 3.000 personas, según certificado del Departamento Nacional de Estadística..." (Ley 14 de 1969, art. 1º, numerales 1, 2, 3 y 4).

Concepto del Ministerio Público:

El señor Fiscal Primero de esta Corporación, expresó:

"Examinadas las pruebas aportadas al expediente, se comprueba ampliamente que los cargos en que se basa el fallo de primera instancia están plenamente respaldados idóneamente, especialmente en los que hacen referencia al elemento población para ambos municipios.

"La Fiscalía considera que son claros y suficientes los argumentos de la providencia apelada y, por tanto, solicita al honorable Consejero que sea confirmada".

Alegatos de las partes:

1. El actor de la presente acción de nulidad, después de exponer conceptos relacionados con la estructura geopolítica de las mencionadas regiones del Departamento (El Copey y Bosconia), y después, también, de citar al tratadista argentino Sebastián Soler, vuelve a sostener, respaldando sus aseveraciones en cada uno de los documentos que sirven de prueba en este proceso, que en la expedición del acto demandado se violó el artículo 187, ordinal 4º de la Constitución Nacional, por cuanto no se llenaron estrictamente los requisitos que establece la ley; en este caso la Ley 14 de 1969, tal como lo consideró el Tribunal Administrativo del Cesar en su sentencia de 26 de enero de 1983. Y textualmente afirma:

"...el propósito del legislador no es otro que el de evitar que inconsultamente se creen entidades municipales que no respondan a los modernos conceptos de planificación, desarrollo y rentabilidad que les permita desenvolverse económicamente y proporcionar la prosperidad de partes demarcadas del territorio nacional.

"Por tal razón concreta su espíritu renovador en la Ley 14 de 1969 que constituye el basamento legal para el establecimiento, creación y regulación de dichos entes administrativos".

2. La parte recurrente considera que si la nulidad del acto demandado fue decretada por el Tribunal Administrativo del Cesar, por cuanto no se demostró mediante certificación del Departamento Administrativo Nacional de Estadística, como lo exige la Ley 14 de 1969, que los Municipios de El Copey y Bosconia, hecha la segregación, quedaban, respectivamente, por lo menos con una población de 25.000 y 20.000 habitantes, ello obedeció al hecho de que el DANE "no está en capacidad de dar esa certificación detallada"; pero que de conformidad con otros datos, como el suministrado por el Servicio Nacional de Erradicación de la Malaria (18.967 habitantes), el del Registrador del Estado Civil que certifica para las elecciones de 1984 una votación de 9.200 personas siendo la abstención normal de un 40%, y que para 1985 se han expedido 4.437 cédulas, y que están matriculados en los distintos colegios más de 2.951 estudiantes, "muestran que el Municipio de Bosconia sí tiene el número de habitantes exiigdos por la ley" (?).

En lo tocante a que no se probó que en el poblado destinado a cabecera residan por lo menos tres mil habitantes según certificación del DANE, reitera el apelante que este organismo está en capacidad de dar "certificaciones detalladas". Y agrega:

> "En la inspección judicial se allegó el dato, ya mencionado, de que en los colegios municipales de Bosconia están matriculados 2.951 estudiantes, lo que muestra que con amplitud el número de habitantes del casco urbano supera la cifra de tres mil (3.000), lo que el Tribunal no tomó en cuenta para declarar la nulidad de la Ordenanza".

También sostiene que durante la inspección judicial (fls. 50, 51 y 52, cuaderno 2) se verificó que Bosconia sí cuenta con las dependencias apropiadas para cada una de las oficinas que requiere la administración municipal.

Y termina el recurrente con la siguiente afirmación:

> "Los actos administrativos se presumen legales. Corresponde al ciudadano controvertir dicha presunción y demostrar su ilegalidad. En el caso que nos ocupa, el actor no demostró que Bosconia no tuviera los 20.000 habitantes que exige la ley y, por el contrario, en el proceso existen elementos de juicio que le permiten al juzgador en este caso deducir razonablemente que Bosconia cumple a plenitud con el requisito de población que exige la ley...
>
> "Lo dicho es suficiente para que el honorable Consejo de Estado revoque la sentencia del Tribunal Administrativo del Cesar y, por el contrario, confirme la legalidad de la Ordenanza acusada".

Consideraciones de la Sala:

Satisfechas las formalidades de la segunda instancia y corrido el traslado para alegatos, ya en posesión del concepto del Ministerio Público, es decir, encontrándose el proceso al Despacho para fallo, se produjo su destrucción. Esto motivó que, con fundamento en el Decreto legislativo 3825 de 1985, se solicitara la reconstrucción del mismo, y fue así como, surtido el trámite legal, mediante providencia de 19 de septiembre de 1986 se decretó su reconstrucción y a la vez se pidieron fotocopias autenticadas de algunos documentos.

Así las cosas, y como ya se advirtió, la Asamblea del Departamento del Cesar "en uso de las atribuciones que le confiere el ordinal cuarto del artículo 187 de la Constitución Nacional y de conformidad con lo estatuido en la Ley 14 de 1969" profirió la Ordenanza número 01 de 1979 (6 de noviembre) "por la cual se crea el Municipio de Bosconia" segregado del Municipio de El Copey, municipio "cuya cabecera será la población del mismo nombre, constituido por el Corregimiento de Loma Colorada y los caseríos y veredas de La Estación, Las Pavas, Boca de Tigre, Loma Linda, Cuatro Bocas, El Zara, Las Pailitas y Las Margaritas", según lo determina así la misma Ordenanza, la cual fija también los límites de este nuevo municipio; establece que cualquier

controversia por éstos será resuelta por la misma Asamblea, previo concepto técnico del Instituto Geográfico Agustín Codazzi; determina que el Gobernador del Departamento procederá a nombrar Alcalde Municipal, Colector de Hacienda Departamental y demás empleados de este mismo orden; que el Alcalde nombrará Tesorero y Personero hasta cuando exista el Concejo Municipal, y hasta entonces hará también la elaboración del Presupuesto de Rentas, Gastos y Asignaciones Civiles del nuevo Municipio (aprobado por el Gobernador del Departamento); ordena que el Municipio de Bosconia pagará proporcionalmente las deudas contraídas por el Municipio de El Copey (de conformidad a lo ordenado por la Ley 49 de 1931), y que pondrá en vigencia los Acuerdos que sobre impuestos y asuntos de orden fiscal y policivo rijan en este municipio, y, por último, faculta al Gobernador "para realizar las operaciones presupuestales, financieras, traslados, créditos y contracréditos en el Presupuesto Departamental, que exijan para su funcionamiento al nuevo municipio".

Conocido entonces el contenido del acto acusado, es conveniente transcribir ahora el texto constitucional anteriormente citado:

> "*Artículo 187*. Corresponde a las Asambleas, por medio de ordenanzas:
>
> "1º ...
>
> "2º ...
>
> "3º ...
>
> "4º Crear y suprimir municipios, segregar o agregar términos municipales y fijar los límites entre los distritos, llenados estrictamente los requisitos que establezca la ley".

Como en desarrollo de dicha norma constitucional se expidió la Ley 14 de 1969, el procedimiento y los requisitos exigidos en ésta eran los que debía tener en consideración la Asamblea Departamental del Cesar para la creación del Municipio de Bosconia y al momento de ocurrir ésta. Sin embargo, afirma la sentencia materia del presente recurso de apelación que la porción del territorio del Departamento del Cesar, para ser erigido municipio, no contaba a la fecha de la Ordenanza acusada, con la condición poblacional exigida en el artículo 1º de la Ley 14 de 1969, el cual determina "por lo menos 20.000 habitantes y que el municipio o municipios de los cuales se segrega quede cada uno con una población no inferior a 25.000 habitantes, según certificación detallada del Departamento Administrativo Nacional de Estadística", pues según el certificado expedido por esta entidad, la población del Municipio de El Copey (del cual se segrega) y del Corregimiento de Bosconia, era en 1979, respectivamente de 36.657 y 13.526 habitantes. Y que, además, no se probó que "en el poblado destinado a cabecera residen no menos de 3.000 personas, según certificado del Departamento Administrativo Nacional de Estadística; que existan allí mismo locales adecuados para el funcionamiento de oficinas públicas, casa municipal, cárcel, centro de salud y escuela, como mínimo, o que cuente con recursos suficientes para construirlos o que su establecimiento esté previsto en los programas nacionales, regionales o departamentales" (numerales 1 y 4 de la citada Ley).

En consecuencia observa la Sala que a través de todo este diligenciamiento existe la certificación del Departamento Administrativo de Estadística, que es la exigida por la Ley 14 de 1969, artículo 1º, ordinal 1º, sobre que los habitantes de Bosconia en 1979 eran 13.526 esto es que no se satisfacía para esa época el mínimo antes visto respecto del Municipio segregante.

Del mismo modo no quedó establecido el número de 3.000 personas mínimo que residieran en la cabecera municipal de Bosconia, pues la información de 9.497 habitantes del Servicio de Salud del Cesar comprende todo el corregimiento de Bosconia (requisito del ordinal 4º, art. 1º *ibídem*).

Acerca de la exigencia del aporte de renta y contribuciones anuales del municipio segregante ($ 150.000.00) y segregado ($ 200.000.00), no es suficiente la certificación de la Contraloría General del Departamento del Cesar que no arroja la debida claridad de datos para uno y otro, como bien la anota el Tribunal (art. 1º, numeral 2º *ibídem*).

Siendo los requerimientos de la Ley 14 de 1969 concurrentes, la falta de cualquiera de ellos afecta la validez de la ordenanza que provea a la creación del nuevo municipio.

Por último debe decirse que en el plenario existen en conexión con los requisitos de que se ha dado cuenta constancias y certificados de varias entidades con fecha posterior a la del acto impugnado y por ello no se les atribuyen valor probatorio ninguno. La controversia en todos caso versa sobre circunstancias existentes al momento de expedirse aquél y que fueron las tenidas en cuenta por la Asamblea.

Es posible que para la época en que se dicta esta sentencia Bosconia tenga los requisitos del Decreto 1333 de 1986 y Ley 14 de 1969. El Consejero ponente con motivo de la inspección judicial practicada en esa localidad advirtió la pujanza económica y espíritu emprendedor de su pueblo. Si esto es así queda el camino abonado para que sus dirigentes promuevan su creación a través de los conductos políticos regulares y competentes, esto es, su Asamblea, y entonces sí teniendo cuidado en cumplir debidamente las condiciones que la Constitución y la ley reclaman para ello.

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

Falla:

1º Confírmase la sentencia de 26 de enero de 1986 proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar.

2º Comuníquese al señor Gobernador de ese Departamento y al Presidente de la Asamblea Departamental.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de siete (7) de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

Samuel Buitrago Hurtado, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

CAPITULO II

ACTOS DE LOS GOBERNADORES

PRESUPUESTO DEPARTAMENTAL DE RENTAS E INGRESOS Y APROPIACIONES.

Eventos en que se da la repetición de éste, según el Decreto 2407 de 1981, artículo 54.

REVOCASE LA SUSPENSION PROVISIONAL del Decreto 000634 de 18 de diciembre de 1987, expedido por el Gobernador de Norte de Santander.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., ocho de julio de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Samuel Buitrago Hurtado.*

Referencia: Expediente número 855. Apelación interlocutorios. Actor: Luis Hernando Angarita Angarita.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto contra el auto de febrero 27 de 1988 dictado por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander.

Antecedentes:

En escrito presentado el 6 de febrero del año en curso, solicitó el ciudadano Luis Hernando Angarita se decrete: "Es nulo el Decreto número 000634 de 18 de diciembre de 1987, expedido por el Gobernador del Departamento del Norte de Santander, mediante el cual adopta y liquida el Presupuesto de Rentas e Ingresos y apropiaciones para la vigencia fiscal de 1988". En la misma demanda impetró el actor la suspensión provisional del acto acusado, medida que sustentó así:

"Considero que se violan estas disposiciones (arts. 51 y 54 del Decreto reglamentario 2407 —81—)de manera palmaria, puesto que la primera de ellas dispone que en caso de objeción total por parte del Gobernador del Departamento y si éstas fueron declaradas infundadas por la Asamblea Departamental, se procederá a dictar el decreto mediante el cual se dispone repetir el presupuesto de la vigencia inmediatamente anterior. La segunda disposición invocada, señala las reglas para la ejecución del presupuesto repetido, indicándose cuáles son las modificaciones que se le pueden hacer para efecto de actualizarlo y permitir la vigencia del mismo en un equilibrio fiscal". Agrega que la infracción se produjo, por cuanto el Gobernador, en lugar de

repetir el presupuesto de la vigencia del año inmediatamente anterior, procedió, mediante el Decreto acusado, a adoptar el proyecto que él mismo había presentado a la Asamblea.

Se pronunció el Tribunal del conocimiento en su providencia de febrero 26 del año que corre, admisoria de la demanda, decretando la suspensión provisional del acto acusado, al acoger en un todo los planteamientos del actor, decisión que motivó así: "...es palmaria la violación de las normas articuladas en los números 51 y 54 del Decreto reglamentario 2407 de 1981, ya que, el Ejecutivo departamental adoptó por decreto el Presupuesto de Rentas e Ingresos y Apropiaciones para la vigencia fiscal del primero (1º) de enero al treinta y uno (31) de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988) el proyecto de ordenanza que él mismo presentó a la Asamblea Departamental, y que fue objetado por él por inconstitucional; y no el presupuesto del año inmediatamente anterior, es decir, el presupuesto de 1987, como lo ordena la ley".

Contra la anterior decisión interpusieron recurso de apelación el señor Gobernador del Departamento Norte de Santander y el ciudadano Elías Jaimes Castillo, a quien se le reconoció el carácter de parte impugnadora. Decide al respecto la Sala, previas las siguientes

Consideraciones:

Como ya se anotó, denunció el demandante, para efectos de la medida cautelar en estudio, el manifiesto quebranto de los artículos 51 y 54 del Decreto 2407 de 1981, normas que efectivamente consideró vulneradas el *a quo* al decretar la suspensión provisional del acto acusado. Rezan pues las normas en estudio:

"Artículo 51. Objeción total. Si la jurisdicción contencioso administrativa declara ilegal o inconstitucional la ordenanza de presupuesto, regirá para la respectiva vigencia el presupuesto del año anterior, con las modificaciones que se le introduzcan conforme al presente Decreto".

"Artículo 54. Repetición por no presentación o por objeción total. Si el proyecto de presupuesto no fuere presentado por el gobierno departamental dentro del término legal, o si la ordenanza hubiere recibido objeción total de acuerdo con lo previsto en el artículo 51 del presente Decreto, regirá para la respectiva vigencia, el presupuesto del año anterior, conforme a lo establecido en los artículos siguientes".

La simple lectura de las dos disposiciones transcritas arroja la conclusión de que ellas regulan situaciones distintas a las que plantea la demanda y por las cuales se depreca la nulidad del acto acusado. Nótese cómo el artículo 54 en comento prevé la repetición del presupuesto en dos eventos claramente especificados: 1º No presentación del proyecto de presupuesto dentro del término legal; 2º Objeción total (declaración de ilegalidad o de inconstitucionalidad), por parte de la jurisdicción contencioso administrativa, de la ordenanza de presupuesto. Y en el caso de autos no se da ninguna de las eventualidades descritas. La realidad de lo acontecido, según la evidencia que arroja el expediente, fue que el Gobernador objetó la ordenanza aprobatoria

del presupuesto, que aún el Tribunal Administrativo no se ha pronunciado al respecto según la previsión del artículo 49 del Decreto 2407 de 1981, por lo cual el Jefe de la Administración Departamental procedió a dictar el Decreto 834 de 18 de diciembre de 1987.

Así las cosas, ha de concluirse que no se aprecia la violación ostensible, *prima facie,* de las normas denunciadas por el actor, vale decir, no se dan los presupuestos exigidos por el inciso segundo del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo para el éxito de la medida de que se trata.

Asiste por consiguiente plenamente la razón a los recurrentes, quienes en sus respectivos escritos sustentatorios han plasmado similares planteamientos a los aquí expuestos, debiéndose por lo mismo revocar en su integridad la providencia apelada.

En virtud de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

Resuelve:

Revócase el numeral 2º de la parte resolutiva del auto de 27 de febrero de 1988 por el cual el Tribunal Administrativo del Departamento Norte de Santander decretó la suspensión provisional del acto acusado en el presente proceso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

La providencia anterior la discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día 7 de julio de 1988.

Samuel Buitrago Hurtado, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Ausente con excusa; *Simón Rodríguez Rodríguez.*

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

NORMATIVIDAD SUSTANTIVA.—

Precisan las relaciones que surgen entre administrados y la administración y en ese sentido puede decirse tienen por objeto la determinación de los derechos y la imposición de las obligaciones.

PERSONAL DOCENTE. Incompatibilidades.

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., ocho de julio de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente número 2119. Recurso extraordinario de anulación. Actor y recurrente: Luis Carlos Sebá Meza.

Se decide el recurso extraordinario de anulación interpuesto por el señor apoderado de la parte actora en el proceso de restablecimiento del derecho que se adelantó en el Tribunal Administrativo de Sucre contra el Decreto número 595 de 1984 —27 de septiembre—, de la Gobernación del Departamento aludido y que culminó con la sentencia de única instancia calendada a siete (7) de abril de mil novecientos ochenta y seis (1986), la que se encuentra debidamente ejecutoriada y que aquí se impugna.

El pronunciamiento judicial acusado expone lo siguiente:

"Estudiado el proceso, se observa que si bien es cierto que el artículo 10 del Decreto 386 de 1980, y el artículo 12 del Decreto 329 de 1981 fueron declarados inexequibles mediante sentencias de fechas julio 17 de 1980 y septiembre 24 de 1981, respectivamente, dictadas por la honorable Corte Suprema de Justicia, por haberse excedido en ambos casos el señor Presidente de la República en el uso de las facultades que le había conferido la ley, también hay que tener en cuenta que están vigentes, tanto el artículo 164 de la Constitución Nacional como el Decreto 1042 de 1978, que en su artículo 32 dice textualmente: 'De la prohibición de recibir más de una asignación. 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 instituciones en que tenga parte principal el Estado, ya sea en razón de contrato, de comisión o de honorarios'.

" 'Se exceptúan de la prohibición contenida en el presente artículo, las asignaciones que a continuación se determina: 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*' (Subraya el Tribunal).

"También se encuentra en plena vigencia por no haber sido llamado por los medios legales, el artículo 9º del Decreto 294 de 1983, que a la letra dice: 'Ninguna autoridad educativa podrá ordenar un nombramiento de tiempo completo en favor de personas que estén percibiendo remuneraciones por el desempeño de otro cargo de tales características'.

"Las disposiciones transcritas están en un todo acordes con el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del honorable Consejo de Estado de fecha 20 de noviembre de 1975, que sostiene: 'Primero: Un profesor de enseñanza media, nombrado de tiempo completo en un plantel o colegio de la Nación, el Departamento o el Distrito Especial de Bogotá, no puede devengar simultáneamente otro u otros sueldos de tiempo completo por nombramiento hecho en otro u otros planteles o colegios de la Nación, el Departamento y el Distrito Especial de Bogotá; Segundo: Un profesor o maestro no puede devengar dos o más sueldos del Tesoro Público por nombramiento de tiempo completo en establecimientos de la Nación, el Departamento, el Distrito Especial de Bogotá o los Municipios. Tercero: ... Cuarto: Quien rebasa en forma permanente el límite de la jornada normal de trabajo, afecta el límite de la competencia, porque descuida las obligaciones de las jornadas a su cargo o crea impuntualidad en el cumplimiento de sus deberes'.

"Para la Sala, la declaratoria de insubsistencia contenida en 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, 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 por el desempeño de cargos de tiempo completo.

"Observa el Tribunal que el apoderado del actor en forma inexplicable no se refiere en la demanda al otro cargo desempeñado por su cliente, el cual sólo viene a conocerse cuando, a solicitud de apoderado de la Administración Departamental, se allega al expediente, un oficio suscrito por el Rector del Colegio

Nacional Simón Araújo de Sincelejo (fl. 31) en el que se afirma 'que el señor Luis Carlos Sebá Meza ocupa desde tiempo atrás el cargo de profesor de tiempo completo y se desempeña en la jornada vespertina', quedando en esa forma establecido el ejercicio de ambos cargos de tiempo completo, echado de menos por el apoderado en el libelo: Uno en el Colegio de Bachillerato 'Víctor Zubiría' del Municipio de Colosó y el otro en el Colegio 'Simón Araújo' de esta ciudad.

"Considera el Tribunal que con la norma acusada no se violó el Decreto 2277 de 1979, o Estatuto Docente en sus artículos 28, 31 y 55 puesto que al actor no se le ha desvinculado totalmente del servicio, ni mucho menos se la ha excluido del escalafón como tampoco se le ha negado el derecho de defensa, ya que las pruebas aportadas, se sabe que en la actualidad sigue como profesor de tiempo completo en el Colegio Simón Araújo, escalafonado en el séptimo grado, y como su desvinculación no se produjo como sanción, no fue necesario adelantarle proceso disciplinario dentro del cual se le debe oír en descargos, sino, como se dejó sentado, fue la rectificación de un yerro de la administración, corregido por los medios legales.

"De otra parte, es entendido que el hecho de estar escalafonado el docente, lo protege de ser destituido del cargo que ocupa, siempre y cuando haya llegado a él, en forma legal, pero no así si está desempeñándolo ilegalmente, como en el presente caso en que el primer cargo, es decir, el de profesor en el 'Simón Araújo' lo ejercía legalmente, mientras que no se puede afirmar lo mismo del segundo, como profesor en el Colegio 'Víctor Zubiría' al que llegó con violación de las disposiciones del artículo 64 de la Constitución Nacional y de los Decretos 1713 de 1960, artículo 1º; Decreto 1042 de 1978, artículo 32 y Decreto 294 de 1983, artículo 9º, y en consecuencia no puede sostenerse en este caso, que esté cobijado por la estabilidad relativa propia del profesor escalafonado.

"Por lo expuesto anteriormente, el Tribunal Contencioso Administrativo de Sucre, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

"Resuelve:

"Deniéganse las súplicas de la demanda" (fls. 13 a 15).

Del cuaderno en que se tramitó el asunto, se extraen los apartes principales de la salvedad de voto del Magistrado Leopoldo Domínguez Salcedo, para mayor claridad de lo que ha de resolver la Sala:

"La legislación de nuestro país en materia educativa es completa y abundante, inspirada a reglamentar, dirigir e inspeccionar la instrucción pública nacional, consagrada en el numeral 12 del artículo 120 de la Constitución Nacional, como un privilegio de excepción para los dedicados a los sagrados servicios de la enseñanza en sus distintas facetas.

"De ahí que en el campo de la administración pública sean los maestros los únicos servidores o empleados públicos acreedores de múltiples prebendas y con un estatuto legal que les regula su ejercicio, protege su estabilidad laboral y les garantiza su ascenso, con una desigualdad favorable respecto a los demás funcionarios de la administración, pues para el empleo común, la protección es muy relativa y para el educador de legislación especial les asegura no sólo protección laboral, sino atribuciones de percibir más de un sueldo oficial.

"La Constitución Nacional de conformidad con su artículo 64, pregona que 'nadie podrá percibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, salvo lo que para casos especiales determinen las leyes. Entiéndese por Tesoro Público el de la Nación, los Departamentos y los Municipios'. Sin embargo como casos especiales encontramos el Decreto 1713 de 1960 y la Ley 1ª de 1963, que en su artículo 1º dice que '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 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'.

"Por su parte el Decreto 2277 de 1979 al institucionalizar la carrera docente, la definió y la rodeó de varias prerrogativas. En su artículo 27 estableció: 'Gozarán de los derechos y garantías de la carrera docente, los educadores oficiales que estén inscritos en el escalafón docente, sean designados para un cargo docente en propiedad y tomen posesión del mismo'. Y en cuanto a la estabilidad consagró el artículo 28: 'El educador escalafonado al servicio oficial no podrá ser suspendido o destituido del cargo sin antes haber sido suspendido o excluido del escalafón, sino por ineficiencia profesional o mala conducta comprobada, en los términos establecidos en el Capítulo V. Constituyen excepción a esta norma general los casos contemplados en los artículos 29 y 30 del presente estatuto', que tratan de la destitución por orden de autoridad competente y la suspensión del cargo sin suspensión del escalafón.

"En este orden de ideas, encontramos el artículo 68 del mismo estatuto, que establece que el retiro del servicio sólo puede producirse por renuncia, por invalidez absoluta, por edad, por destitución o por insubsistencia del nombramiento cuando se trate de persona sin escalafón o del caso previsto en el artículo 7º, es decir, cuando el nombramiento resulte ilegal por no cumplir con las estipulaciones fijadas en los artículos 5º y 6º, pudiendo declararse nulo por la jurisdicción contenciosa administrativa, e insubsistente por la autoridad nominadora.

"Pues bien, en el caso de estudio se ha demostrado que el demandante profesor Luis C. Sebá Meza, se encuentra escalafonado según Resolución número 0196 de 24 de marzo de 1983 emanada de la Junta Seccional de Escalafón de Sucre y fue de-

clarado insubsistente por doble vinculación, una en el Colegio Nacional Simón Araújo de Sincelejo y la otra en el Colegio de Bachillerato 'Víctor Zubiría' de Colosó alegándose en dicho decreto (el acusado Decreto 595 de septiembre 1984), ilegalidad en el nombramiento que se le había hecho para prestar servicios como profesor de tiempo completo en el último colegio anotado.

"Son varias las causas que se consignan en el Decreto cuestionado. El concepto de la oficina jurídica que plantea el caso en el sentido de prohibirle al educador de tiempo completo recibir dos sueldos, como también de que ninguna autoridad educativa podrá ordenar un nombramiento docente de tiempo completo de personas que estén percibiendo remuneraciones por el desempeño de otro de tales características, y concluye diciendo 'que la autoridad nominadora cuando tenga conocimiento de la ilegalidad de nombramientos hechos, deberá declarar la insubsistencia, so pena de incurrir en causal de mala conducta'.

"Para el Tribunal la insubsistencia así declarada no era procedente aplicarla, porque aunque es evidente que la Constitución Nacional en su artículo 64, prohíbe el recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, no es menos evidente, que la misma norma establece salvedades como aquellas de que para remover empleados oficiales docentes no pueda ejercerse sino dentro de los parámetros que regulan la carrera docente (arts. 27, 28, 31, 36 y 38 del Decreto 2277 de 1979).

"En cuanto a la prohibición de nombrar educadores que estén recibiendo remuneraciones por otros cargos y de la facultad de declaratorias de insubsistencias, tampoco es aplicable al caso de autos, pues el error de la administración no puede atribuírsele a quien tuvo participación en dicho nombramiento que ya en ejercicio del cargo, debía someterse a la administración a demandar su propio acto, pero no a persona que poseía título docente e inscrito en el escalafón, y por lo tanto no incurso en el artículo 5º del decreto docente para quienes si era o es viable la declaratoria de insubsistencia, conforme lo dispone el artículo 7º" (fls. 50 a 52, cuaderno segundo).

Acerca de los cargos formulados por el recurrente, ellos fueron concretados así:

"Cargo primero. La sentencia, cuya anulación se persigue con el presente recurso extraordinario, es violatoria del actual Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), en sus artículos 66, 69 y 73, por falta de aplicación.

"A. *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:

"'Por suspensión provisional.

"'2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho.

"'3. Cuando al cabo de 5 años de estar en firme la Administración no ha realizado los actos que le corresponde para ejecutarlos.

"'4. Cuando se cumpla la condición resolutoria en que se encuentra sometido el actor.

"'5. Cuando pierdan su vigencia'.

"La sentencia impugnada, en la parte final de la hoja número tres, correspondiente también a las consideraciones del Tribunal, 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 deblemente 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 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 sus propios errores, pero omite en la sentencia que para corregir esos yerros, la misma ley fija 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 debidamente posesionado; 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 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 sino trasladando la facultad jurisdiccional que tiene el Tribunal al Gobernador del Departamento. Porque, aunque el decreto de insubsistencia cuya nulidad se solicitó, aunque no lo diga, lo que está haciendo es partir de la base de que 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 solamente 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, 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 inciden 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 200 de 1981, mediante el cual el actor fue nombrado como profesor en el Colegio Víctor Zubiría de la ciudad de Colosó (Sucre), que es *anterior a la vigencia del artículo 9º del Decreto 294 de 1983,* en el cual se apoya la sentencia impugnada para decir que es ilegal, crea una situación jurídica particular y concreta en cabeza del profesor Luis Carlos Sebá Meza, 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 declaró insubsistente a mi mandante y que tácitamente revocaba el Decreto 200 de 1981, emanado también de la Gobernación 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 la bancarrota y el atraso 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 protección de la Constitución Nacional, especialmente, para el caso, el 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

Víctor Zubiría no surgió del docente declarado insubsistente, sino de la Administración; y este acto no se puede imputar al docente. Y es que al tenor de lo dispuesto en el artículo 73 del Código Contencioso Administrativo, ningún educador puede ser declarado insubsistente sin su consentimiento, salvo los casos contemplados en el Estatuto Docente.

"*Cargo segundo.* Violación de los artículos 28, 31 y 55 del Decreto 2277 de 1979 por falta de aplicación.

"*A. Artículo 28, 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 al proceso, el profesor Luis Carlos Sebá Meza está inscrito en el Escalafón Nacional, en el grado 7º, al 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, 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 solo; y no se puede estar escalafonado con respecto a un cargo y no con respecto al otro, si a ambos cobija tal escalafón; son inaceptables, por estar fuera de toda lógica, las razones expuestas por el Tribunal en su sentencia de que el educador continúa vinculado al servicio y escalafonado después de haber sido ilegalmente declarado insubsistente del otro cargo; indudable que con tal insubsistencia fue lesionado en su estabilidad.

"*B. Artículo 31, 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, 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 en la sentencia.

"Para concluir con el cargo segundo planteado, 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 rama la que dejara sin validez el nombramiento del actor, tal como lo deja sentado el doctor Leopoldo Domínguez, Magistrado del Tribunal Contencioso Administrativo de Sucre, 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, 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 lo que para los casos especiales determinen las leyes...'

"B. *Artículo 32, 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 de contrato, de comisión o de honorarios'.

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

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

"C. *Artículo 1º, inciso b), Decreto 1713 de 1960.*

" 'Nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público o de empresas o de instituciones en que tenga parte principal el Estado salvo las excepciones que se determinan a continuación: ...a) ...b) ...Profesionales con título universitario, hasta por dos cargos...'

"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 estaba 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 mi concepto, considero que la sentencia ha interpretado erróneamente el contenido de las normas que considero violadas en el cargo tercero. Y hago 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 en el mismo artículo 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 no lo sean de tiempo completo; pero a su vez el Decreto 1713 de 1960, artículo 1º, literal b) prescribe una excepción: Y es que sí puede ser de tiempo completo o 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 Luis Carlos Sebá Meza es Licenciado en Química, tal como lo demuestra el grado del escalafón en que se encuentra.

"Por otra parte, y esto es muy importante tenerlo en cuenta para interpretar objetivamente las normas que regulan esta materia, que el concepto de tiempo completo o de jornada completa existente en la rama docente, no es la del mismo que se tiene para otras ramas de la administración pública; porque mientras que la jornada completa normal es de 8 a 12 m. y de 1 a 6 p.m., o de jornada continua, según el caso, pero de 8 horas diarias, 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 que se cruzaran los horarios del docente; pero en la actualidad, que existan 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 confirmada por el honorable Consejo de Estado en septiembre 11 de 1979, manifestó: 'Porque mientras no existe 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 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 condiciones (sic) 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 que se presentó para que se declarara nulo el Decreto 595 de septiembre 27 de 1984, que declaró insubsistente a mi mandante, y que terminó con sentencia desestimatoria de tales pretensiones, repito, que esa demanda no se fundamentó en que el doble ejercicio del cargo fuese o no legal; sino en el hecho de que el profesor fue declarado insubsistente sin llenar los requi-

sitos exigidos por la ley para los docentes escalafonados, tales como los prescritos en el Decreto 2277 de 1979, actual Estatuto Docente, especialmente en sus artículos 28, 31 y 55, y en los artículos 66 y 73 del Código Contencioso Administrativo, o sea el Decreto 01 de 1984. Y éste es precisamente el concepto que ha dejado claro el honorable Consejo de Estado en varios fallos de casos similares.

"En atención a todo lo anterior, solicito la anulación de la providencia que recurro en forma extraordinaria, y que se me concedan las súplicas de la demanda que dio origen al proceso" (fls. 4 a 10, cuaderno principal).

El concepto emitido oportunamente por la señora Fiscal Quinta de la Corporación, dice a la letra:

"Se solicitó en la demanda la nulidad del Decreto número 595 de 27 de septiembre de 1984 expedido por la Gobernación del Departamento de Sucre mediante la cual fue declarado insubsistente el señor Luis Carlos Sebá Meza en el cargo de profesor de tiempo completo del Colegio de Bachillerato 'Víctor Zubiría' de Colosó (Sucre).

"El Tribunal Administrativo de Sucre en sentencia de 7 de abril de 1986 negó las súplicas de la demanda aduciendo que no se había configurado violación de las normas legales citadas en la demanda, pues al actor no se le había desvinculado del servicio ni excluido del escalafón.

"Señaló también el honorable Tribunal que el acto acusado se produjo para rectificar una equivocación en que había incurrido la administración al nombrar en otro cargo al docente Sebá Meza.

"Contra dicha sentencia se formulan los siguientes

"CARGOS:

"1. Violación por falta de aplicación de los artículos 66, 69 y 73 del Código Contencioso Administrativo.

"2. Violación por falta de aplicación de los artículos 28, 31 y 55 del Decreto 2277 de 1979.

"3. Violación por interpretación errónea del artículo 64 de la Constitución Nacional y del artículo 32 del Decreto 1042 de 1978, y artículo 1º, literal b) del Decreto 1713 de 1960.

"En cuanto al primer cargo el señor apoderado del recurrente señala el contenido de las normas que considera violadas y afirma que el Tribunal en la sentencia recurrida lo que hizo fue refrendar un abuso de autoridad cometido por el señor Gobernador del Departamento de Sucre, quien declaró la insubsistencia del señor Sebá Meza sin observar los requisitos que para ello establece el Estatuto Docente.

"Que el Tribunal partió de la base que el nombramiento hecho al actor era ilegal, pero que tal ilegalidad no ha sido declarada por la jurisdicción contencioso administrativa.

"Que con el nombramiento que se había hecho por medio del Decreto número 200 de 5 de marzo de 1981 proferido por el señor Gobernador del Departamento, se había creado una situación jurídica particular y concreta en favor del actor; que por tanto el Tribunal al negar la declaratoria de nulidad del Decreto 595 de 27 de septiembre de 1984 dejó de aplicar el artículo 73 del Código Contencioso Administrativo, pues no se había obtenido el consentimiento previo del docente Sebá Meza para que se revocara el nombramiento aludido.

"En relación al segundo cargo se dice que está suficientemente probado que el recurrente estaba inscrito en el Escalafón Docente, y que al no declarar el Tribunal la nulidad del acto acusado se violó el artículo 28 del Decreto 2277 de 1979, pues el actor no fue excluido del Escalafón antes de la declaratoria de insubsistencia.

"Que igualmente se violaron los artículos 31 y 55 del Decreto 2277 de 1979, el primero en cuanto establece el derecho de los docentes a permanecer en sus cargos mientras no hayan sido excluidos del Escalafón o no hayan alcanzado la edad de retiro forzoso y el segundo que consagra el derecho de defensa.

"En el tercer cargo, después de señalar el contenido de las normas consideradas como violadas, el señor apoderado del recurrente dice que el fundamento de la sentencia del Tribunal se encuentra en que el señor Sebá Meza se desempeñaba como profesor de tiempo completo en dos planteles oficiales, y que por consiguiente se violaban los artículos 64 de la Constitución Nacional y 32 del Decreto 1042 de 1978. Que igualmente se afirmó que el Escalafón sólo protege a los docentes cuyo nombramiento haya sido legal.

"Se dice entonces que la sentencia recurrida interpretó erróneamente el contenido de las normas citadas como violadas, pues aunque el artículo 64 de la Constitución Nacional, prohíbe percibir más de una asignación así mismo prevé excepciones, y que en el caso de los docentes éstas se encuentran en los Decretos 1042 de 1978 y 1713 de 1960.

"Finalmente se afirma que el concepto de jornada o tiempo completo para los docentes no es el mismo que se aplica en las otras ramas de la administración pública, y que por tanto los docentes sí pueden trabajar dos jornadas completas siempre que no se interpongan los horarios.

"Después de analizar los planteamientos del recurrente estima la Fiscalía que en el caso de autos no se da violación directa de normas constitucionales, ni de normas legales sustantivas.

"Es ya jurisprudencia suficientemente conocida y reiterada la que señala que el recurso 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 Sebá Meza 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 el 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. 25 a 28).

Para resolver,

Se considera:

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 qué circunstancia puede revocar sus propias decisiones. Y el artículo 73, por último, trata de cómo 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 precisan 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 llegar 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 recíprocas. 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 595

de 1984, la Gobernación de Sucre declaró insubsistente el nombramiento hecho al profesor Luis Carlos Sebá Meza —por Decreto 200 de 1981— como docente de tiempo completo en el Colegio "Víctor Zubiría", de Colosó, 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 Sebá Meza del cargo de docente de tiempo completo en el colegio de Colosó, la Administración así procedió por ser manifiesta la oposición de dicho nombramiento con disposiciones constitucionales y legales, causal de revocación.

Igualmente, aunque no lo exprese, sin duda desaparecieron los eventuales fundamentos de hecho o de derecho que respaldaban la permanencia en el cargo del profesor Sebá, 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 2227 de 1979 por falta de aplicación. Aquel 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.

Mas 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 oíga 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 por qué 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 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 estos sí 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 ocho 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 ostenten "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";

c) 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 claro 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 departamentos 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 mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

No prosperan los cargos formulados contra la sentencia de siete (7) de abril de mil novecientos ochenta y seis (1986) dictada por el Tribunal Administrativo de Sucre en este asunto y, por consiguiente, deniégase la solicitud de anulación contra la misma.

No se condena en costas por no haberse causado.

Cópiese, notifíquese y devuélvanse los autos al Tribunal de su origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 1º de julio de 1984.

Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Claro Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

NACIONALIZACION DE LA EDUCACION.— Efectos.

Los docentes oficiales, por mandato de la Ley 43 de 1975, quedaron incorporados a la estructura de la Administración a nivel nacional y, por ende, desde entonces, es privativo del Congreso fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de estos docentes, así como el régimen de sus prestaciones sociales, por ser empleados del orden nacional.

SUSPENDE PROVISIONALMENTE EL DECRETO 0182 de abril 6 de 1982, expedido por el Gobernador del Quindío "por el cual se reconoce un derecho al Magisterio de Secundaria del Departamento".

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

Consejero ponente: *Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

Proyectó: *Doctor José Alberto Roldán B.* Magistrado Auxiliar.

Referencia: Expediente número 2798. Apelación Interlocutorios. Actor: Jairo Arbeláez Arias.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el accionante contra el auto de 20 de abril de 1987, proferido por el Tribunal Administrativo del Quindío, con el fin de que éste se revoque en cuanto niega la solicitud de suspensión provisional del acto acusado.

El *a quo* se pronunció al respecto en los siguientes términos:

"A través de las extensas disquisiciones hechas por el demandante, para tratar de establecer la manifiesta y flagrante violación por parte del acto acusado de la gran variedad de normas que cita en el libelo de demanda, no encuentra el Tribunal que a simple vista y sin necesidad de efectuar el más mínimo razonamiento, aparezca de bulto la requerida transgresión para que prospere la medida provisoria solicitada. Es decir, no es abiertamente ostensible el choque existente entre los dispositivos legales citados por el actor y el proceder del mandatario seccional al expedir el decreto demandado, pues para tratar de dilucidar en forma positiva y concreta la aseveración del libelista, es menester entrar a estudiar una por una las atribuciones de que está investido el gobernador cuando de asuntos salariales y prestacionales del sec-

tor docente se trate, al igual que precisar qué cámpos o materias le son delegables por el señor Presidente de la República, así como también definir las facultades que en esta materia tienen las Dumas departamentales y las posibles autorizaciones que éstas en tal sentido pueden dar al ejecutivo departamental, cuestiones todas estas que no es viable tratar de precisarlas en el momento de decidir la suspensión provisional pretendida.

"La transgresión de la norma o normas ha de ser tan protuberante y palpable, que únicamente debe bastar su simple comparación con el acto demandado, para que salte de bulto su contradicción, cuestión esta que la Corporación considera no se presenta en el caso de autos con la precisión y seguridad alegada por el demandante.

"Solamente en la sentencia que ponga fin a la *litis*, se podrá hacer el extenso estudio requerido para tratar de precisar la nulidad del acto acusado.

"Fuera de lo anterior, también se hace necesario entrar a estudiar las prerrogativas y facultades otorgadas a los Gobernadores antes y después de la nacionalización de la educación, asunto tampoco permitido en esta providencia" (fls. 34-35).

Alega el apelante:

"Fundamento mi inconformidad en el hecho de que el acto demandado es manifiestamente violatorio de disposiciones constitucionales y legales, sin que para precisar tal circunstancia sea necesario un examen profundo y detallado, pues basta cotejarlo con los ordenamientos superiores, como pasamos a ver:

"El Gobernador del Quindío, por medio del acto que se demanda y del que se solicita se decrete al suspensión provisional, ordenó el pago y reconocimiento de asignaciones salariales y prestacionales al personal docente, que se encuentra *nacionalizado* a partir de la Ley 43 de 1975, correspondiendo tal atribución al Congreso, por medio de leyes, de acuerdo al numeral 9º del artículo 76 de la Carta" (fl. 39).

Más adelante y luego de transcribir apartes jurisprudenciales, agrega:

"Lo que se expuso en la argumentación que sirvió de sustento a la solicitud de suspensión provisional del acto atacado, no es nada diferente a lo considerado en las providencias comentadas y lo expuesto por el Tribunal al decir que habría que examinar las facultades y funciones de los Gobernadores y los actos presidenciales que les han sido delegados, no puede tener cabida, pues ello equivaldría a presunciones de funciones y no se ve la razón para que deba examinarse la multiplicidad de manuales de funciones de los empleados públicos, para llegar a la conclusión de que no han sido delegadas.

"Es cierto de que de la multiplicidad de normas que se invocan como violadas con la expedición del acto acusado, no en todas se ve la violación tan clara y manifiesta, pero es suficiente

para que se decrete la suspensión provisional, la carencia de competencia del Gobernador para expedir esta clase de actos y para ello, basta observar la facultad constitucional del Congreso de señalar salarios y prestaciones a los servidores del Estado y el carácter nacional de la educación que le impartió la Ley 43 de 1975.

"Si ni siquiera las Asambleas Departamentales tienen la atribución de regular lo relacionado con salarios y prestaciones de los maestros, como se expresó en el auto comentado, menos pueden tener esa atribución los Gobernadores, por lo que salta la violación más de bulto y en forma más flagrante" (fl. 41).

Entre las varias normas que considera violadas con el acto que enjuicia, el demandante cita los artículos 1º, 2º, 3º, 6º, 11 (literal b) y 14 de la Ley 43 de 1975 (fl. 7).

Al sustentar en el libelo la solicitud de suspensión, en relación con la Ley en cita, expresa:

"No puede entonces ser objeto de discusión el hecho de que la educación se nacionalizó a partir de la expedición de la Ley 43 de 1975 y la errónea tesis de sus perfeccionamiento hasta que se cumpliera el proceso de pagos quedó también sepultada con la sentencia comentada, pues la ley no condicionó la nacionalización al cumplimiento de requisitos, ni dio la opción de que se aceptara o no por las entidades territoriales. Y entendiéndose la educación nacionalizada, mal podía el Gobernador por medio del decreto cuya suspensión provisional se solicita, regular asuntos prestacionales y ordenar el pago de subsidio familiar con cargo al Departamento, en uso de sus atribuciones legales y no como agente del poder Central, clara resulta entonces la violación del artículo primero de la Ley 43 de 1975, mas si se tiene en cuenta que en tales asuntos, los Gobernadores sólo conservaron la potestad nominadora como ejecutores de las decisiones de las juntas administradoras de los FER.

"

"La facultad de fijar salarios y prestaciones sociales a los empleados nacionales la tiene el Congreso por expresa disposición del numeral 9º del artículo 76 de la Constitución Nacional y por ello en el literal b) del artículo 11 de la Ley 43 de 1975, se concedieron facultades extraordinarias al Presidente de la República para 'establecer el régimen salarial *y de prestaciones sociales* del mismo personal docente', sin que sea dable a los Gobernadores, modificar o regular por encima de la ley el régimen que se señale, circunstancia reglada determinantemente en el artículo décimo del Decreto extraordinario 715 de 1978 titulado como 'de la prohibición de modificar el régimen salarial y *prestacional*', cuyo texto expresa: 'El régimen de remuneración y el correspondiente a *prestaciones sociales* del personal docente a que se refiere el presente decreto *no podrá ser modificado por las autoridades departamentales*, intendenciales, comisariales, del Distrito Especial de Bogotá, ni por las juntas administradoras de los fondos educativos regionales' (Ninguna de las rayas son de los tex-

tos) (sic). Podría pensarse que en el acto acusado no se está modificando el régimen de prestaciones sociales de los educadores, puesto que sólo se ordena el reconocimiento y pago del subsidio familiar determinado en la ley, pero ha de advertirse que al hablarse de 'régimen' debe entenderse no sólo el monto, sino el procedimiento, los mecanismos, la competencia, las inhabilidades, los requisitos y todo lo relacionado con la materia y en tan cuestionado acto se ha variado el procedimiento señalado en la Ley 43, el Gobernador se ha atribuido funciones propias del Congreso y del Gobierno nacional facultado para ello y ha descargado sobre el tesoro departamental una obligación que la ley ha reservado a la Nación y ha ejercido facultades de las que la Constitución otorga al Presidente de la República en el numeral 8º del artículo 118 que no es más que consecuencia del numeral 12 del artículo 76 de la Carta, norma que también se entiende violada. Debe agregarse la violación del artículo 12 del Decreto extraordinario 102 de 1976, que no hace más que reiterar el carácter nacional del régimen salarial y prestacional de los docentes. Se agrega la motivación errónea al hacer prevalecer una norma reglamentaria sobre la reglamentada (Ley 43 de 1975) con la invocación de un texto diferente al expresado en la ley, lo que condujo a una decisión con manifiesto desvío de poder, pues al haberse respetado el tenor literal de la norma superior y hacerla prevalecer sobre la norma reglamentaria, no tendría porque resolverse como se hizo.

"La violación de normas superiores con la expedición del decreto demandado es manifiesta, clara, ostensible, expresa y bastaría sólo la Ley 43 de 1975 para su suspensión provisional y su declaratoria de nulidad, pero a más de esa ley de nacionalización, se han usurpado funciones, violado procedimientos, atribuido competencias, comprometido el tesoro departamental, violado prohibiciones, desconocido presupuestos, es decir, se obró por parte del Gobernador en forma irresponsable, con violación del artículo 20 de la Carta que hace responsables a los funcionarios por violación de la Constitución y las leyes" (fls. 26, 27 y 28).

Para resolver, se considera:

Razón le asiste al apelante cuando afirma que la educación oficial primaria y secundaria, se *nacionalizó* a partir de la expedición de la Ley 43 de 1975. Ello es tan obvio que hasta en el propio encabezamiento de la ley se expresa:

"Por la cual se nacionaliza la educación primaria y secundaria que *oficialmente* vienen prestando los Departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, los Municipios, las Intendencias y Comisarías..."

En desarrollo de este objetivo, la Ley en su artículo primero, dispuso:

"La educación primaria y secundaria oficiales serán un servicio público a cargo de la Nación.

"En consecuencia, los gastos que ocasione y que hoy sufragan los Departamentos, Intendencias y Comisarías, el Distrito Especial de Bogotá y los Municipios, serán de cuenta de la Nación, en los términos de la presente Ley.

"*Parágrafo.* El nombramiento del personal en los planteles que se nacionalizan por medio de esta Ley, o se hayan nacionalizado anteriormente, continuará siendo hecho por los funcionarios que actualmente ejerzan dicha función".

Y en su artículo segundo, inciso 1º:

"Las prestaciones sociales del personal adscrito a los establecimientos que han de nacionalizarse y que se haya causado *hasta el momento de su nacionalización,* serán de cargo de las entidades a que han venido perteneciendo o de las respectivas Cajas de Previsión".

O sea que, a partir de la vigencia de esta ley, los costos y gastos de la educación primaria y secundaria oficiales quedaron en su totalidad a cargo de la Nación.

Por otra parte, en el literal b) del artículo 11, señala:

"De conformidad con lo previsto en el numeral 12 del artículo 76 de la Constitución Nacional, revístese al Presidente de la República por el término de doce (12) meses, contados a partir de la promulgación de esta ley, de precisas facultades extraordinarias para:

"...

"b) Establecer el régimen salarial y prestacional del mismo personal docente".

Corrobora este literal el principio contenido en el artículo primero arriba citado.

Por lo tanto, los docentes oficiales, por mandato de la Ley 43 de 1975, quedaron incorporados a la estructura de la administración a nivel nacional y, por ende, desde entonces, es privativo del Congreso el fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de estos docentes, así como el régimen de sus prestaciones sociales, por ser empleados del orden nacional, de conformidad con la atribución 9ª que la Constitución Nacional confiere en su artículo 76, la que es del siguiente tenor:

"Corresponde al Congreso hacer las leyes.

"Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones:

"...

"9ª Determinar la estructura de la administración nacional mediante la creación de ministerios, departamentos administrativos y establecimientos públicos, y fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, así como el régimen de sus prestaciones sociales".

En el *sub lite* se tiene que el Gobernador del Departamento del Quindío, diciendo obrar "en uso de sus atribuciones legales", expidió el Decreto número 0182 de 6 de abril de 1982, "por el cual se reconoce un derecho al Magisterio de Secundaria del Departamento" (fls. 1-3), para disponer:

> "*Artículo 1º* Reconócese y ordénese pagar el subsidio familiar a los educadores de secundaria al servicio del Departamento a partir de 1º de mayo de 1978, en la cuantía que resulte..."

Fácilmente se observa, en consecuencia:

a) Que el Decreto acusado es expedido con posterioridad a la vigencia de la Ley 43 de 1975;

b) Que el reconocimiento y la orden de pago que contiene se refieren a una prestación en favor de los educadores de secundaria, causada con posterioridad a la nacionalización tanto de los maestros de primaria como de secundaria: "a partir de 1º de mayo de 1978", según se lee en el acto acusado.

Así pues y en principio, se patentiza que el mandatario seccional ignoró la calidad de empleados nacionales que la Ley 43 de 1975 atribuyó a los maestros de secundaria departamentales, para, de contera, arrogarse la facultad de reconocer y ordenar pagar, con cargo al erario de su Departamento, el valor de una prestación cuyo costo había asumido la Nación a partir de 1975, infringiendo así en forma manifiesta norma de orden superior. Esta violación ostensible sin esfuerzo dialéctico, justifica el que se decrete la medida provisoria que fue denegada en la providencia recurrida, la que habrá de revocarse, sin que ello signifique que se esté prejuzgando al respecto, pues obviamente el devenir procesal será el que determine el actual quebranto normativo que se predica, en forma definitiva.

En tal virtud se dispone:

1. Revócase el auto apelado en cuanto niega la suspensión provisional solicitada en la demanda.

2. En su lugar decrétase la suspensión provisional del Decreto número 0182 de 6 de abril de 1982, expedido por el señor Gobernador del Departamento del Quindío.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 22 de julio de 1988.

Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

PERSONAL DOCENTE.— Estabilidad.

La compatibilidad entre sueldo y pensión de que gozan los docentes, no les confiere garantía de estabilidad en el cargo; es decir, que dicha compatibilidad no puede convertirse en factor de inamovilidad pues por esa vía habría que considerarlos empleados vitalicios.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., dieciocho de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejera ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente número 2344. Actor: Filadelfo Agustín Domínguez Márquez. Recurso de anulación.

Filadelfo A. Domínguez Márquez interpuso recurso extraordinario de anulación contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre el 17 de septiembre de 1986, que negó las súplicas de la demanda, tendientes a la anulación, con restablecimiento del derecho, del Decreto número 024 de 18 de enero de 1985, expedido por el Gobernador de ese Departamento, por el cual fue retirado del cargo de Director de la Escuela Rural El Rincón de Pileta, Municipio de Corozal, por gozar de pensión de jubilación.

En el escrito del recurso de anulación se formularon contra la sentencia impugnada los siguientes cargos:

Violación del Decreto 224 de 1972, en su artículo 5º y del Decreto 2277 de 1979, en sus artículos 1º, 26, 28, 31 y 68. Esta acusación se desarrolló así:

Primero, comparando parte de los considerandos de la sentencia acusada sobre inamovilidad en el cargo del docente escalafonado hasta el momento de pensionarse, con el texto del artículo 31 del Decreto 2277 de 1979, se afirmó que la sentencia le dio a esta norma una interpretación que no le corresponde, porque "éste es su único alcance y mal podría afirmarse que tal norma, lo que busca en su espíritu sea adquirir una pensión de jubilación; el tenor literal es muy claro, y lo que busca la norma es garantizar la permanencia del docente en el cargo mientras no se produzca la exclusión del escalafón o llegue a la edad de retiro forzoso, edad en la cual puede llegar a adquirir hasta dos pensiones, si fuera el caso".

Luego se afirmó que "la prohibición de devengar sueldo y pensión simultáneamente, desapareció definitivamente" por mandato del artículo 5º del Decreto 224 de 1972, cuyo texto transcribe.

Se dijo que, "al expedir el Gobierno nacional el Estatuto Docente, Decreto-ley 2277 de 1979, creó un nuevo régimen especial para el Magisterio".

Se traen a colación varias providencias del Consejo de Estado sobre las normas invocadas como violadas y se hacen consideraciones sobre la situación fáctica discutida en el proceso frente a las mismas disposiciones para criticar los considerandos del Tribunal al adoptar su sentencia.

Las partes no alegaron durante el traslado de rigor.

El señor Agente del Ministerio Público emitió concepto de fondo, en el sentido de que el presente recurso extraordinario de anulación no tiene vocación de prosperidad, debido a que en el escrito que lo contiene "se desarrolla el concepto de violación como un alegato de instancia apoyado en consideraciones fácticas y probatorias" y "se omite el requisito de expresar la incidencia de la violación de la norma legal concreta en la parte resolutiva como lo exige el artículo 199-3 del Código Contencioso Administrativo".

Cumplido el trámite de ley y no observándose causal de nulidad procesal, se decide mediante las siguientes

Consideraciones:

Según se vio, en la formulación de los cargos contra la sentencia acusada se hizo una confrontación de los considerandos de ésta con el texto de los artículos 31 del Decreto 2277 de 1979 y 5º del Decreto 224 de 1972 para deducir que la interpretación a ellos dada por el Tribunal fue indebida.

Ciertamente el artículo 31 del Decreto 2277 de 1979 consagra el derecho a estabilidad en el cargo, para los servidores docentes escalafonados, mientras no sean excluidos del escalafón.

Y el 5º del Decreto 224 de 1972 establece la compatibilidad entre sueldo y pensión.

Es preciso entonces determinar el alcance de la estabilidad, y también de la compatibilidad legal entre sueldo y pensión, puesto que a ella se acoge el recurrente para reclamar permanencia en el cargo después de pensionado, hasta cuando cumpla 65 años de edad.

En verdad al actor no le fue desconocido el derecho a devengar sueldo y pensión porque mientras permaneció en el servicio se le pagaron las dos asignaciones. Luego la norma que consagra la compatibilidad no puede considerarse infringida.

En cuanto al derecho de estabilidad en el cargo, ha sostenido la jurisprudencia del Consejo de Estado que la compatibilidad entre sueldo y pensión de que gozan los docentes, no les confiere garantía

de estabilidad en el cargo; es decir, que dicha compatibilidad no puede convertirse en factor de inamovilidad pues por esa vía habría que considerarlos empleados vitalicios.

La compatibilidad significa entonces que la Administración, si a bien lo tiene, puede conservar en el servicio a los maestros pensionados, puesto que éstos están autorizados por la ley para recibir pensión y sueldo.

Ahora bien: La garantía de relativa estabilidad de que gozan los docentes, proviene de su inscripción en el escalafón. Es ese escalafonamiento el que les confiere el derecho a permanecer en el cargo mientras no sean excluidos de él por las causas legalmente establecidas.

Hasta cuándo tienen efectividad los derechos propios del escalafón?

Interpretando las normas que lo regulan y su finalidad el Consejo de Estado ha sostenido siempre que las garantías inherentes al escalafonamiento en una carrera sólo tienen efectividad hasta cuando el escalafonado obtiene el derecho a pensión de jubilación. Así sucede con la generalidad de los empleados públicos, buscando también por ese medio, dar oportunidad de trabajo a las nuevas promociones.

Uno de los objetivos del escalafón es evitar la remoción inmotivada del docente y facilitarle el cumplimiento de los requisitos para jubilarse para que al retiro del servicio no quede desprotegido. Una vez obtenida esa finalidad, es lógico que pueda ser removido del cargo como pueden serlo todos los empleados públicos, sin que a ello se oponga el beneficio de la compatibilidad entre sueldo y pensión.

Al interpretar en esta forma el *a quo,* las disposiciones del Decreto 2277 de 1979 que se citaron en la demanda y que se invocan en el recurso, no las infringió sino que por el contrario las entendió en su exacto significado.

Cabe anotar que en las sentencias que se citan en apoyo del criterio del recurrente, no se discutía el retiro del servicio, o la estabilidad del docente, sino la compatibilidad entre sueldo y pensión.

En este orden de ideas es preciso concluir que no se da la violación directa de las disposiciones legales invocadas.

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

Falla:

No prospera el recurso extraordinario de anulación interpuesto por el señor Filadelfo A. Domínguez Márquez contra la sentencia de 17 de septiembre de 1986, proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y una vez ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada el día ocho (8) de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

CAPITULO III

ACTOS ADMINISTRATIVOS DE OTRAS AUTORIDADES DEL ORDEN DEPARTAMENTAL

ESCALAFON DOCENTE.— Proceso de ascenso.

Deben tramitarse en los Tribunales aquellos procesos en que, aunque no se reclamen reconocimientos estimables en dinero, un fallo favorable implicaría necesariamente un beneficio de esta naturaleza.

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

Consejero ponente: *Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

Referencia: Expediente número 3391. Unica instancia. Actora: María Rosmira Ocampo Jiménez.

En providencia de marzo 8 de 1988, el Tribunal Administrativo de Caldas, inadmite la demanda y ordena la remisión del expediente al Consejo de Estado, por competencia.

Aunque pudiera parecer que se trata de un asunto sin mayor trascendencia, estima este despacho que es oportuno sentar las bases necesarias para prevenir situaciones de confusión o conflicto respecto de la competencia en este tipo de procesos.

1. El pronunciamiento del Tribunal se apoya en una providencia del Consejo de Estado donde se transcribe y acoge el concepto de la Fiscalía Quinta de esta Corporación, el cual expresa:

> "Se solicitó en la demanda declarar nula la Resolución número 026 de 4 de febrero de 1983, expedida por la Junta Seccional de Escalafón Docente de Antioquia, mediante la cual la demandante señora Bertha Tulia Castaño de Ossa, fue ascendida en el escalafón; en cuanto determina ese mismo acto que la fecha para el próximo ascenso será a partir de 19 de diciembre de 1982.
>
> "Como restablecimiento del derecho pidió el Tribunal disponer que la fecha para el próximo ascenso se cuenta a partir de 28 de marzo de 1972 o en su defecto, que le 'queden en su favor, para efectos de posterior ascenso, al 19 de diciembre de 1982, un total de diez años, ocho meses y veintiún días (10 años, 8 meses y 21 días)'. Como puede observarse fácilmente, dichas peticiones no pueden ser cuantificadas en dinero".

Parecería inobjetable este planteamiento de la Fiscalía si no fuera porque se utiliza como premisa para deducir una conclusión general, a manera de esquema, aplicable a todos los casos:

"Un grado más en el escalafón, o el poderlo obtener en un menor tiempo, representa a la postre una mejor remuneración pero ello es consecuencial a su obtención misma, la cual no es cuantificable".

Este despacho no puede compartir tal criterio ni, mucho menos, aceptar que todas las controversias sobre ascensos en el escalafón (cualquier escalafón) puedan medirse por el mismo rasero, aplicándoles una definición doctrinal que apenas constituiría una opinión ciertamente cuestionable. Cada caso, en efecto, asume sus propias modalidades y viene rodeado de circunstancias que deben tomarse en consideración. Por lo demás, no es científico generalizar no siendo la inducción un método de recibo en las especulaciones de la ciencia jurídica. No sería criterio lógicamente sano. Tal es la razón para que se salvara voto en aquella ocasión.

2. Dijo este despacho en providencia de febrero 6 de 1987:

"Ocasión ha tenido la Sala de puntualizar que 'tienen cuantía y, por lo tanto, deben tramitarse en los Tribunales aquellos procesos en que, aunque no se reclamen reconocimientos estimables en dinero, un fallo favorable implicaría necesariamente un beneficio de esta naturaleza', y que tal es el caso de 'todos aquellos procesos en que se pretende una reclasificación en el escalafón' (Expediente número 1436. Actor: Helena Ramírez Duque).

"...

"Con respecto a la pretensión que se formula en autos, a saber, una declaración judicial sobre la fecha que se le debe tener en cuenta a la demandante para su próximo ascenso en el escalafón, anterior obviamente a la señalada en el acto acusado, resulta evidente que el pronunciamiento pretendido tiene implicación directa sobre los 'efectos fiscales' pertinentes.

"Que la clasificación en el Escalafón Docente necesariamente surte *efectos fiscales* es fácil deducirlo de específicas normas vigentes, tales como los artículos 21 y 76 del Decreto 2277 de 1979 y 2º (parágrafo), 21 y 22 del Decreto 259 de 1981.

"...

"No queda, pues, duda alguna de que, pretendiendo la accionante se declare que 'la fecha que se le debe tener en cuenta... para su próximo ascenso en el Escalafón Nacional Docente es la de 3 de enero de 1982', en lugar de la señalada en el acto acusado (octubre 23 de 1985, con efectos fiscales desde diciembre 12 de 1985), tal propósito se traduce en evidentes ventajas económicas, realmente tangibles, así no se destaquen en la demanda" (Expediente número 1906. Actor: Ligia Beatriz Díaz M.).

Un poco antes, en septiembre 26 de 1986, había dicho la Sala, con la firma de los tres integrantes de la Sala de Decisión:

"Es ciertamente posible que en casos anteriores hubiera existido alguna vacilación en cuanto a estos procesos en que aparentemente no se formulan pretensiones de definido sabor económico,

por cuanto no se concretan sumas precisas o determinables a partir de los elementos de juicio aportados por el accionante.

"Particularmente, respecto de las demandas sobre elaboración de la Hoja de Servicios de los Militares, después de una inicial indefinición, se llegó a la clara conclusión de que las pretensiones de la parte actora jamás podrían tener en la decisión de esta Corporación matiz alguno económico.

"Pero esta Sección ya tiene definido que tienen cuantía y, por lo tanto, deben tramitarse en los Tribunales aquellos procesos en que, aunque no se reclamen reconocimientos estimables en dinero, un fallo favorable implicaría necesariamente un beneficio de esta naturaleza. Tal es el caso del *sub lite*, como de todos aquellos procesos en que se pretenda una reclasificación en el escalafón.

"Sea, pues, éste el momento de rectificar criterios contrarios al anterior planteamiento. En el *sub lite* resulta claro de las peticiones formuladas que la reclasificación no se busca por el simple honor de encontrarse el docente en un nivel superior, sino, muy particularmente, porque la superior categoría conlleva una mejor remuneración. Por eso, se habla de los 'efectos fiscales', como necesaria consecuencia de la nueva ubicación en el escalafón.

"Así pues, aunque la cuantía de la acción no aparezca determinada, es evidentemente determinable con fundamento en la diferente remuneración entre el grado actual y aquel a que se aspira.

"En tal virtud, ha de confirmarse la providencia suplicada" (Expediente número 1436. Actor: Helena Ramírez Duque, septiembre 26 de 1986).

Nótese que, siendo confirmatoria esta providencia, representa el criterio unánime de la Sección Segunda.

No debería pensarse que, siendo el proveído en que se basó el Tribunal de fecha posterior a la del pronunciamiento que se acaba de insertar, constituye una nueva rectificación jurisprudencial sobre esta materia, lo cual, sin duda alguna, llevaría a conclusiones que no ayudarían mucho al buen nombre de la Corporación.

No todos los casos son idénticos ni, por lo mismo, permiten soluciones también idénticas. Lo que precisamente merece crítica es el formular tesis generales a manera de postulados que puedan traerse y llevarse indiscriminadamente, sin tomar en consideración las circunstancias y características que corresponden a cada situación.

3. Son numerosos los pronunciamientos que en Sala Unitaria se han formulado, anteriores y posteriores a la fecha del proveído del Tribunal, en perfecto acuerdo sobre la tesis que se sostiene, como puede verse en los procesos 2811 (auto de noviembre 27 de 1987), 2824 (noviembre 28 de 1987), 2895 y 2899 (diciembre 18 de 1987) del

despacho del doctor Joaquín Vanín Tello, y 2954, 2896, 3059, 3061, 3069, 3079, 3082 y 2984 (autos de diciembre 15 de 1987) del despacho de la doctora Aydée Anzola Linares.

En una de esta providencia de la doctora Anzola Linares, se lee:

"Si una acción de restablecimiento del derecho carece de cuantía es inocuo que en la demanda se haga una estimación de ella. Y, a la inversa, si la tiene, también lo será que omita la estimación pertinente.

"En últimas, dicha acción tendrá cuantía si alguna de las pretensiones del restablecimiento del derecho implica que la parte demandada deba pagarle al actor alguna suma de dinero.

"El Tribunal Administrativo de Antioquia se afianza en una providencia de esta Corporación, pero ella fue emitida en un caso que no contenía alguna pretensión de condena de sumas de dinero, como parte del restablecimiento del derecho. En cambio, en el presente caso sí se impetra como parte del restablecimiento del derecho una pretensión para que se le paguen al demandante como consecuencia de la nulidad del acto acusado, las diferencias salariales que fueren del caso. Luego la acción si tiene cuantía, no siendo competente el Consejo de Estado para conocer en única instancia" (Expediente número 2984, Actor: Aracelly Herrera O.).

4. No tanto porque en el *sub lite* se señala una cuantía concretamente definida en la demanda, cuanto porque el proceso la tiene, resulta forzoso disponer la devolución del expediente al Tribunal conforme a los criterios que se acaban de exponer:

Este proceso tiene cuantía.

Se lee, en efecto, en las peticiones de la demanda:

"*Tercera:* A título de restablecimiento del derecho y como consecuencia de la anterior declaración, ordenar a la Nación que, a través de la Junta Seccional de Escalafón Nacional ante el Departamento de Caldas, expida una Resolución mediante la cual ascienda a María Rosmira Ocampo Jiménez al *grado* que le corresponda en el Escalafón Nacional Docente, teniendo en cuenta la experiencia docente acreditada como educadora en la primera categoría de primaria en el antiguo escalafón, la demás que acredite y los requisitos académicos.

"*Cuarta:* Condenar a la Nación —Ministerio de Educación Nacional— a pagar a mi poderdante el valor de las diferencias salariales (sueldos, primas, bonificaciones y demás adehalas a la asignación básica) que se le adeuden desde la fecha en que adquirió el derecho al ascenso por reunir los requisitos de tiempo de

servicio y méritos académicos, hasta cuando se consolide totalmente su derecho en el grado que les corresponda realmente" (fls. 136-137).

En mérito de las anteriores consideraciones, se dispone la devolución del expediente al Tribunal de origen, con lo cual queda sin valor, por lo tanto, la providencia de marzo ocho (8) de mil novecientos ochenta y ocho (1988), del mismo Tribunal.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Reynaldo Arciniegas Baedecker.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

ESCALAFON DOCENTE.— Requisitos no utilizados.

La experiencia docente no utilizada, de que trata el artículo 73 del Decreto 2277 de 1979, sí debía sin duda alguna ser apta para ascender dentro del escalafón anterior o para la asimilación al nuevo.

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

Consejera ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente número 2671. Recurso de anulación. Actora: Gilma Aguirre Orozco.

El Ministerio de Educación Nacional mediante apoderado interpuso recurso extraordinario de anulación contra la sentencia de 9 de febrero de 1987, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda.

Antecedentes:

La señora Gilma Aguirre Orozco en demanda presentada ante dicho Tribunal y haciendo uso de la acción de restablecimiento del derecho solicitó la nulidad de dos resoluciones mediante las cuales la Junta Seccional de Escalafón Nacional Docente de Risaralda negó su solicitud de ascenso al Grado 11 del escalafón, al cual pretendía acceder invocando tiempo de servicio en primaria, no utilizado.

Los hechos en los cuales se fundamentó la demanda pueden resumirse así:

1º La señora Aguirre Orozco se vinculó a la docencia a nivel de primaria el 7 de abril de 1970.

2º En el antiguo escalafón obtuvo la segunda y primera categoría de primaria.

3º Optó el título de Licenciada en Educación el 17 de marzo de 1978 y en consideración a ello obtuvo la asimilación al actual Escalafón Nacional en el Grado 7 mediante Resolución 0617 de 13 de octubre de 1981, sin que se hubiera tenido en cuenta la experiencia docente en primaria.

4º Posteriormente fue ascendida a los grados 8 y 9 sin tener en cuenta la experiencia docente en primaria.

5º El 31 de mayo de 1985 solicitó a la Junta Seccional de Escalafón Nacional Docente de Risaralda su ascenso al Grado 11 para que le reconociera la experiencia docente no utilizada, lo cual le fue negado mediante las resoluciones acusadas.

La sentencia del Tribunal:

El Tribunal acogió favorablemente las peticiones de la demanda con base en inaplicabilidad del artículo 26 del Decreto reglamentario 259 de 1981, expresando:

"...puesto que, a pesar de que este precepto dice que precluída la oportunidad para solicitar ascenso después de la asimilación 'no se tendrá en cuenta ninguna experiencia docente que no corresponda a su grado anterior al cual se aspira a ascender', la Sala le ha formulado excepción de inconstitucionalidad ya que la norma en cita, como reglamentaria que es, no puede reducir el alcance del artículo 73 del Decreto 2277 de 1979, precepto reglamentado que no señala como única oportunidad para pedir reconocimiento de experiencia docente anterior la solicitud (sic) para primer ascenso dentro del nuevo escalafón.

"Tenemos entonces, que para el 9 de septiembre de 1985, fecha de la Resolución impugnada, la Licenciada Aguirre Orozco contaba con un tiempo de servicio de 15 años, 5 meses, 2 días de los cuales utilizó 8 años así: 2, para la primera categoría de primaria; 3 años para ascenso al grado 8 y 3 para el grado 9. Le quedan a su favor 7 años, 5 meses, 2 días experiencia ésta susceptible de reconocimiento para ascenso en el escalafón, de conformidad con el artículo 73 del Decreto 2277 de 1979 y, como la actora, comprobó haber cumplido con el requisito de capacitación exigido por el artículo 10 del Decreto *ibidem* para ascender al Grado 11, su pretensión de acceder a dicho grado debe ser satisfecha.

"Es importante advertir aquí que el criterio de siempre de este Tribunal, no compartido por el honorable Consejo de Estado, en el sentido de que son viables la inscripción, o antes la asimilación, y el o los ascensos simultáneos por acumulación de requisitos, ha salido airoso al ser consagrado por el legislador en el último inciso del artículo 74 del Decreto 2480 de 1986 de la siguiente manera: 'Cuando por acumulación de requisitos, un docente deba ascender varios grados, la Junta Seccional puede decidir dichos ascensos mediante un solo acto administrativo'. Esta misma norma, en armonía con el artículo 73 del Decreto 2277 de 1979, ordena que el tiempo de servicio laborado por el docente, que éste acredite, debe contabilizarse y en ningún momento se perderá".

Cargos formulados contra la sentencia:

Se acusa de ser violatoria de las siguientes normas: Artículos 2º y 55 de la Constitución Nacional; 170 del Código Contencioso Administrativo; artículo 10 del Decreto 2277 de 1979; artículo 26 del Decreto reglamentario 259 de 1981 y artículo 74 del Decreto 2480 de 1986.

En escrito bastante confuso y antitécnico el señor apoderado de la parte recurrente divide en varios capítulos la sustentación de este cargo y cita además otras normas que considera infringidas por la sentencia del Tribunal tales como los artículos 73 y 75 del Decreto 2277 de 1979.

En cuanto a los artículos 2º y 55 de la Constitución Nacional dice que los poderes que se otorgan a los distintos órganos del Estado deben ser ejercidos en los términos establecidos en la Constitución que tienen la característica de ser limitantes del abuso de poder y que no fue ese el comportamiento asumido al expedir la sentencia que se cuestiona.

Respecto al artículo 170 del Código Contencioso Administrativo dice que se violó al no tenerse en cuenta o no aplicarse las normas jurídicas pertinentes en relación con ascensos en el Escalafón Nacional Docente, y cita el artículo 10 del Decreto 2277 de 1979.

Argumenta violación directa del artículo 10 del Decreto 2277 de 1979 por haber ascendido a la actora sin que ella hubiera permanecido en los grados anteriores por el tiempo exigido en el referido artículo, permanencia que debía ser real y no ficticia, porque de no ser así, no tendría razón de ser la carrera administrativa para los docentes, la existencia de grados y cursos de capacitación y el artículo 24 del Decreto 259 de 1981 que establece las excepciones en la aplicación del artículo 10 citado.

Violación directa del artículo 26 del Decreto 259 de 1981, por cuanto el reconocimiento de la experiencia docente no utilizada se debió pedir al momento de presentar la primera solicitud de ascenso.

Aplicación indebida del artículo 74 del Decreto 2480 de 1986, al apoyarse la sentencia en una disposición que no estaba vigente al momento de proferirse las resoluciones declaradas nulas.

En otro capítulo titulado "Fundamentos de la Acusación de la Sentencia Impugnada", luego de transcribir apartes de ella, expresa: "Precisamente el Tribunal no estaba cumpliendo el artículo 10 del Decreto 2277 de 1979, por cuanto ella (sic) exige que para el ascenso de un educador debe precisamente permanecer un determinado tiempo de servicio en un grado anterior que es lo que ocurre al ordenar el Tribunal un ascenso de varios grados al mismo tiempo".

Y continúa:

"...En este análisis confunde el honorable Tribunal la inscripción con la asimilación, es importante que distingamos claramente estos dos conceptos, la asimilación consistió en el paso del escalafón antiguo al actual.

"Anteriormente los educadores se escalafonaban en categorías que iban en orden descendente, siendo de más jerarquía la primera tanto en primaria como en secundaria, hoy, tenemos grados que van del uno al catorce, siendo el máximo el último grado citado, el proceso de asimilación, que concluyó el 30 de junio de 1982, fue la homologación de esas categorías a los actuales grados. Dentro del proceso de asimilación también hubo inscrip-

ción para los docentes que no estuvieron inscritos en el antiguo escalafón o como los llamaban más exactamente para los 'interinos'. Terminado el proceso de asimilación, repito el 30 de junio de 1982, quedó la inscripción pura y simple al Escalafón Nacional Docente, por lo cual no se pueden confundir estos dos términos como lo hacen los señores Magistrados del Tribunal Administrativo.

"Aducen los señores Magistrados que el artículo 74 del Decreto 2480 de 1986, respalda su criterio de reconocer todo el tiempo servido en la docencia a los educadores, pero olvidan que esta norma no estaba vigente al momento de expedirse las Resoluciones 7773 y 8240 de septiembre-noviembre de 1985 por lo tanto no se podía aplicar en ese momento.

"Es importante que el honorable Consejo de Estado se pronuncie así mismo sobre la ilegalidad del citado artículo 74 que es violatorio de los artículos 10 y 21 del Decreto 2277 de 1979, siendo además tan contradictorio que el segundo párrafo viola el primero, propongo excepción de ilegalidad del mencionado artículo".

"

"Para resolver el Tribunal Administrativo de Risaralda no hace ningún otro análisis respecto al aspecto legislativo llevándose de calle al estudio de normas tan importante que realmente nos van a dilucidar el problema del tiempo no utilizado y que por tanto se procederá a estudiar".

Acto seguido presenta la distinción que existía antes entre los escalafones de primaria y secundaria, transcribiendo las normas pertinentes.

En otro capítulo denominado "El Problema Jurídico", manifiesta:

"La docente Aguirre Orozco Gilma al obtener el título de Licenciada en Ciencias de la Educación se asimiló en el nuevo escalafón en el Grado (7) por el nivel más favorable, es decir, el de secundaria que era el que le correspondía por razón de su título y no por el de primaria habida cuenta que el grado de asimilación le hubiera inferior (grado 3) y por tanto desfavorable".

Por lo esbozado se colige que las Resoluciones acusadas no violan el artículo 73 del Decreto 2277 de 1979, pues aun cuando éste autoriza computar unos tiempos que no fueron utilizados en antiguas clasificaciones o en asimilación, ello no indica que dicho tiempo no utilizado se refiera al que no era apto para ascender dentro del antiguo escalafón y para el proceso de asimilación que recogió no sólo derechos adquiridos sino expectativas de derecho dado por la preexistente legislación, y que como se demostró el tiempo motivo de la *litis* no era apto dentro del proceso de asimilación de acuerdo con la cronología de las normas y obviamente no puede computarse para efectos del ascenso. Cómo se explica —pregunta el recurrente— que lo que no era válido según la antigua ley —Decretos 30 de 1948 y 1135 de 1952— lo sea a través de una nueva? He aquí el error en que incurre el Tribunal Administrativo de Risaralda.

Finalmente llega a las siguientes conclusiones:

"1. En los antiguos escalafones, Decretos 30 de 1948 y 1135 de 1952 de secundaria y primaria respectivamente, no permitían la utilización indistinta del tiempo de primaria o secundaria.

"2. El artículo 10 del Decreto-ley 2277 de 1979, exige una permanencia real y no ficticia como se anotó en cada uno de los grados de que está compuesto el nuevo Escalafón Docente.

"3. Si bien es cierto que el artículo 73 del Decreto-ley 2277 de 1979, permite en armonía con el artículo 26 del Decreto reglamentario 259 de 1981 tener en cuenta el tiempo no utilizado, servido con anterioridad al nuevo estatuto, dicha norma en ninguna parte establece que los requisitos no válidos anteriormente lo sean en vigencia del Decreto-ley 2277 de 1979.

"4. El actual estatuto Docente (Decreto-ley 2277 de 1979) sólo permite acumular grados en el Escalafón, en los casos taxativamente señalados en el artículo 24 del Decreto reglamentario 259 de 1981.

"No encuentra el recurrente, razón para que el señor Magistrado desconociendo la permanencia real en cada uno de los grados previstos en el artículo 10 del Decreto 2277 de 1979 halla (sic) ascendido con clara flagrancia del tantas veces citado artículo 10 del Decreto referido".

El recurrente solicita pruebas, a pesar de no ser de recibo éstas dentro del trámite del recurso de anulación en donde sólo se permite estudiar la violación directa de las normas invocadas.

El concepto Fiscal:

El señor Fiscal Cuarto de la Corporación estima que el recurso presenta las siguientes fallas, y por tanto no puede prosperar:

"1º Se desarrolla el concepto de la violación como un elemento de instancia apoyado en consideraciones fácticas y probatorias.

"2º Se omite el requisito de expresar la incidencia de la violación de la norma legal concreta en la parte resolutiva, como lo exige el artículo 199-3 del Código Contencioso Administrativo".

Procede la Sala a decidir el recurso mediante las siguientes

Consideraciones:

En verdad el recurso adolece de fallos, pues el concepto de la violación, y las normas mismas que se invocan, repartidos en tantos capítulos terminan siendo confusos cuando la técnica de este recurso exige precisión.

Sin embargo, recogidos los conceptos antes transcritos y tratando de hacer de ellos una síntesis, la Sala los analiza así:

Los artículos 2º y 55 de la Constitución Nacional consagran principios generales tales como el de la soberanía nacional y el de la separación de los poderes públicos y resulta completamente imposible su violación directa por la sentencia recurrida, puesto que el Tribunal tenía competencia para decidir el conflicto y no estaba interviniendo en la actividad de otras ramas del Poder Público. Estaba cumpliendo las funciones que la Constitución y la ley le encomendaron.

El artículo 170 del Decreto 01 de 1984 es una norma de carácter procedimental que no tiene cabida en un recurso de anulación.

Pero aún examinando la sentencia a la luz de lo preceptuado en ella, vemos que se ajusta a sus lineamientos.

En la violación del artículo 10 del Decreto 2277 de 1979, por el cual se establecen requisitos para ingresos y ascenso en el escalafón docente, artículo que debe examinarse en concordancia con el 73 del mismo estatuto, estima la Sala que le asiste razón a la parte recurrente.

Es un hecho del cual se parte sin necesidad de prueba, que la experiencia docente no utilizada que la señora Gilma Aguirre Orozco pretende hacer valer para lograr el ascenso al grado 11, la obtuvo como maestra de primaria. Ese es el planteamiento de la demanda.

Por tanto el asunto se contrae a la interpretación del artículo 73 del Decreto 2277 de 1979, para saber si dicha norma se refiere a ese tiempo servido en primaria.

Reza el artículo 73 del Decreto 2277 de 1979:

> "*Requisitos no utilizados*. La experiencia docente y los cursos de capacitación o actualización realizados con anterioridad a la expedición de este Decreto, que no se hayan hecho valer para clasificaciones anteriores, ni para efectos de la asimilación de que trata el presente capítulo, se tomarán en cuenta para posterior ascenso dentro del nuevo escalafón, siempre que se reúnan los demás requisitos exigidos en el artículo 10".

Para la Sala es claro que esa experiencia docente no utilizada, de que trata la norma transcrita, sí debía sin duda alguna ser apta para ascender dentro del escalafón anterior o para la asimilación al nuevo; de lo contrario no se hablaría de experiencia no utilizada. En otras palabras, experiencia no utilizada pero utilizable, que no fue posible hacer valer por no haber podido obtener o presentar oportunamente la respectiva certificación.

Si la actora hubiera utilizado esa experiencia docente de primaria para acceder al nuevo escalafón, como máximo habría podido escalafonarse en el grado 5, según se desprende de lo preceptuado en el artículo 71 del Decreto 2277 de 1979.

No puede pretender ahora pasar al grado 11, valiéndose de un tiempo que como máximo le hubiera dado derecho al grado 5.

A juicio de la Sala, un correcto entendimiento del artículo transcrito lleva a concluir que el tiempo servido en primaria no le es útil a la actora para ascender en el nuevo escalafón, pues si voluntaria-

mente y por serle más favorable optó por escalafonarse presentando su título de Licenciada, la única manera de seguir ascendiendo es mediante el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 10 del Decreto 2277 de 1979, y no, acogiéndose al artículo 73.

Puesto que la sentencia recurrida dio un errado entendimiento y un alcance que no tiene el artículo 73 citado y dejó de aplicar el 10 para ordenar el ascenso al grado 11, el cargo está llamado a prosperar.

Por tanto se hace innecesario analizar los demás que se formulan.

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

Falla:

1º Anúlase la sentencia recurrida proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda el 9 de febrero de 1987, dentro del proceso iniciado por la señora Gilma Aguirre Orozco.

2º En su lugar se niegan las súplicas de la demanda, presentada por la señora Gilma Aguirre de Orozco.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada el día cinco (5) de agosto de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

CONTRIBUCION DE VALORIZACION.— Límite.

El límite máximo de la contribución está dado por el costo de la obra pública, sus ajustes y porcentajes de imprevistos.

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

Consejera ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Magistrado auxiliar: *Doctor Humberto Beltrán Achury.*

Referencia: Radicación 0074. Apelación sentencia de julio 18 de 1985 proferida por el Tribunal del Valle del Cauca, en juicio de revisión de la operación de liquidación de la contribución de valorización departamental. Actor: Siderúrgica del Pacífico S. A. "SIDELPA".

Decide la Sala el recurso de apelación propuesto, mediante apoderado, por la sociedad Siderúrgica del Pacífico S. A., la actora, contra la sentencia de primer grado, de 18 de julio de 1985, denegatoria de las súplicas de la demanda, dictada por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

Se había promovido la acción contenciosa, contra actos de determinación, distribución y discusión de la contribución de valorización causada por el proyecto de construcción del "Acueducto para la Zona Industrial dentro del Plan de Desarrollo Integral del Sector Cali-Yumbo", específicamente, las Resoluciones 057 de 18 de febrero de 1981 y 234 de 8 de junio del mismo año, ésta, desestimatoria de las pretensiones del recurso administrativo intentado, proferidas por el Establecimiento Público de Valorización Departamental del Valle del Cauca.

De los hechos del libelo se extracta que en el área de confluencia de la obra pública en mención, cuyo presupuesto de $ 548.099.116 había sido aprobado con Resolución número 4 de 6 de febrero de 1981, se incluyeron los predios números 1-003-093 y 1-003-094 de propiedad de la sociedad demandante que, según palabras de ésta, son parte, sin solución de continuidad, de otro de mayor extensión donde se levantan sus oficinas y planta industrial, están localizados en sector contiguo, calle de por medio, a la denominada urbanización o ciudadela industrial "Acopi" y les fueron fijados, por Resolución número 057 de 1981, la primera de las demandadas, contribuciones en cuantías de $ 3.185.815 y $ 3.854.928, respectivamente, por cuenta del ameritado proyecto de construcción.

Se afirma que los citados predios, dentro del trazado del mismo "Plan de Desarrollo Integral del Sector Cali-Yumbo", ya habían soportado otra contribución, por cierto, no reclamada y aún en vías de pago, por concepto de la construcción del acueducto de carácter particular de la precitada urbanización o ciudadela "Acopi", con presupuesto aprobado y gravámenes liquidados y distribuidos, mediante Resoluciones números 13 de 4 de julio de 1979 y 462 de 2 de agosto del mismo año, en las que, a los especificados predios de la accionante, se habían asignado, en su orden, contribuciones de $ 2.148.217.68 y $ 1.835.267.68.

Alega también la actora, las circunstancias de que, en el considerando 4º de la antes nombrada Resolución número 4 de 1981, se hubieran delimitado expresamente sectores exonerados de las contribuciones generadas por el proyecto de la nueva obra, entre ellos, la urbanización "Acopi", y de que, en el considerando 6º de la acusada Resolución 057 de 1981, se hubiera acogido, como métodos de distribución del gravamen, respecto de la red principal del acueducto, el del prorrateo "entre todos los predios que tienen la posibilidad de recibir el servicio".

Los actos demandados, según la demanda, se habrían expedido con violación de los artículos 16, 20 y 34 de la Constitución Nacional, supuesto que con ellos, en lugar de la protección debida a su patrimonio, se habría dispuesto gravar el mismo doblemente, con exacciones injustas, ilegales y confiscatorias, que entrañarían extralimitación de las funciones propias de la autoridad regional.

Explícase, al efecto, que los relacionados debían entenderse comprendidos dentro de la franja de exclusiones indicadas en los considerandos arriba citados, toda vez que, sin embargo de que los aludidos predios no perteneciesen, propiamente, a ninguna de las secciones que ahí se mencionan exentas, particularmente, a la urbanización "Acopi", los mismos, "...sí están contiguos a dicha urbanización y fueron incluídos dentro de la zona de influencia señalada para el cobro de la Contribución de la Obra del Acueducto Acopi y fueron ya gravados por la Resolución número 462 de 2 de agosto de 1979..."

Habríanse transgredido, en igual forma, los artículos 3º de la Ley 25 de 1921, 7º de la Ley 13 de 1937, 1º del Decreto 1604 de 1966, 4º y 5º, inciso 2º del Decreto 1394 de 1970, 2º del "Decreto departamental" 1463 de 1973 y 1º y 4º de la Ordenanza número 105 de 1969, de la Asamblea del Departamento, ya que, en su sentir, la contribución de valorización, en estos preceptos, se concibe como una alícuota originada en el beneficio real y directo del respectivo inmueble, en razón de obras públicas, más, determinada aquélla "...en forma técnica, mediante operaciones matemáticas que fijen numéricamente, en forma justa y equitativa, el beneficio o mayor valor que adquiera el predio..."

La actora descarta, la eventualidad de un beneficio o valorización efectiva de su propiedad inmueble por efecto de la nueva obra, cuyos costos se pretende resarcir a través de la contribución discutida, teniendo por cierto que, dada la integridad material de sus predios, hubiera bastado un sistema de acueducto único para satisfacer los

requerimientos de agua de aquellos, con desembolsos, de su parte, muy por debajo del monto de las contribuciones liquidadas para los mismos.

Para terminar, dice que "...la caprichosa división que ha hecho Valorización Departamental del inmueble de SIDERURGICA DEL PACIFICO S. A., para gravar una parte con las obras del ACUEDUCTO ACOPI, y otra, con las obras del ACUEDUCTO CALI-YUMBO, es antitécnica, ilegal, injurídica e injusta, y sólo persigue satisfacer con criterio alcabalero el fisco departamental, exhausto por múltiples motivos..." (Mayúsculas en el texto).

Es pertinente anotar que, en listados de distribución que obran, sin foliar, en el cuaderno de antecedentes y en la Resolución del recurso administrativo, se precisa que del predio número 1-003-093, cuya extensión superficiaria es de 129.465 metros cuadrados, se gravó, con el acueducto "Acopi", una sección de 38.840 metros cuadrados y, con el acueducto de la zona industrial, la fracción restante, es decir 90.625 metros cuadrados; y que del predio número 1-003-094, en extensión de 152.543 metros cuadrados, gravó el primer sistema de acueducto, 45.463 metros cuadrados y, el segundo, 107.080 metros cuadrados, el resto del predio.

Se debe tener en cuenta, además, que en la instancia contenciosa, por iniciativa de la parte demandante, se practicó inspección judicial con intervención de peritos ingenieros, en cuyo dictamen ratifican éstos los datos y cifras anteriores, excepto en lo que hace a la composición de áreas del segundo de los colacionados predios, pues, según dicen los mismos, por hallarse "interrumpido su frente en 100 metros por el predio 1-003-095", la franja afectada por el acueducto "Acopi" debió ser, en realidad, de 35.463 metros cuadrados y la incidida por el acueducto de la zona industrial, de 117.080 metros cuadrados, lo cual trae, como secuela obvia, que en el cálculo que hacen ellos de la contribución, aparezca, la correspondiente a esta última franja, por cifra superior a la determinada por la oficina regional de valorización.

Dan cuenta los expertos, así mismo, de haberse efectuado la liquidación de las contribuciones individuales, en proporción de áreas servidas, a razón de $ 47.25 el metro cuadrado, para el acueducto "Acopi", y de $ 35.61 el metro cuadrado, para el acueducto de la zona industrial, atendiendo en éste, aparte de lo anterior, a franjas virtuales de redes secundarias, calculadas en función de los factores de distancia y de uso del suelo.

O, lo que es lo mismo, que para el caso del primer acueducto se utilizó, exclusivamente, el método de la distribución proporcional del costo presupuestado de la obra, entre áreas de riego, consistente en dividir aquél por éstas, para obtener el costo por metro cuadrado.

En tanto que para el segundo sistema de acueducto, se emplearon, simultáneamente, este mismo método, en lo concerniente a la red principal, y el de franjas imaginarias, en las redes secundarias, con coeficientes específicos de distancia y de uso del suelo.

De las diversas respuestas que, en el dictamen y la ampliación de éste, dan los peritos al interrogatorio de las partes, se resumen y destacan las siguientes:

Es impracticable la integración de los dos predios servidos a un solo sistema de acueducto, al de "Acopi", tal como lo propuso la sociedad demandante, debido a la insuficiencia de las redes de conducción instaladas en éste, además, porque se hubiera suscitado un replanteamiento de franjas cubiertas y de los diámetros de la tubería principal y secundaria, con sensible incremento del presupuesto original y del costo por metro cuadrado servido.

El fraccionamiento del inmueble de propiedad de la actora, no podía hacerse, exclusivamente, en función de los principios de "lógica y equidad" que se pregonan en los razonamientos de aquélla, sino que para tal efecto debían primar factores de orden técnico que condujesen a "coeficientes equitativos que hagan justa la distribución de cobro, por servicio, uso y proximidades".

La afectación de una parte del inmueble por la construcción de acueducto "Acopi", reservando la fracción restante del mismo para el proyecto de acueducto de la zona industrial, no es caprichosa, sino que responde a la capacidad de servicio programada e instalada del primero de tales acueductos y si bien, con la presión actual de éste, sería factible surtir todo el inmueble, no podría ser ello así sin desmedro del servicio para los demás inmuebles de la urbanización o ciudadela "Acopi", por las inevitables variaciones de presión originadas en la pérdida de carga.

De acuerdo con el plano anexo, las áreas de riego de los dos acueductos no se superponen. Los dos predios de la sociedad actora son atendidos en una franja de 100 metros de ancho, por el acueducto "Acopi", no obstante estar situados ellos fuera de la urbanización de este nombre. La parte restante de esos predios, está incluida en el beneficio prospectado del segundo acueducto, de modo que, de no ser por la anexión de dicha franja de 100 metros, la sociedad actora, legalmente, no podría utilizar las redes del acueducto "Acopi", como no podría extender éstas fuera de la mencionada franja, sin incurrir en "contrabando del servicio", sancionable con suspensión o corte definitivo de éste, ya que se habría eludido "el pago de la infraestructura inicial correspondiente para este servicio..."

La sentencia recurrida:

Tras el recuento de antecedentes, remite el *a quo* a las conclusiones de los peritos ingenieros, especialmente, a la absolución, por aquéllos, de las cuestiones 3, 4, 5, 6, 7, 10, 16 y 18 del interrogatorio propuesto.

Transcribe, en seguida, apartes del concepto fiscal que, en su oportunidad, le fuera rendido y, pues, encuentra éste bien fundado, a él se atiene.

El concepto dice, en síntesis, con base en el peritaje, que las áreas de influencia de los dos acueductos son enteramente diferentes, no

configurándose así la doble imposición alegada por la accionante, fuera de que el beneficio recibido por los los predios influenciados, es indiscutible.

El recurso a conocimiento de la Sala y las alegaciones finales de la actora:

Para empezar, afirma la apelante que, en el fallo atacado, según dice, se omitió analizar sus cuestionamientos acerca de las facultades de la autoridad departamental, para seccionar, "arbitrariamente", el inmueble supuestamente beneficiario y someterlo a dos especies de contribución.

Tampoco encuentra que se hubiera atendido sus apreciaciones sobre la parcialidad del dictamen pericial, ni que el alcance de las disposiciones señaladas como infringidas hubiera merecido estudio alguno.

Insiste en denunciar el desbordamiento de funciones de la oficina de valorización, por la inclusión, en la zona de injerencia del gravamen, de predios que afirma expresamente exceptuados de éste.

En alegato final, insiste en que no podía la oficina de valorización hacer efectivas contribuciones sobre predios que no van a recibir ningún beneficio, o tratar de reajustar las ya liquidadas y en vías de pago, so pretexto de insuficiente cuantificación inicial, conducta, que resultaría contraria al artículo 9 del Decreto 1604 de 1966, relativo al procedimiento para calcular técnicamente el costo de las obras.

Y repite que su inmueble, ubicado en el Municipio de Yumbo, urbanización "Acopi", no obstante ser un todo sin solución de continuidad, fue dividido en lotes, con el propósito de gravar éstos separadamente, por concepto de dos obras diferentes, "...cuando con una sola de ellas dicho inmueble hubiera obtenido el beneficio que con tales obras se pretende prestar, que es el beneficio del Acueducto..."

La vista de fondo del Ministerio Público:

Del estudio de los diversos actos de la oficina de valorización, infiere, el señor Fiscal Tercero de esta Corporación, que son bien diferentes las obras en que se causaron los gravámenes, como diversos los predios afectados.

Da por sentado que, tanto éstos como la urbanización industrial "Acopi", están en la zona de influencia del primer grupo de obras y son contiguos.

Advierte, del mismo modo, que las Resoluciones 4 y 57, ya aludidas, excluyen algunas franjas de la zona de influencia del segundo grupo de obras, o sea, las del acueducto de la zona industrial, entre ellas, aquella donde se encuentra ubicada la predicha urbanización "Acopi", pero ve también que los cuestionados predios números 1-003-093 y 1-003-094, no forman parte integrante de esta urbanización, así sean

contiguos a ella, de suerte que al estar los mismos afectados por el segundo grupo de obras, son susceptibles de imposición, por concepto de la valorización derivada de éstas.

Desestima, consiguientemente, los cargos de violación de los cánones constitucionales indicados por la actora, por considerar que la atacada Resolución 57 de 1981, "...refeja fielmente las orientaciones de la Resolución número 004 de 6 de febrero del mismo año..." y que, con la expedición de ella, por la misma razón, no se extralimitó función ninguna.

Y no cree que los demás cargos de infracción puedan tener éxito, pues, a su ver, los planteamientos según los cuales los predios de que se habla, no se benefician con las obras del acueducto de la zona industrial, carecen de respaldo probatorio.

Las consideraciones de la Sala:

La contribución de valorización difiere del impuesto y, aún, de las tasas comunes, por ser erogación personal, individual y de contraprestación de parcial equivalencia, ya que en la liquidación del costo de la obra pública, de los imprevistos y de los gastos de distribución y recaudo del gravamen, imperan, ordinariamente, "precios políticos", de índole subjetiva, que dan lugar a cargos para el usuario de la obra por debajo del valor real abonable de ésta, déficit que sería enjugable con impuestos u otros recursos del ente administrativo.

Con todo, son previsibles situaciones donde las prestaciones mutuas resulten equivalentes, al menos en lo que atañe al costo y anexos de la construcción en frente del virtual beneficio, de igual valor, para el predio servido por aquella.

En sus orígenes, por virtud de los lineamientos de la Ley 25 de 1921, la determinación del *"quántum"* coercible de la contribución, operó, exclusivamente, con sujeción al costo presupuestal de la obra pública, con variables convergentes de áreas cubiertas, distancia de la línea de infuencia y uso del suelo.

Posteriormente, con el advenimiento de la Ley 113 de 1937, el concepto de la base imponible se amplió y definió como aquel beneficio o mayor valor adquirido del inmueble afectado por las construcciones, y en razón de éstas.

La regulación más reciente, contenida en los preceptos citados por la actora (Decreto 1604 de 1966 y Decreto 1394 de 1970), tiende a conciliar los extremos conceptuales, con el resultado de que, normalmente, el límite máximo de la contribución está dado por el costo de la obra pública, sus ajustes y porcentaje de imprevistos, todo dentro del margen del beneficio, estimable en dinero, efectivamente recibido por el respectivo inmueble, al punto de que un aprovechamiento inferior, o la inexistencia de éste, llevarían a la disminución y hasta a la eliminación del gravamen.

De acuerdo con principios rectores de la contribución, entre otros, los contemplados en el Decreto 1604 de 1966 y la Ordenanza 105 de 1969, de la Asamblea del Valle del Cauca, se ha de entender por bene-

ficio, el aumento del valor comercial o de la productividad del predio servido, cuando dicho incremento sea "susceptible de regulación en cifra numérica".

Ahora bien, se configuran en el proceso circunstancias fácticas cuya existencia está fuera de cualquier discusión, a saber, que sean dos las construcciones o proyectos de construcción, en su caso, las que afectan la propiedad inmueble de la actora, con presupuestos aprobados y autónomos; que dicha propiedad esté situada en las áreas de proyección y delineamiento de tales obras; y que, cada una de éstas, comprometa secciones específicas de aquélla precisamente deslindadas en los listados de distribución y los actos demandados.

Se trata, pues, de dos especies de obras de utilidad común, diferentes entre sí, proyectadas sobre sendas franjas de influencia del inmueble de la actora que, igualmente, difieren una de otra y cada una de las cuales genera una contribución por el beneficio que recibe por la obra.

Por otra parte, no obra en el proceso antecedente alguno que pruebe la manifestación de impedimento de algunos de los peritos ingenieros, o la recusación formulada, en tiempo, contra cualquiera de ellos, conforme al artículo 235 del Código de Procedimiento Civil, ni que la pericia hubiera sido objetada oportunamente, a términos del artículo 238 *ibídem*, de donde, es forzoso conceder a ésta el carácter de prueba no cuestionada, presumiblemente aceptada por la contraparte y, desestimar las objeciones que se pretendió introducir en las alegaciones de conclusión de la actora ante el *a quo*, en torno de las supuestas inidoneidad o parcialidad de los peritos, no sólo por ser inoportunas aquéllas, sino por falta de prueba sobre las mismas.

Se tiene dicho ya que, de conformidad con los preceptos legales invocados por la actora, el monto de las contribuciones está subordinado, en primer lugar, a la cuantía de los costos y gastos presupuestados de la respectiva obra pública y, después, al beneficio generado por ésta sobre el predio servido.

A primera vista es perceptible, en los actos acusados y en el experticio, que la oficina regional de valorización se limitó a distribuir el costo proyectado, entre los distintos predios de la zona de influencia delimitada por ésta, de acuerdo con factores y coeficientes de que ya se dio cuenta, liquidando, a título de contribución y, paralelamente, de virtual beneficio, el correspondiente valor proporcional del aludido costo.

Como los actos de la Administración se presumen estar ajustados a la legalidad, presunción que no es desvirtuable sino con prueba contraria, síguese que la carga de la prueba atinente a un eventual perjuicio inferido por la obra pública, o la ausencia de beneficio generado por ésta, o la constitución de una cifra inferior del mismo, revirtió contra la actora, como bien lo dijo el señor Fiscal Tercero.

Y, pues, no ha allegado ésta comprobaciones de tal relevancia y, contrariamente, el dictamen de los expertos ingenieros es concluyente,

tocante a la utilidad de la obra pública en cuestión, se mantiene *incólume* la presunción del beneficio material generado por aquella respecto de la propiedad inmueble de la actora, en cifra equivalente al del costo presupuestado y proporcionalmente distribuido como contribución, costo que no fue discutido.

Por lo demás, apareciendo, en diversas piezas del proceso, estrictamente demarcadas las zonas de incidencia de cada una de las dos obras de beneficio común de que se viene hablando, las hipótesis de la doble imposición, o de la afectación de sectores exentos, son insostenibles.

La primera, porque es palmario que las franjas gravadas no son comunes, ni se superponen; la segunda, que se infiere de lo anterior, toda vez que, aún en el evento de que los predios de la actora fueran parte de la urbanización o ciudadela "Acopi", la exclusión se debe entender referida necesariamente a secciones ya gravadas por el acueducto de esta urbanización, no aquellas no contempladas en el presupuesto de dicha obra.

Finalmente, el fraccionamiento de los predios de la actora, se debe tener como ajustado a las normas y requerimientos técnicos del diseño, trazado y construcción de las obras de ambos acueductos, pues esto es lo que se colige del dictamen pericial, donde aparecen nítidamente establecidos los factores y coeficientes de determinación de las áreas de incidencia de cada obra, la capacidad instalada del servicio, las naturales limitaciones de éste y las posibilidades de uso del mismo, dentro de cada franja de cobertura diseñada, a más de cálculos específicos. Con todo ello se demuestra, objetivamente, que el costo de las obras, si se hubiere proyectado un sistema único de acueducto, hubiera resultado superior a la suma de costos de los dos acueductos.

No está, por tanto, llamado a prosperar, ninguno de los cargos de violación esgrimidos por la accionante.

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, 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, José Ignacio Narváez García.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

EXPLOTACION DE CANTERAS.— Régimen legal.

Las canteras son cosas accesorias al suelo que se rigen por los principios que informan la accesión, estando por ende pautada su exploración, explotación, procesamiento y aprovechamiento por disposiciones especiales y diferentes de aquellas que gobiernan la exploración y explotación de los yacimientos mineros y que obedecen a régimen distinto al previsto para la minería.

SE REVOCA LA SUSPENSION PROVISIONAL de los artículos 2º y 3º del Acuerdo número 5 de 26 de enero de 1984, expedido por la Corporación Autónoma Regional de las Cuencas de los Ríos Bogotá, Ubaté y Suárez (CAR), decretada por providencia de 12 de febrero de 1988.

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

Consejero ponente: *Doctor Guillermo Benavides Melo.*

Referencia: Expediente número 555. Actor: Carlos Gustavo Arrieta P.

La Sala de Decisión de la Sección Primera de la Corporación entra a resolver de plano el recurso ordinario de *súplica* interpuesto doblemente y en su oportunidad legal en el proceso en referencia contra el auto de 12 de febrero del año en curso, que admitió la demanda, pero sólo en cuanto éste decretó la suspensión provisional de los efectos del acto acusado.

Antecedentes:

En acción pública y en su propio nombre presenta el actor demanda de nulidad, con solicitud de suspensión provisional, contra los artículos 2º y 3º del Acuerdo número 5 de 26 de enero de 1984, expedido por la Corporación Autónoma Regional de las Cuencas de los Ríos Bogotá, Ubaté y Suárez (CAR). Por providencia de 12 de febrero del corriente año (fls. 23 a 25), el Consejero conductor del proceso admitió la demanda y decretó la suspensión provisoria de los efectos del acto atacado, por reputar que *prima facie* éste viola de modo ostensible disposiciones superiores.

El proveído materia del recurso, con base en la solicitud de suspensión provisional, hace en doble columna el cotejo comparativo

entre los artículos 2º y 3º del Acuerdo 5 de 1984 acusado y los literales e) y m) del artículo 3º de la Ley primera de 1984, para rematar explicando:

"En este punto concluye el actor que 'de la simple lectura de las normas transcritas se vé, de manera ostensible y manifiesta la contradicción entre las dos disposiciones', o sea, entre los actos demandados con las funciones del Ministerio de Minas y Energía. Y, en verdad, mientras las primeras afirman que la exploración, explotación y procesamiento de canteras, areneras, receberas, chircales y ladrilleras, estarán sujetas a las disposiciones del Acuerdo número 5 de 1984 y Acuerdo 13 de 1980, los ordinales e) y m) del artículo 3º de la Ley 1ª de 1984 disponen cómo la exploración, explotación y procesamiento de canteras, areneras, receberas, chircales y ladrilleras, estarán sujetas a las disposiciones del Acuerdo 5 de 1984 y Acuerdo 13 de 1980, los ordinales e) y m) del artículo 3º de la Ley 1ª de 1984 disponen cómo la exploración, explotación y procesamiento 'de los recursos naturales no renovables', que son las canteras, areneras, receberas, chircales y ladrilleras (nombradas en los actos acusados), son funciones del Ministerio de Minas y Energía, al cual le corresponde, según la misma Ley 1ª, 'dictar los reglamentos, y hacer cumplir las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias', en relación con tales actividades".

Las súplicas:

Dos son los recursos de súplica interpuestos: El propuesto por el ciudadano Germán Cavelier a través de apoderado, quien pide tenérsele como parte impugnadora de la demanda; y el intentado, también por conducto de mandatario judicial, por el Director Ejecutivo de la CAR, en su calidad de representante legal, como parte demandada.

En síntesis, la parte impugnadora formula su recurso de súplica con base en lo siguiente: 1. La Ley 3ª de 1961, que creó la CAR, le otorgó funciones como aquellas que trata el Acuerdo 5 de 1984, en los literales g) y m) del artículo 4º, para intervenir en la "exploración y explotación de los recursos mineros"; 2. Posteriormente, en aplicación de tales facultades, la CAR expidió el Acuerdo número 13 de 1980, sobre todo lo atinente al control de la industria extractiva, la exploración, explotación, procesamente (sic) de canteras, gravilleras, chircales, ladrilleras, Acuerdo que se encuentra vigente aún cuando fue demandado en acción de nulidad ante el Consejo de Estado, Corporación esta que, conforme a su sentencia de 7 de octubre de 1982, no accedió a las peticiones de la demanda; el suplicante transcribe apartes de tal fallo; 3. La propia Ley 1ª de 1984 que reestructuró al Ministerio de Minas y Energía, determina en su artículo 3-11 que paralelamente a tal Cartera Ministerial existen otros organismos oficiales encargados de regular aspectos atinentes a la "exploración, explotación, industrialización y comercialización de los recursos mineros", en orden al mantenimiento del balance ecológico y un adecuado control y preservación del medio ambiente, y 4. Que todas las anteriores consideraciones "tienen un mayor refuerzo jurídico" en los artículos 33 y 17 de los Decretos 1275 de 1970 y 1477 de 1986, respectivamente. Por todo esto concluye pidiendo la revocatoria de

la medida cautelar, toda vez que *"no se aprecia a* prima facie la manifiesta violación" de que trata el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo.

Por su parte la apoderada de la CAR pide revocar el auto suplicado con base en las facultades genéricas que el Decreto 2811 de 1974 señala para "velar por la conservación de los suelos para prevenir y controlar la erosión, degradación, salinización o revenimiento", lo mismo que en lo que prevén los artículos 181 y 305 *ibídem* y las Leyes 3ª de 1961 y 62 de 1983.

A su turno la actora pide mantener la suspensión provisional atacada en súplica y reitera grosso modo sus planteamientos hechos en la demanda.

Consideraciones:

El auto confutado asimila o, mejor aún, identifica los "recursos naturales no renovables" de que habla la Ley 1ª de 1984, con las canteras, areneras, receberas, chircales y ladrilleras a que se refiere el Acuerdo acusado.

Sobre el particular la Sala de Decisión encuentra que el punto materia del debate ha sido estudiado *in extenso* y aclarado por la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, en el siguiente concepto que acoge y transcribe a continuación:

"1. La consulta tiene por objeto definir si las canteras pertenecen a la Nación o al dueño del suelo. Esta definición permite determinar el régimen jurídico aplicable a su explotación.

"2. El *artículo 202 de la Constitución* prescribe que pertenecen a la Nación:

"Artículo 202. Pertenecen a la República de Colombia:

"1º Los bienes, rentas, fincas, valores, derechos y acciones que pertenecían a la Unión Colombiana en 15 de abril de 1886.

"2º Los baldíos, minas y salinas que pertenecían a los Estados, cuyo dominio recobra la Nación, sin perjuicio de los derechos constituidos a favor de terceros por dichos Estados, o a favor de éstos por la Nación a título de indemnización.

"3º Las minas de oro, de plata, de platino y de piedras preciosas, que existen en el territorio nacional, sin perjuicio de los derechos que por leyes anteriores hayan adquirido los descubridores y explotadores sobre algunas de ellas".

"Este precepto que con limitaciones unificó en el Estado el dominio minero, es la fuente constitucional de la legislación minera que ha regido en el país desde 1886. De él se infiere que pertenecen a la Nación los bienes, en ellos incluidos las minas, que eran de propiedad de la Unión Colombiana el 15 de abril de 1886; los que pertenecían a los antiguos Estados, sin perjuicio de derechos adquiridos.

"3. Al adoptarse como legislación nacional el Código de Minas de Antioquia y el Código Fiscal de la Unión, que desde el 28 de octubre de 1973 reservó para la Nación la propiedad del subsuelo, el régimen jurídico del dominio minero, entendido en armonía con el artículo 202 de la Constitución, comprende minas de propiedad del Estado y de los particulares, a saber:

"a) Pertenecen al Estado las minas de oro, plata, platino y piedras preciosas, en cualquier lugar que se encuentren, exceptuadas las adjudicadas a los particulares que no hayan revertido a la Nación; las situadas en tierras que eran baldías el 28 de octubre de 1873; las que, como patrimonio privado, pertenecían a la Unión Colombiana, el 15 de abril de 1886; las reservas hechas para ésta por leyes especiales y las de los Estados que, de conformidad con el artículo 202, ordinal 2º, de la Constitución pasaron a ser de la Nación;

"b) Las minas de propiedad particular tienen las siguientes fuentes jurídicas:

"1º La adjudicación, practicada desde la Colonia hasta que entró en vigencia la *Ley 20 de 1969,* que subrogó en este aspecto el Código de Minas e hizo imposible la adjudicación de las minas de oro, plata, platino, cobre y piedras preciosas, que se regían por el mencionado estatuto, para hacer posible su explotación, como la de las demás minas, exclusivamente por el sistema de concesión, aporte o permiso (art. 8º Ley 20 de 1969). Pero las minas adjudicadas hasta que entró en vigencia la Ley 20 de 1969, a condición de que se hubieren explotado en la forma prescrita por los artículos 3º y 4º *ibídem,* son de propiedad particular.

"2º Accesión, también aplicada desde la Colonia, según la cual el dueño del suelo lo es de las minas, salvo las que el Estado se hubiere reservado, según el Código Fiscal de 1873, reiterado por el que lo reemplazó (art. 4º, literal c), de la Ley 110 de 1912), si el fundo salió del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, el dueño del suelo lo era del subsuelo respecto de todas las minas, exceptuadas las de oro, plata, platino y piedras preciosas que pertenecen a la Nación, cualquiera que sea el predio en donde se encuentren salvo los derechos constituidos en favor de los descubridores y explotadores que no hayan revertido a la Nación (art. 202, ord. 3º, de la Constitución, 3º y 4º de la Ley 20 de 1969).

"3º Guacas, sepulturas, o patios de indios, que el artículo 15 del Código de Minas declara 'de propiedad de los individuos que los explotan', con derecho a hacer las explotaciones y establecer los trabajos necesarios, pero a condición de no 'perjudicar las obras públicas, las poblaciones, las aguas de que en ellas se hace uso y las habitaciones particulares'.

"4º Mazamorreo, bareque o lavadero de pobres, garantizado por el parágrafo del artículo 1º de la Ley 13 de 1937, que permite a los mineros pobres apropiarse de los metales que encuentren en las minas de aluvión de metales preciosos situados en los lechos de las aguas de uso público.

"5º La Legislación Colombiana no define el concepto de canteras. Pero el Código Civil, en los artículos 659, 755, 843 y 2447 distingue las minas de piedras y canteras sobre la base de considerar a estas como accesorios del suelo y pertenecientes, por lo mismo, al dueño del fundo. Por consiguiente, las canteras se rigen por el principio de la accesión. Pero, como se trata de una excepción al régimen minero prescrito por el Código Fiscal que, aunque prevaleciente conforme a lo prescrito por el artículo 5º, regla 2ª de la Ley 57 de 1887 por provenir del Código Civil, es de restrictiva interpretación y, por esta causa, la cantera, entendida según el Diccionario de la Academia de la Lengua, como el 'sitio de donde se saca piedra, greda u otra sustancia análoga para obras varias', accede al suelo y pertenece al dueño del fundo; mas no puede confundirse con los yacimientos de otras clases de piedras, como las preciosas, reguladas por la Constitución y por la legislación minera especial.

"4. En este orden de ideas, los artículos 1º, 2º y 3º de la Ley 51 de 1942 facultan a los municipios para conceder permisos para explotación de canteras, areneras y elaboración de materiales de construcción, mediante el procedimiento que al efecto prescriben, suspender o cerrar la explotación e imponer las multas que fueren pertinentes. El artículo 3º prescribe que los propietarios 'serán responsables ante los particulares o las entidades públicas, según el caso, de todos los perjuicios que pueden ocasionarse en cualquier tiempo por tales explotaciones y aún cuando haya habido permiso'.

"5. Es obvio que si las canteras se encuentran en fundos de propiedad del Estado o de otra entidad de derecho público, le pertenecen como bienes fiscales y puede explotarlas conforme a lo prescrito por la ley.

"6. El artículo 99 del Decreto-ley 2811 de 1974, Código Nacional de los Recursos Naturales Renovables y Protección del Medio Ambiente, forma semejante al régimen legal de explotación de canteras y areneras privadas, en el artículo 99 prescribe que 'requiere permiso la extracción por particulares de materiales de arrastre de los cauces o lechos de las corrientes o depósitos de aguas, como piedra, arena y cascajo' y la 'de materiales de cauce, corrientes o depósitos de agua para obras públicas que ejecuten entidades oficiales'. Estos permisos, según el artículo 38, número 3, letra a) de la Ley 133 de 1976, deben ser expedidos por el Instituto Colombiano de los Recursos Renovables y del Ambiente.

"7. El artículo 1º de la Ley 20 de 1969 prescribe que 'todas las minas pertenecen a la Nación, sin perjuicio de los derechos constituidos a favor de terceros, entendidos como «situaciones jurídicas subjetivas y concretas debidamente perfeccionadas y vinculadas a yacimientos descubiertos»'.

"El artículo 3º *ibídem* concede a los propietarios de minas, cualquiera que sea el título con que las hayan adquirido, un plazo de gracia para iniciar su explotación y prescribe que a su vencimiento, sin que ello haya ocurrido, o por suspensión de la explotación de la mina por más de un año, el derecho se extingue. El artículo 8º de la Ley 20 de 1969 a la vez dispone que 'todas las minas que pertenez-

can a la Nación inclusive las de piedras y metales preciosos de cualquier clase y ubicación, las de cobre y las de uranio y demás sustancias radioactivas, quedan sujetas al sistema de la concesión, del aporte o del permiso, conforme a las clasificaciones que adopte el Gobierno'. Pero los yacimientos de la reserva especial del Estado, agrega la disposición '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'.

"La Sala observa que las disposiciones indicadas de la Ley 20 de 1969, se refieren tanto a las minas del Estado como a las de propiedad particular, adquiridas con anterioridad a su vigencia; que la ley, en relación con las minas de oro, plata, platino, cobre y piedras preciosas, cambió el sistema de adjudicación, hasta entonces regulado por el Código de Minas, por el de la concesión, aporte o permiso que se aplica para la explotación de todas las minas del Estado, incluidas las de reserva nacional, con la limitación ya señalada; que la Ley 20 de 1969 también tiene por objeto hacer que los propietarios particulares de minas las exploten económicamente o, en su defecto, que estas reviertan a la Nación, que, en consecuencia, esa ley, que no regula íntegramente la materia comprende algunas disposiciones sobre las minas del Estado y de propiedad particulares mas no sobre otros depósitos, que, como las canteras, la ley no define como minas sino como accesorios del suelo, cuya explotación rige, no por la Ley 20 de 1969, sino por la número 51 de 1942 y por el artículo 99 del Decreto-ley 2811 de 1974.

"Esto explica que el artículo 33 del Decreto reglamentario número 1275 de 1970, actualmente sustituido por el *artículo 6º del Decreto reglamentario 2182 de 1972* disponga que 'los permisos o licencias para extraer piedra, arena y cascajo de los lechos de los ríos y aguas de uso público y de las playas, lo mismo que la explotación de canteras, continuarán rigiéndose por las disposiciones vigentes y serán del conocimiento de las autoridades que en la actualidad tienen competencia para ello. *Para los efectos de este artículo se entiende como cantera únicamente los depósitos de piedra común, arena y cascajo destinados a la construcción.*

"El artículo 6º del Decreto 2181 de 1972 reglamenta el artículo 8º de la Ley 20 de 1969, para reiterar que las canteras, entendidas en el sentido restrictivo indicado, no son minas y que su explotación se rige por disposiciones legales especiales y diferentes de las que regulan la minería.

"(Concepto de noviembre 24 de 1980, Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Doctor Humberto Mora Osejo. Rad. 1459. Consultas del Gobierno. Formulada por el Ministro de Minas y Energía. *Autorizada su publicación en enero de 1985*)".

En consecuencia, las canteras, es decir, los sitios o lugares "de donde se saca piedra, greda u otra substancia análoga para obras varias", según la definición —acepción primera— que trae el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, Edit. Espasa-Calpe S. A., Vol. II, Madrid, 1982, son cosas accesorias al suelo que se rigen

por los principios que informan la accesión, estando por ende pautadas su exploración, explotación, procesamiento y aprovechamiento por disposiciones especiales y diferentes de aquellas que gobiernan la exploración y explotación de los yacimientos mineros y, en general, que obedecen a régimen distinto al previsto para la minería. De donde, por lo tanto, en contra de lo afirmado por la providencia materia de la súplica que se desata, de la sencilla comparación no surge *prima facie* o no resulta ni se percibe la ostensible o manifiesta violación de normas superiores que exigen los mandatos legales para que pueda accederse a decretar la suspensión provisional de los efectos del acto acusado, razón que mueve a la Sala de Decisión a revocar el auto confutado en cuanto ordenó la medida cautelar provisoria.

Por lo anotado, la Sección Primera de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado, en Sala de Decisión,

Resuelve:

1º *Revocar* el ordinal segundo (2º) de la providencia de fecha 12 de febrero de 1988, materia de súplica, mediante la cual el consejero que conduce el proceso decretó la suspensión provisional de los efectos de los artículos segundo y tercero (2º y 3º) del Acuerdo número 5 de 1984, expedido por la Junta Directiva de la Corporación Autónoma Regional de las Cuencas de los Ríos Bogotá, Ubaté y Suárez (CAR).

2º Una vez ejecutoriada esta providencia, vuelva el expediente al Despacho del Consejero director del proceso para que siga su trámite normal.

3º Por Secretaría remítase copia *in integrum* de este proveído tanto al Presidente de la Junta Directiva de la CAR, como al señor Ministro de Minas y Energía, lo mismo a la parte impugnadora.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala de Decisión en su sesión de fecha doce de agosto de mil novecientos ochenta y ocho.

Guillermo Benavides Melo, Samuel Buitrago Hurtado, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

ESCALAFON DOCENTE.—

Las garantías propias del escalafón, en todas las carreras, sólo operan hasta cuando el empleado reúne los requisitos para pensión de jubilación.

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

Consejera ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente número 2636. Autoridades Nacionales. Actor: Carlos Calderón Mosquera.

La Universidad Tecnológica del Chocó "Diego Luis Córdoba" interpone recurso de apelación contra la sentencia de 16 de febrero de 1987, proferida por el Tribunal Administrativo del Chocó.

Antecedentes:

El señor Carlos Calderón Mosquera, en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho solicitó al Tribunal lo siguiente:

"1º Que es nulo el acto administrativo contenido en las comunicaciones de fecha 25 de junio de 1985; 15 de abril de 1985 y 29 de septiembre de 1983, proferidos por la Universidad Tecnológica del Chocó 'Diego Luis Córdoba'.

"2º Que como consecuencia de la declaración anterior se disponga que el Consejo Superior de la Universidad Tecnológica del Chocó 'Diego Luis Córdoba' debe proceder a ordenar la clasificación del doctor Carlos Calderón Mosquera como profesor titular de Economía Política e Historia de las Doctrinas Económicas (Programa de Administración de Empresas), por haberse satisfecho los requisitos y condiciones establecidos en el artículo 110 del Decreto 080 de 1980 y los artículos 27 y 32 del Decreto 880 de 1984, mediante el cual se aprobó el Acuerdo número 057 de 1983, sobre adopción del Reglamento de Personal Docente de la Universidad Tecnológica del Chocó 'Diego Luis Córdoba', toda vez que al ser desvinculado de la Universidad mediante Resolución número 345 de mayo 7 de 1984 ya había entrado a regir el Acuerdo número 057 de septiembre 19 de 1983, aprobado el 10 de abril de 1984 por el Gobierno Nacional.

"3º Que en razón de lo dispuesto en los puntos anteriores, se ordene el reconocimiento de las prestaciones sociales correspondientes a la clasificación ordenada por el Honorable Tribunal Contensioso (sic) Administrativo para que sean decretadas por el Consejo Superior de la mencionada Universidad y se liquide la pensión de jubilación ya decretada de acuerdo a su clasificación en el Escalafón Docente".

La sentencia apelada:

El Tribunal sin realizar mayor análisis de la cuestión planteada, apoyándose exclusivamente en los argumentos expuestos por el actor, los cuales transcribe para fundamentar el fallo, encontró violados el artículo 30 de la Constitución Nacional y la Ley 153 de 1887 sobre derechos adquiridos. Dijo que la falta de reglamentación del Estatuto Docente sobre escalafón en la Universidad no aniquila el derecho que tenía el profesor Calderón Mosquera a ser clasificado, por cuanto su vigencia no estaba subordinada al cumplimiento de ese requisito; dio por probados los que se exigen para el escalafonamiento y accedió a las súplicas de la demanda tal como fueron formuladas, incluyendo reajuste de prestaciones sociales.

El concepto fiscal:

El señor Fiscal Cuarto ante el Consejo de Estado, luego de hacer análisis de los actos acusados concluye solicitando se revoque la sentencia apelada para que en su lugar se declare caducada la acción.

No observando causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir mediante las siguientes

Consideraciones:

Los actos acusados son tres:

1º Comunicación de 29 de septiembre de 1983, dirigida al actor por el Secretario General encargado de la Universidad.

2º Comunicación del 15 de abril de 1985, también del Secretario General para el actor.

3º Comunicación de junio 25 de 1985, dirigida por el Rector de la Universidad al señor Calderón Mosquera.

El primero de los relacionados ni es acto administrativo demandable, ni se podía acusar en 1985 por estar caducada la acción.

El segundo tampoco es acto administrativo demandable, pues igual que el anterior, está suscrito por el Secretario General, quien no tiene capacidad para obligar a la entidad ni está tomando decisión alguna, simplemente comunicando decisiones o conceptos de otros funcionarios.

El tercero, que contiene más bien una información sobre el caso del señor Calderón Mosquera, es el único que está suscrito por el

Rector del centro docente. Podría aceptarse, en gracia de discusión, que este sí es acto administrativo acusable y que contiene una negativa a la petición de clasificación en el escalafón.

Ciertamente, sólo hasta la expedición del Decreto 880 de 10 de abril de 1984, se aprobó el estatuto docente de la Universidad del Chocó, y este decreto fue publicado en el *Diario Oficial* número 36591 de 2 de mayo de 1984.

Aún aceptando que dicho estatuto pudiera aplicarse sin reglamentación, es un hecho probado dentro del expediente, que al señor Calderón Mosquera, por haber reunido los requisitos legales, se le reconoció el derecho a disfrutar de pensión de jubilación, mediante Resolución número 125 de 5 de abril de 1984.

Entre las finalidades del escalafón la más importante es la de conceder estabilidad en el cargo mientras se desempeñe con eficiencia y honestidad, la de garantizar ascensos por méritos y capacitación.

Nada de eso puede cumplirse cuando el profesor reúne ya los requisitos para pensión de jubilación. Por tanto, las garantías propias del escalafón, en todas las carreras, solo operan hasta cuando el empleado reúne tales requisitos.

Es verdad que el señor Calderón Mosquera venía solicitando su clasificación desde tiempo atrás.

Pero no lo había obtenido puesto que en la Universidad del Chocó no existía estatuto que lo hiciera operante.

Y si no había estatuto de carrera, tampoco el ingreso a la Universidad pudo hacerse mediante concurso ni se estableció el cumplimiento de los demás requisitos exigidos en el Acuerdo 057 de 1983 para ser escalafonado, como lo pretende el actor, en la categoría de profesor titular de Economía Política e Historia de Doctrinas Económicas, porque esos requisitos entraron a regir el 2 de mayo de 1984, cuando comenzó a regir el Decreto 880 de 1984, y ya para entonces el actor estaba pensionado.

La clasificación lograda en otra Universidad en el año de 1957, no tenía ninguna validez en la Universidad del Chocó frente a las disposiciones vigentes.

El artículo 107 del Decreto 80 de 1980, citado en la demanda, es claro al prescribir que para efectos de la promoción de los docentes, cada institución oficial tendrá su propio régimen de escalafón o de carrera.

El artículo 109 del mismo estatuto de la posibilidad de solicitar, después de transcurrido un año del primer nombramiento el ingreso al escalafón.

Pero para ello debe existir en el respectivo centro docente el correspondiente estatuto. Además, debe quedar muy claro que no habiendo escalafonamiento automático, no se puede hablar de derechos adquiridos por el solo transcurso del tiempo —tesis central de

la demanda y de la sentencia impugnada—; existen meras expectativas para su obtención, si es que se cumplen los requisitos exigidos en el estatuto.

También es preciso dejar en claro, que el escalafón no surte efectos sino a partir de la fecha en que se realiza; luego mal podría la sentencia hacerle producir efectos retroactivos y ordenarlo para un pensionado, cuando lo legal es que se escalafone el personal en servicio activo.

Finalmente cabe anotar, cómo la providencia recurrida, a más de anular todos los actos acusados sin siquiera analizarlos, ordena reconocimiento de prestaciones sociales y reajuste de la pensión de jubilación, cuestiones ajenas a este proceso y respecto de las cuales no se había agotado la vía gubernativa.

Resumiendo tenemos:

a) No existe escalafonamiento automático;

b) En materia de escalafón no puede hablarse de derechos adquiridos;

c) Para tales efectos no tienen valor clasificaciones anteriores hechas en otra Universidad;

d) No hay posibilidad de escalafonamiento cuando se reúnen los requisitos para pensión, y menos aún respecto a una persona pensionada y retirada del servicio.

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

Falla:

Revócase la sentencia apelada proferida por el Tribunal Administrativo del Chocó el 16 de febrero de 1987, dentro del proceso iniciado por el señor Carlos Calderón Mosquera.

En su lugar el Consejo de Estado se inhibe para conocer de las comunicaciones de fecha 29 de septiembre de 1983 y 15 de abril de 1985, y niega las demás súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada el día diecinueve (19) de agosto de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

DESVIACION DE PODER.— Prueba.

Cuando se alega desviación de poder debe llevarse al Juez la certeza incontrovertible de que los motivos que tuvo la administración para proferir el acto enjuiciado no son aquellos que le están expresamente permitidos por la ley, sino otros, de manera que el resultado de la decisión que se ataca es diverso del que naturalmente hubiera debido producir si la decisión se hubiere proferido de acuerdo con los dictados legales que la informan.

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

Consejera ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Proyectó: *Víctor Manuel Ruiz,* Magistrado auxiliar.

Referencia: Expediente número 3259. Actor: Silvio Chávez Cabrera. Autoridades departamentales.

Silvio Chávez Cabrera, actuando en su propio nombre y en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Nariño para solicitar: La declaración de nulidad de la Resolución número 2273 de diciembre 5 de 1986, por medio de la cual se declaró insubsistente su nombramiento como Asesor Jurídico del Servicio Seccional de Salud de Nariño y que se dispusiera su reintegro a ese cargo o a otro de igual o superior categoría y remuneración y el pago de todos los emolumentos dejados de devengar por razón de esa declaratoria de insubsistencia.

El Tribunal, mediante sentencia de octubre 16 de 1987, accedió a las pretensiones de la demanda.

Esa sentencia fue enviada en consulta a esta Corporación y aun cuando se observa que el auto que así lo dispuso (fl. 226) adolece de fallas, pues suple una deficiencia de la sentencia y está proferido por un solo Magistrado y no por la Sala, en razón de la economía procesal es del caso proferir sentencia, a lo cual se procede mediante las siguientes

Consideraciones:

En la demanda se impugnó la legalidad de la resolución de insubsistencia argumentando fundamentalmente que: "Las razones de la

declaratoria de insubsistencia que me fueron informados directamente por el Jefe del Servicio Seccional de Salud estuvieron relacionadas con los hechos ocurridos con ocasión de la declaratoria de insubsistencia de la doctora Rita Flórez de Zambrano, al acusarme y señalarme como autor intelectual de una carta suscrita y presentada por la mencionada doctora de Zambrano, el día 1º de diciembre de 1986 ante el Jefe del Servicio Seccional de Salud; y además por motivos de carácter político". Alegó también el demandante que para su destitución (sic) no se observó el proceso disciplinario consagrado para los funcionarios del Sistema Nacional de Salud; que el Sindicato de Trabajadores de la Salud de Nariño presentó queja y solicitud de investigación disciplinaria por la forma como se le separó del servicio; que el Jefe del Servicio Seccional de Salud dijo que tenía motivos para despedirlo; y que para despedirlo no se tuvo en cuenta la necesidad de mejorar el servicio público. Por tales razones se acusa la resolución señalada, así como por desviación y abuso de poder y por haberse expedido con violación de las siguientes disposiciones: Artículos 16, 17, 26, 32 de la Constitución Nacional; 9, 13, 19, 20, 21 del Código Sustantivo del Trabajo; 12 y 14 del Decreto-ley 2400 de 1968; 89, 90, literal b), 93, 94, 127 literales a) y b) del Decreto 1468 de 1979; Título Séptimo del Régimen Disciplinario del Decreto 694 de 1975, Capítulo X del Decreto 1468 de 1979 y Circular 007 de septiembre 5 de 1986 de la Gobernación de Nariño.

En la sentencia consultada se accedió a las súplicas del libelo porque a juicio del Tribunal "del estudio del proceso y de los antecedentes administrativos se establece que la separación del servicio del demandante doctor Silvio Chávez Cabrera, se hizo con desviación de poder al señalarlo como autor intelectual de una carta suscrita y presentada por la doctora Rita Flórez de Zambrano, dirigida al doctor Cástulo Cisneros Mora, en su calidad de Jefe Seccional de Salud de Nariño, cuyo texto en lo pertinente dice: La presente tiene por objeto en primer lugar agradecerle la gentileza por la cual tuvo a bien tenerme entre sus inmediatos colaboradores durante el tiempo que va corrido de su administración, siendo grato para mí no haber dado motivo para prescindir de mis servicios como usted, mismo me lo manifestó en su Despacho en nuestra conversación personal, a solicitud suya, en la cual fuí informada que tenía que ser declarada insubsistente porque tenía que ocupar mi cargo la sobrina del doctor Laureano Alberto Arellano, en atención a un compromiso político y en segundo lugar para informarle que ha (sic) decidido abstenerme de presentar mi renuncia, tal como acordamos ante su solicitud de mi retiro" (fl. 77).

Como se observa, el cargo fundamental contra el acto acusado, esgrimido por el accionante y aceptado por el Tribunal de instancia, se hace consistir en que al expedirlo el Jefe Seccional del Servicio de Salud de Nariño incurrió en desvío de poder.

Debe la Sala estudiar en seguida si en el presente caso evidentemente se configuró esa circunstancia.

Ha dicho el Consejo de Estado que la desviación de poder "consiste en el hecho de que una autoridad administrativa, con la competencia suficiente para dictar un acto ajustado, en lo externo, a las regularidades de forma, lo ejecuta, no en vista del fin para el cual se

le ha investido de esa competencia sino para otro distinto". Así las cosas y de acuerdo con nutrida consagración jurisprudencial, cuando se alega desviación de poder debe llevarse al Juez la certeza incontrovertible de que los motivos que tuvo la administración para proferir el acto enjuiciado no son aquellos que le están expresamente permitidos por la ley, sino otros, de manera que el resultado de la decisión que se ataca es diverso del que naturalmente hubiera debido producirse si la decisión se hubiese proferido de acuerdo con los dictados legales que la informan.

En otras palabras, cuando se alega desviación de poder como causal para pedir la nulidad de un acto administrativo y como consecuencia un eventual restablecimiento de derecho, quien pretenda esa declaración está obligado a aportar tales pruebas que el Juez del conocimiento no tenga la más mínima duda de que al expedir el acto controvertido el agente de la administración que lo produjo no buscó obtener el fin obvio y normal determinado al efecto, sino que, por el contrario, se valió de aquella modalidad administrativa para que se obtuviera como resultado una situación en un todo diversa a la que explícitamente busca la ley.

En este caso se controvierte una declaratoria de insubsistencia que no está motivada, de modo que la prueba sobre la pretendida desviación de poder ha de aparecer notoria y ostensible, y realmente ocurre todo lo contrario.

En efecto, el demandante sostiene que hubo motivos ocultos distintos a buscar el buen servicio público para que se expidiera el acto acusado, y hace consistir esos motivos en que supuestamente el productor del acto acusado quiso con la medida de la insubsistencia reprender la falta que hubiera cometido el accionante al haber redactado la carta por medio de la cual la doctora Rita Flórez de Zambrano argumentó que no presentaba la solicitada renuncia de su cargo en la Seccional de Salud de Nariño (visible en fotocopia simple a fl. 30).

Pero además de que ese cargo sería intrascendente como argumento central, la verdad es que no aparece probado en el curso del proceso.

Por ningún medio probatorio se ha aportado la certidumbre de que el doctor Cástulo Cisneros Mora le hubiera dicho a Silvio Chávez Cabrera ni a nadie más, que declaraba insubsistente su nombramiento por haber redactado la carta a nombre de la doctora Flórez de Zambrano; y mal habría podido aducir esta circunstancia en perjuicio del actor porque la mencionada doctora simplemente estaba advirtiendo algunos aspectos relativos a su vinculación laboral y diciendo que no renunciaba y la sola redacción de esa carta no podía ser considerada jamás como falta disciplinaria, como en efecto no aparece que se hubiera tenido en cuenta.

Por otra parte, se ha alegado en el curso del proceso que en cintas grabadas que obran en el expediente aparecería la comprobación inequívoca de que el Director del Servicio Seccional de Salud de Nariño —autor del acto demandado— reconoció haber decretado la insubsistencia del nombramiento de Silvio Chávez Cabrera por

motivos tales como presiones políticas y otros que "no estaba obligado a revelar", pero en sentir de la Sala tal argumentación carece de la fuerza probatoria que la mantenga *incólume.*

En verdad todos los actos administrativos obedecen a algún motivo. Sólo que tratándose de una insubsistencia de empleado no inamovible, no es obligatorio manifestarlo.

Debe sí anotarse en la hoja de vida, y así se hizo, indicando como tal, "mejoramiento del servicio".

Las diligencias de "reconocimiento" de las mencionadas grabaciones no provienen del funcionario que habló en las reuniones grabadas y obviamente no es admisible que el dicho de terceros que "identifican" las voces contenidas en la cinta pueda comprometer el pronunciamiento de quien jamás ha expresado por ejemplo: "Esa es *MI* voz y yo dije lo que hemos oído".

Plena prueba sería una grabación si el interrogado acepta dentro del proceso lo grabado en la forma anotada, pero no en otras circunstancias; menos aun cuando quienes deponen sobre las grabaciones generalmente se limitan a nombrar a las personas que "creen" son dueñas de las voces que oyen.

Especial consideración merece el análisis de la declaración rendida por el doctor Cástulo Cisneros Mora (fls. 80 y ss.). Se echa de ver que el deponente fue sometido a un verdadero asedio en procura de obtener lo que el actor preguntante quería que dijera para así invalidar el acto acusado. Se observa luego —subrayado al margen— (fl. 82) que se le endilga el haber contestado a una de tantas preguntas que presionaban la respuesta así:

"—La respuesta es que lo separé del servicio porque quería llevar a una persona de absoluta confianza", y "la pregunta sobra para mí y vuelvo a ratificarme en que yo quería tener como asesor jurídico a una persona de absoluta confianza".

Ante lo anterior, dirá la Sala que no se configura con ello, ni por asomo, la desviación de poder. Si un funcionario nominador de la administración pública debe procurar sólo la eficacia del servicio puesto a su cuidado, el más exacto cumplimiento del deber, la más completa puntualidad en el ejercicio de las funciones públicas que le han sido asignadas, pues resulta elemental que nombre personas capaces, académicamente calificadas y que de contera sean de su confianza. En este caso no puede entenderse la palabra *confianza* como sinónimo de contubernio o de asociación para torcer la noción de buen servicio, sino como un ingrediente adicional —por lo demás inherente al ser humano— para conseguir el fiel cumplimiento de los deberes y responsabilidades implícitos en un cargo público que lleve anexa la discrecionalidad en la escogencia de subalternos y empleados. Es elemental, por ejemplo, que si un Ministro escoge entre diez candidatos a determinado empleo, en igualdad de condiciones académicas,

a aquél que conoce más de cerca y cuyos antecedentes distingue bien, pues la función pública estará llamada a servirse con más eficacia, puntualidad y diligencia. El conocimiento humano que un funcionario tenga sobre un subalterno suyo no puede ser tenido —a menos de prueba en contrario— como perniciosa y dañina desviación de poder.

Finalmente, el argumento del accionante en este proceso en el sentido de que había suscrito contrato con la administración y que en tal virtud debía permanecer en el servicio, es inane, pues es ampliamente sabido que este tipo de actos contractuales no confieren ninguna estabilidad y que la administración no puede enervar su propia y absoluta discrecionalidad manteniendo en su seno a un empleado de libre nombramiento y remoción que a juicio de esa administración, y por razones que no está obligada a revelar, debe ser removido.

Las disposiciones legales, y entre ellas las relativas a la facultad de libre nombramiento y remoción, no pueden ser objeto de convenios o contratos ni resultar derogadas por actos de tal naturaleza.

Es obvio y además lógico, que el obligado a una contraprestación es quien ha recibido el beneficio. Es decir, el empleado que fue beneficiado por la capacitación. Por eso se estipula que preste servicios a la administración por un determinado tiempo. Pero es claro que la entidad pública puede renunciar a ello y desvincularlo del servicio cuando lo considere necesario.

En resumen, aquí se operó la declaratoria de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción con apego a la ley. No había lugar al adelantamiento de procedimiento disciplinario alguno, pues no hubo cargo en su contra, no se le formuló acusación ninguna que debiera probarse, simplemente fue retirado del servicio por querer de la administración y dado que no tenía ningún fuero de permanencia a su favor, ni período fijo, ni amparo de carrera, ni nada que lo hiciera inamovible.

El no haber probado en modo alguno la alegada desviación de poder, debió conducir al Tribunal a denegar las peticiones formuladas. Como no se hizo así, sino que se accedió a lo solicitado, debe la Sala revocar tal providencia y despachar negativamente las súplicas impetradas.

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

Falla:

Revócase la sentencia consultada de fecha 16 de octubre de 1987 proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño.

En su lugar niéganse las súplicas de la demanda.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala, en sesión verificada el día diecinueve (19) de agosto de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

CONTRALORIA DEPARTAMENTAL.— Funciones.

La Contraloría en el acto acusado se inmiscuye en actividades que escapan a sus funciones de organismo vigilante de la gestión fiscal del Departamento.

CONFIRMASE LA SUSPENSION PROVISIONAL de la Resolución número 059-R de 13 de noviembre de 1986 del Contralor General del Quindío.

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

Consejero ponente: *Doctor Simón Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Proceso número 917. Demandante: José Jesús Laverde Ospina.

Entra el Despacho a resolver el recurso de apelación interpuesto por el ciudadano Crisóstomo Torres Rueda contra el auto de 9 de diciembre de 1986 del Tribunal Contencioso Administrativo del Quindío por el cual después de admitir la demanda decretó la suspensión provisional de la Resolución número 059-R de 13 de noviembre de 1986 expedida por el señor Contralor General del Departamento del Quindío.

Acto demandado:

Lo es, como se dijo la Resolución número 059-R de 13 de noviembre de 1986 originaria del Contralor General del Departamento del Quindío y "por medio de la cual se reglamenta y establecen requisitos para las órdenes de trabajo y servicios, diferentes a las de obras públicas que expidan tanto el Departamento como sus Municipios y entidades descentralizadas de todo orden".

Suspensión provisional:

Impetrada ésta del acto acusado fue decretada por el Tribunal mencionado en providencia de 9 de diciembre de 1986, objeto de la presente alzada, con fundamento en el siguiente razonamiento:

"Examinada la Resolución número 059-R, demandada, la Sala encuentra que efectivamente mediante ella la Contraloría

General del Departamento interviene en asuntos departamentales y municipales reglamentando las órdenes de trabajo en el resto de actividades diferentes a obras públicas.

"No hay duda que la reglamentación de dichas órdenes de trabajo debe provenir del mismo Departamento o los municipios del Quindío y no del ente fiscalizador que sólo tiene funciones administrativas inherentes a su propia organización, sin que sea legal intervenir en la formación y elaboración de los actos que corresponda expedir a otras autoridades departamentales (art. 17, Ley 03 de 1986) o municipales (art. 52, Ley 11 de 1986).

"Si miramos el artículo 3º del acto demandado, se puede deducir, sin mayor esfuerzo mental, la intromisión de la Contraloría en funciones administrativas del Departamento y de los Municipios del Quindío. Allí se dan las pautas para adjudicar las órdenes de trabajo y servicios, circunstancias estas netamente administrativas y no fiscalizadoras.

"Se tiene, entonces, de la sencilla comparación de la Resolución 059-R, acusada, con las normas invocadas como violadas, que dicho acto demandado está infringiendo normas de superior categoría y por tanto es necesario cortar sus efectos, provisionalmente. Así se dispondrá en la parte resolutiva de este auto".

Sustentación del recurso:

Apoya el recurrente su petición de revocación de la medida precautoria en las siguientes razones:

Previene el Decreto departamental número 428 de 31 de junio de 1980 —actual Código Fiscal del Quindío— en sus artículos 786 y 802 que corresponde al Contralor General del Departamento reglamentar y dilucidar los conflictos que surjan en relación con la interpretación de las normas de dicho Estatuto.

Por ello dicho Contralor al proferir la Resolución impugnada no hizo cosa distinta a ejercer las facultades conferidas en las mencionadas normas.

Consideraciones de la Sala:

Confirma la Sala la decisión del Tribunal pues está de acuerdo con las consideraciones de orden jurídico en que descansa, dado que en efecto la Contraloría en el acto acusado se inmiscuye en actividades que escapan a sus funciones de organismo vigilante de la gestión fiscal del Departamento, pues la reglamentación que pretende hacer de las órdenes de trabajo y de servicios es propia de los Ejecutivos Departamental y Municipal que pertenecen a su órbita administrativa de gobierno y por ello quebranta tal Resolución los artículos 17 de la Ley 03 de 1986 y 52 de la Ley 11 de 1986.

La reglamentación de tales labores es inherente a la facultad de administrar de dichos funcionarios, esto es, de ejecutar y aplicar el ordenamiento jurídico a su cargo, pues a través de dichas órdenes

de trabajo se llevan a cabo obras y servicios que las entidades territoriales necesitan. Luego es extraña la intervención de la referida Contraloría en tales materias, so pretexto de ejercer su vigilancia fiscal.

Se anota por último que la facultad de interpretación de las normas del Código Fiscal del Quindío, contempladas en los textos citados por el suplicante, no puede llegar hasta desconocer textos jerárquicamente superiores, cual ha ocurrido en el evento *sub lite*.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, decide confirmar el auto recurrido.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la presente providencia fue discutida y aprobada en sesión de la fecha.

Samuel Buitrago Hurtado, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

ENTIDADES DESCENTRALIZADAS.— JUNTAS O CONSEJOS DIRECTIVOS. Fijación salarial.

Las Juntas o Consejos Directivos de entidades descentralizadas no pueden fijar a ningún pretexto, el régimen salarial o prestacional de sus servidores, porque para ello no han recibido autorización constitucional ni legal.

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

Consejera ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Proyectó: *Víctor Manuel Ruiz,* Magistrado auxiliar.

Referencia: Expediente número 2503. Actor: José Jesús Laverde Ospina. Autoridades departamentales.

José Jesús Laverde Ospina, en ejercicio de la acción pública de nulidad pidió al Tribunal Administrativo del Quindío declarar nulo el Acuerdo sin número de fecha 6 de diciembre de 1985, proferido por la Junta Directiva de la Caja Departamental de Previsión Social de esa sección del país, y mediante el cual se dispuso reajustar las asignaciones civiles del personal administrativo de la mencionada entidad, a partir de 1º de enero de 1986.

Como argumento para su petición expuso el hecho de que cuando se produjo el acto acusado la Asamblea del Departamento del Quindío ya había expedido la Ordenanza 004 de noviembre 7 de 1985 por medio de la cual había fijado asignaciones civiles para el personal administrativo no sindicalizado al servicio del Departamento del Quindío y de la Asamblea Departamental, y que, en consecuencia, la Caja de Previsión no tenía competencia para señalar el mencionado reajuste. Consideró que con el acto acusado se habían vulnerado estas disposiciones: Artículos 187 y 194 de la Constitución Nacional; artículo 97 de la Ley 4ª de 1913 y Ordenanza 004 de noviembre 7 de 1985, de la Asamblea del Quindío.

El Tribunal negó las peticiones propuestas. Contra la sentencia de 26 de noviembre de 1986, que desestimó sus pretensiones, el demandante interpuso recurso de apelación, el cual, por ser procedente, se ha tramitado y después de recibido el concepto fiscal desfavorable a las pretensiones planteadas, sin que se observe nulidad alguna que invalide la actuación, debe la Sala proferir sentencia, lo que hará en seguida previas las siguientes

Consideraciones:

Se controvierte en este proceso el Acuerdo sin número de fecha 6 de diciembre de 1985, emanado de la Caja de Previsión Social del Quindío, y que en lo pertinente dice: "Acuerdo (6 de diciembre de 1985). El Gobernador del Departamento del Quindío, en calidad de Presidente de la Junta Directiva de la Caja Departamental de Previsión Social y en uso de sus facultades legales y estatutarias *acuerda:* Artículo 1º Las asignaciones civiles del personal administrativo de 'Caprequindío' se reajustan de la siguiente menera (sic): Sueldos hasta $ 40.000.00 moneda legal, en un 20% y sueldos de más de $ 40.000.00 moneda legal, en un 18%, así: A partir de 1º de enero de 1986 (...). Artículo 2º El presente Acuerdo tendrá vigencia a partir de 1º de enero de 1986. Artículo 3º El presente Acuerdo rige a partir de la fecha de su expedición".

Por su parte, la Ordenanza 004 de noviembre 7 de 1985, de la Asamblea Departamental del Quindío estableció en lo pertinente: "A partir del primero de enero de mil novecientos ochenta y seis (1986), auméntase (sic) las asignaciones civiles de todo el personal administrativo, no sindicalizado, al servicio de Departamento y del personal administrativo de la honorable Asamblea Departamental, de acuerdo a la siguiente tabla:"

La demanda adolece de imprecisiones en cuanto al concepto de la violación de las normas invocadas, y es sólo en el aparte de petición de suspensión provisional donde tal vez aparece con más claridad lo que el accionante considera como quebrantamiento de normas superiores mediante el Acuerdo controvertido, a saber: El artículo 187, ordinal 5º de la Constitución Nacional porque allí se establece que es atribución de las Asambleas Departamentales fijar las escalas de remuneración correspondientes a las diversas categorías de empleo; el mismo artículo 187, ordinal 7º de la Constitución Nacional, relativo a la expedición del presupuesto de rentas y gastos de los departamentos por parte de las Asambleas, así como la iniciativa del Gobernador en cuanto se relacionan con inversiones y participaciones de fondos departamentales; el artículo 194 atribución 9ª de la Constitución Nacional en cuanto precisa como función del Gobernador fijar los emolumentos de los empleos que demanden los servicios departamentales; el artículo 97, ordinal 25 de la Ley 4ª de 1913 que establece como función de las Asambleas el fijar los sueldos de los empleados del Departamento que sean de cargo del tesoro departamental; y, por último, la Ordenanza 004 de noviembre 7 de 1985 por cuanto ésta, según el accionante, ya había señalado asignaciones para el mismo personal a que se refería el acto acusado y para idéntica vigencia fiscal, careciendo así de eficacia la providencia acusada.

Bien pueden reducirse a dos los cargos más o menos precisos contra el Acuerdo controvertido: a) Que la Junta Directiva de la Caja de Previsión Social del Quindío no era competente para señalar un reajuste en las asignaciones de su personal, y b) Que era la Asamblea del Departamento la entidad competente para hacer ese reajuste y que el hecho de que ya lo hubiera producido para la vigencia fiscal de 1986 hacía más inconstitucional e ilegal aquella disposición, de menor categoría que la ordenanza proferida en idéntico sentido.

Sobre estos supuestos, estima la Sala que la simple lectura de unos artículos de la Constitución Nacional, además de breves precisiones sobre entidades descentralizadas del orden departamental, llevan total claridad al asunto aquí debatido e imponen una decisión que debe acarrear, de todos modos, la nulidad del Acuerdo demandado.

En efecto, conforme al artículo 187 de la Constitución Nacional corresponde a las Asambleas, por medio de ordenanzas: "...5º Determinar, a iniciativa del Gobernador, la estructura de la administración departamental, las funciones de las diferentes dependencias y las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleo; ... 10. Autorizar al Gobernador para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes departamentales y ejercer, *pro témpore*, precisas funciones de las que corresponden a las Asambleas..."

De acuerdo con lo anteriormente transcrito, surge de autos lo siguiente: Que mediante Ordenanza 50 de noviembre 27 de 1980 la Asamblea Departamental del Quindío concedió autorizaciones al Gobernador de ese Departamento para, en el término de 3 meses, "...revisar la estructura de la Caja Departamental de Previsión del Quindío, y lograr su conversión, dentro del mismo término, como establecimiento público de carácter departamental..."; que por virtud del Decreto 665 de 22 de diciembre de 1980 el Gobernador del Quindío, en uso de las señaladas autorizaciones, dispuso: "Créase a partir de la fecha la Caja de Previsión Social Departamental del Quindío... con patrimonio propio, personería jurídica, autonomía administrativa y tutela gubernamental que se ejercerá por el departamento" (fl. 1, cuaderno 2); y que el artículo 11 del mismo Decreto 665 dispuso: "La Junta Directiva (de la Caja) expedirá el decreto orgánico de la Caja de Previsión en el cual se señalarán, dentro de las posibilidades económicas de ésta, la forma como habrá de atenderse a los fines perseguidos por el presente decreto, aprobar el manual de funciones y fijar las distintas escalas de remuneración".

La Caja de Previsión Social del Departamento del Quindío fue convertida, pues, con total ajuste a derecho, mediante Decreto con fuerza de ordenanza, puesto que para expedirlo el Gobernador disponía de facultades precisas y *pro témpore* concedidas por la Asamblea en entidad descentralizada, establecimiento público del orden departamental. Esto quiere decir que la Caja disponía de personería jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa y un grado de tutela ejercida por el Departamento, características todas inherentes a este tipo de entidades que, además, están expresamente consignadas en el acto de creación de la Caja como descentralizado departamental.

Por lo demás, el llamado *estatuto básico* de esa Caja de Previsión Social del Quindío está dado ahí, en el acto de su creación, en el Decreto 665, en donde aparecen la estructura del ente creado, su naturaleza, su objeto, la constitución de su patrimonio, sus órganos de dirección y manejo, y —naturalmente— la determinación de que la Junta Directiva de esa misma Caja disponga lo necesario para la organización y funcionamiento, para la actuación digamos así, para el desarrollo de las actividades que le competen a esa Caja.

Como lo ha recalcado el Tribunal, esta Corporación ha precisado que una cosa son los estatutos básicos de un ente descentralizado, determinados en el acto de su creación —ley, ordenanza o acuerdo según el ámbito territorial que tenga aquel ente— y otra bien distinta por cierto, los estatutos internos, o sea aquellos que proveen a su funcionamiento normal, al desarrollo de sus ejecutorias, al cometido de sus propósitos, al detalle de sus tareas, al ejercicio de su papel obvio dentro del engranaje administrativo correspondiente. A estos últimos estatutos, que corresponde dictarlos a las Juntas o Consejos Directivos de las entidades descentralizadas, se refiere el artículo 26 del Decreto 1050 de 1968, y es bien sabido que lo predicado en esta materia para el sector nacional es igualmente válido para los departamentos y los municipios, sobre el supuesto, desde luego, de que: De los descentralizados nacionales se ocupe la ley o el Gobierno en uso de facultades, de los descentralizados departamentales la ordenanza o el gobernador en ejercicio de facultades, y de los descentralizados municipales el acuerdo del consejo o el alcalde haciendo uso de facultades.

Pero en el ejercicio de esas funciones de las Juntas o Consejos Directivos de los entes descentralizados nacionales, departamentales o municipales, existe una limitante: La que se refiere a señalar remuneraciones salariales para sus servidores. Para cada uno de los tres niveles existen expresas disposiciones constitucionales (76-9, 187-5, 197-3) según las cuales las escalas de remuneración correspondientes a cada uno de tales sectores las fijan, o bien el Congreso por medio de ley, o la Asamblea por medio de ordenanza o el Concejo Municipal por medio de acuerdo, o, en últimas, el Presidente de la República, el Gobernador o el Alcalde si cada uno de ellos actúa en ejercicio de facultades extraordinarias. Es abundante, a este respecto, la consagración jurisprudencial en el sentido de que las Juntas o Consejos Directivos de entidades descentralizadas no pueden fijar, a ningún pretexto, el régimen salarial o prestacional de sus servidores, por la sencilla razón de que para ello no han recibido autorización constitucional ni legal. Bien al contrario, tras la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto extraordinario 3130 de 1968 (sentencia de diciembre 13 de 1972) que facultaba a las Juntas o Consejos del nivel nacional para efectuar asignaciones de esa índole, se ha estimado con énfasis mayor que decisiones de tal naturaleza no le están permitidas a las Juntas ni a los Consejos Directivos de los descentralizados nacionales, departamentales o municipales.

En el caso aquí controvertido, es decir, en el relativo al orden departamental, es aplicable el artículo 187-5 de la Constitución Nacional, que dice: "Corresponde a las Asambleas, por medio de ordenanzas: Determinar, a iniciativa del Gobernador, la estructura de la administración departamental, las funciones de las diferentes dependencias y las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleo". En cumplimiento de esta disposición, la Ordenanza 004 de noviembre 7 de 1985 dispuso aumentar, a partir de 1º de enero de 1986, las asignaciones civiles de todo el personal administrativo, no sindicalizado, al servicio del Departamento del Quindío y del personal administrativo de la Asamblea Departamental, mediante las escalas allí determinadas.

Aquella atribución de las Asambleas está dada también en el artículo 231 del Decreto extraordinario 1222 de 1986 o Código de Régimen Departamental, así: "Corresponde a las Asambles, a iniciativa del Gobernador, adoptar la nomenclatura y clasificación y fijar las escalas de remuneración de las distintas categorías de empleos de la administración departamental".

De modo que si ello es así, mal podía el señor Gobernador del Departamento, en su calidad de Presidente de la Junta Directiva de la Caja, invocando facultades de que carece él como Gobernador o como Presidente de la Junta Directiva, y la Junta misma, hacer reajustes salariales para la misma vigencia fiscal de 1986 sin infringir las normas constitucionales y ordenanzales citadas.

Por lo demás, conviene precisar que el personal al servicio de la Caja es departamental pues por laborar para una entidad descentralizada de ese orden —departamental— no es posible que pertenezca ni al orden nacional ni al orden municipal. De manera que la Ordenanza 004 de 1985 al disponer reajuste salarial para el personal "al servicio del Departamento" obviamente estaba referida también a quienes prestaban sus servicios a la Caja de Previsión Social del Quindío, y en consecuencia las pretensiones del actor deben prosperar.

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

Falla:

Revócase la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío el 26 de noviembre de 1986, mediante la cual se negaron las pretensiones que en acción pública de nulidad propuso el ciudadano José Jesús Laverde Ospina.

En su lugar, declárase la nulidad del Acuerdo sin número de fecha 6 de diciembre de 1985, emanado de la Junta Directiva de la Caja de Previsión Social del Quindío y por virtud del cual dispuso reajustar las asignaciones del personal a su servicio a partir de 1º de enero de 1986.

Cópiese, notifíquese y una vez ejecutoriada esta sentencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada el día nueve (9) de septiembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

Aydée Anzola Linares, Ausente; *Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna.*

Miguel A. Perilla P., Secretario.

PENSION DE JUBILACION.— Reconocimiento y pago.

El reconocimiento y pago de la pensión de jubilación se hará directamente por la última entidad o empresa oficial empleadora, si el empleado no estuviere afiliado a ninguna entidad de previsión social al tiempo de retirarse del servicio oficial.

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

Consejera ponente: *Doctora Aydée Anzola Linares.*

Referencia: Expediente número 1524. Autoridades departamentales. Actora: Gabriela Ríos Cifuentes.

Gabriela Ríos Cifuentes, por intermedio de apoderado, presentó demanda contra la Universidad Tecnológica de los Llanos Orientales, con el fin de que se hicieran las siguientes declaraciones:

"1. Que Gabriela Ríos Cifuentes, por haber cumplido cincuenta (50) años de edad y más de veinte (20) años de servicios tenía el seis (6) de abril del año de 1981 derecho a que se le reconociera y pagara la pensión de jubilación.

"2. Que por haber laborado Gabriela Ríos Cifuentes, desde el 16 de junio del año de 1978 hasta el 25 de agosto del año de 1981 con la Universidad Tecnológica de los Llanos Orientales y haberle formulado a la entidad empleadora el seis (6) de abril del año de 1981 la solicitud sobre el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación a la demandante, era dicha Universidad la obligada a efectuar el reconocimiento y pago de la aludida pensión a la hoy demandante de acuerdo con la legislación vigente sobre la materia.

"3. Disponer que la Universidad Tecnológica de los Llanos Orientales debe pagarle a Gabriela Ríos Cifuentes, la pensión de jubilación que sea liquidada desde el último de julio del año pasado, fecha en la cual vencieron los 90 días de que se habló en los hechos de la demanda, con el derecho por parte de la entidad demandada de solicitar de las otras entidades donde laboró la actora el pago proporcional del valor de la pensión.

"4. Disponer que por no haberle dado la Universidad Tecnológica de los Llanos Orientales cumplimiento a lo estatuído en el artículo 8º de la Ley 10 del año de 1972, vale decir, por no haber reconocido y pagado la pensión de jubilación a la demandante dentro de los 90 días siguientes al seis (6) de abril del año de 1981, plazo que venció

el último de julio del año últimamente citado, la Universidad demandada debe pagar a la actora el valor de la pensión que se liquide desde el primero de agosto del año de 1981; que igualmente debe pagar y por la razón antes apuntada a la demandante el valor de los sueldos mensuales dejado de recibir desde el 25 de agosto del año de 1981 hasta cuando se cancele el valor total de la pensión que sea liquidada, igualmente debe pagar el valor de las primas y bonificaciones dejadas de recibir. Todos los pagos se harán de acuerdo con el último sueldo devengado por la actora y teniendo en cuenta los reajustes efectuados después de 25 de agosto del año de 1981.

"5. Hacer la liquidación de la pensión que se demanda teniendo en cuenta el sueldo de sesenta mil ochocientos pesos ($ 60.800.00) que la actora devengaba desde junio del año de 1981, más los aumentos decretados a partir de dicha fecha, lo mismo que, las primas y bonificaciones dejadas de recibir, todo por no haber liquidado la entidad demandada la pensión dentro del plazo fijado por la ley y por haber separado del cargo a mi poderdante sin el previo reconocimiento y pago de la pensión de que se habla.

"6. Disponer que la Universidad Tecnológica de los Llanos Orientales hará el pago de todo lo debido tres días después de haber quedado ejecutoriada la respectiva providencia".

Se afirmaron los siguientes hechos:

"1. Por medio de la Ley 8ª de 30 de septiembre del año de 1974, se autorizó al Gobierno nacional para crear la Universidad de los Llanos; y por medio del Decreto número 2513 de 25 de noviembre del año de 1974 se creó la Universidad Tecnológica de los Llanos Orientales, con sede en Villavicencio como establecimiento público de carácter docente, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente. El rector es su representante legal.

"2. Doña Gabriela Ríos Cifuentes nació el veinte (20) de enero del año de 1929, por consiguiente, actualmente tiene más de cincuenta años de edad y menos de cincuenta y cinco años.

"3. Gabriela Ríos Cifuentes trabajó durante no menos de veinticinco (25) años, cuatro meses y seis días con diferentes entidades *oficiales que se indican a continuación y que son:*

"a) En la Escuela de Auxiliares de Enfermería de Manizales. Allí laboró desde el 6 de junio del año de 1952 hasta el 10 de agosto del año de 1953;

"b) En la Clínica de Maternidad Municipal de Cali como Enfermera Subdirectora de 7 de septiembre del año de 1953 hasta el 15 de julio del año de 1954;

"c) En el Hospital Departamental del Departamento del Valle del Cauca desde el 6 de julio del año de 1954 hasta el último de enero del año de 1956;

"d) Con el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales, Seccional del Valle del Cauca desde el 19 de enero del año de 1956 hasta el 30 de septiembre del año de 1957;

"e) Con el Hospital Departamental del Departamento del Valle del Cauca desde el primero (1º) de octubre del año de 1957 hasta el 27 de abril del año de 1959, por cuenta de la Universidad del Valle;

"f) Con la Dirección de Salud Pública del Departamento de Boyacá, como Enfermera Jefe del Centro de Salud Piloto de Sogamoso desde el 12 de mayo del año de 1960 hasta el primero de marzo del año de 1962;

"g) Por Decreto 451 de 22 de febrero del año de 1962 originario del Ministerio de Salud, cuando era Enfermera Jefe del Centro de Salud Piloto de Sogamoso, la comisionó remuneradamente para que hiciera estudios en Chile. El tiempo empleado en dicha comisión comprende desde el primero de marzo al 31 de diciembre del año de 1962;

"h) Con el Ministerio de Salud Pública desde enero del año de 1963 hasta el 31 de enero del año de 1964;

"i) Con la Secretaría de Salud Pública del Departamento del Valle del Cauca del primero de febrero del año de 1964 hasta el primero de marzo del año de 1965;

"j) Con la Universidad del Valle del Cauca, en la Escuela de Enfermería, desde el primero de marzo del año de 1965 hasta el 28 de febrero del año de 1966;

"k) Con la misma Universidad del Valle del Cauca como instructora T. I. P. en la Escuela de Enfermería desde el primero de mayo del año de 1966 hasta el 16 de agosto del año de 1973;

"l) Con el Servicio de Salud del Departamento del Cauca desde el 16 de agosto del año de 1972 hasta el 5 de septiembre del año de 1976;

"m) Nuevamente con la Universidad del Valle del Cauca desde octubre del año de 1976 a marzo del año de 1977;

"n) Con la Universidad Tecnológica de los Llanos Orientales desde el 16 de junio del año de 1978 hasta el 25 de agosto del año de 1981.

"4. La Universidad Tecnológica de los Llanos Orientales designó como profesora de tiempo completo a doña Gabriela Ríos por medio de la Resolución número 395 de cuatro de julio del año de 1978, con efecto retroactivo al 16 de junio de dicho año, como Directora de la Carrera de Enfermería; tomó posesión del cargo el 10 de julio del año antes citado; presentó renuncia del cargo para que le tramitaran su solicitud de jubilación el seis (6) de abril del año de 1981, renuncia que no se le aceptó; nuevamente presentó renuncia del cargo el once de agosto del año de 1981 y se le aceptó la renuncia por medio de la Resolución número 601 de 25 de agosto del año de 1981, allí se afirma que era profesora de tiempo completo.

"5. Gabriela Ríos Cifuentes, devengó durante el último año de servicios a la Universidad Tecnológica de los Llanos Orientales los siguientes sueldos y recibió por prima los siguientes dineros: a) Desde julio del año de1980 a junio 15 de 1981 la cantidad de cincuenta y un mil ciento cincuenta pesos con once centavos ($ 51.150.11) mensuales como sueldo; b) En junio del año de 1980 recibió cuarenta y dos mil seiscientos treinta y tres pesos con treinta y tres centavos ($ 42.633.33)

por concepto de prima; c) En diciembre del año de 1980 recibió treinta y ocho mil trescientos sesenta y dos pesos con cincuenta centavos ($ 38.362.50) por concepto de prima de navidad; d) De 16 de junio al 24 de agosto del año de 1981 el sueldo devengado por doña Gabriela Ríos Cifuentes fue de sesenta mil ochocientos pesos ($ 60.800.00) mensuales; e) En el mes de junio del año de 1981 recibió como prima la cantidad de sesenta mil ochocientos pesos; f) También recibió como prima de navidad del año de 1981 la cantidad de treinta mil cuatrocientos pesos ($ 30.400.00).

"6. El seis (6) de abril del año de mil novecientos ochenta y uno (1981) Gabriela Ríos Cifuentes le solicitó a la Universidad Tecnológica de los Llanos Orientales que por haber cumplido los cincuenta años de edad y veinte (20) años de trabajo, se le reconociera y pagara la pensión de jubilación a que tiene derecho según expresos mandatos legales. La obligada al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación sistemáticamente guardó silencio, fueron múltiples los requerimientos que se le formularon para conseguir una respuesta y todo resultó inútil, inclusive se realizaron algunas gestiones con el ICFES, pero los resultados fueron negativos; por último, el 23 de marzo del presente año la Universidad le hizo entrega a doña Gabriela Ríos Cifuentes de toda la documentación presentada el 6 de abril del año anterior para que con base en esos documentos se le reconociera y pagara la pensión de jubilación.

"7. La ley le señala al empleador un plazo máximo de *noventa días* para que haga el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación al que tiene derecho a disfrutarla, si esa obligación no se cumple en el término fijado, el empleador debe pagar una sanción que comprende el valor de la pensión desde cuando vencieron los nombrados noventa días hasta cuando se verifique el pago de la pensión y el valor del salario o sueldo dejado de recibir hasta cuando se haga el pago de la pensión. Sobre el particular es sumamente claro el artículo 8º de la Ley 10 de 1972.

"8. A Gabriela Ríos Cifuentes se le aceptó la renuncia presentada y quedó separada del cargo el 25 de agosto del año de 1981, desde esa fecha no tiene sueldo o remuneración alguna, tampoco se le ha pagado el valor de la pensión de jubilación a que tiene derecho y no cuenta con ningún servicio asistencial médico por cuenta de los Seguros Sociales, pues quedó desafiliada de dicha institución por culpa de la Universidad Tecnológica de los Llanos Orientales.

"9. La Universidad Tecnológica de los Llanos Orientales violó claros mandatos legales al aceptarle a Gabriela Ríos la renuncia y separarla del cargo sin el previo reconocimiento y pago de la pensión de jubilación. Con tal proceder se le han causado graves perjuicios a la demandante como ser el de no contar con recursos para su subsistencia y menos las prestaciones asistenciales médicas por parte de los Seguros Sociales y el lucro cesante y el daño emergente (Ver arts. 120 y 124 del Decreto 1950 del año de 1973).

"10. La Universidad Tecnológica de los Llanos Orientales tiene a todos sus empleados y dependientes afiliados a los Seguros Sociales Seccional del Meta. Gabriela Ríos Cifuentes apenas cotizó a los Segu-

ros Sociales 171 semanas y para tener derecho a la pensión de vejez, la que no ha pedido mi poderdante, se requiere que el asegurado haya cotizado no menos de 500 semanas y que tenga más de 55 años de edad. Los Seguros Sociales en ningún caso paga la *pensión de jubilación* que reclama doña Gabriela Ríos Cifuentes, los Seguros Sociales se gobiernan por los Decretos 1824 del año de 1965 y 3041 del año de 1966.

"11. La liquidación de la *pensión de jubilación* de la demandante se debe verificar con base en el último sueldo devengado, vale decir, sesenta mil ochocientos pesos ($ 60.800.00), más los reajustes y teniendo en cuenta el valor de las primas, bonificaciones recibidas y las dejadas de recibir por culpa de la entidad demandada. Lo aquí dicho tiene su fundamento en lo estatuído en el artículo 8º de la Ley 10 del año de 1972; artículos 65, 127, siguientes y concordantes del Código Sustantivo del Trabajo; artículos 27, 28, siguientes y concordantes del Decreto 3135 del año de 1968; artículos 72, 73, siguientes y concordantes del Decreto 1848 del año de 1969.

"12. Como la demandante le trabajó a diferentes entidades oficiales, la pensión de jubilación le será cancelada por la Universidad Tecnológica de los Llanos Orientales, por haber sido la última empleadora, pero las otras entidades oficiales empleadoras de mi poderdante deben concurrir en forma proporcional al tiempo servido al pago de dicha pensión.

"13. Doña Gabriela Ríos Cifuentes está cesante y no devenga sueldo de ninguna entidad pública o privada desde el 25 de agosto del año de 1981".

Las normas que invoca la demanda aparecen relacionadas en su página 5.

Tramitado el proceso, hubo de reconstruirse como consecuencia de su destrucción en los hechos ocurridos en el Palacio de Justicia los días 6 y 7 de noviembre de 1985, según se ordenó en el auto que corre a folios 148 y 149.

Llegado el momento de dictar sentencia, a ello se procede, previas las siguientes

Consideraciones:

La vista Fiscal: Al descorrer el traslado correspondiente, la Fiscalía Cuarta de la Corporación se pronunció así:

"Este Despacho cree que a procesos reconstruidos como el que nos ocupa deben aplicársele las normas sobre competencia vigentes a partir de la iniciación del trámite de reconstrucción: Pues son actuaciones que renacen y no en forma oficiosa sino en virtud de iniciativa de las partes. Si vuelven a nacer lo hacen a un mundo jurídico en el que imperan ya normas procesales de inmediato cumplimiento a las que deben ajustar su actividad *ídem* las partes y el Juez.

"Como en este proceso se inició el trámite de reconstrucción con solicitud calendada el 12 de abril de 1986, se tiene que para tal fecha y

hasta la hora de ahora el honorable Consejo de Estado no tenía ni tiene competencia para conocer, en única instancia, de acciones de restablecimiento del derecho de carácter laboral como la propuesta (numerales sextos de los artículos 131 y 132 del Decreto 001 de 1984). En consecuencia, cree la Fiscalía que, por competencia, debe remitirse este proceso al honorable Tribunal Administrativo del Meta".

Al respecto, observa la Sala que el Ministerio Público tendría razón si la parte demandante hubiera optado por formular nuevamente su demanda, a términos del parágrafo del artículo 1º del Decreto 3825 de 1985. Pero, como ello no sucedió y, por el contrario, lo ocurrido fue la reconstrucción del expediente, el Consejo de Estado conserva su competencia para decidir en única instancia la acción propuesta.

Alegato de la parte demandada. La parte demandada en su alegato, respecto de la caducidad de la acción, expuso lo siguiente:

> "1º La demanda con que se inició este proceso fue instaurada en principio ante el Tribunal Administrativo del Meta el día nueve (9) de junio de 1982. Dicha Corporación tramitó el negocio hasta proferir auto de pruebas y en providencia de abril 23 de 1983 'ordenó el envío del expediente al honorable Consejo de Estado, sin haber decretado la nulidad de la actuación como era lo indicado'.
>
> "2º El honorable Consejo de Estado, Sección Segunda, en proveído de Sala Unitaria de 19 de agosto de 1983 avocó el conocimiento del proceso en razón de la cuantía; y en proveído de la misma Sala Unitaria de 10 de noviembre de 1983 declaró la nulidad de todo lo actuado, desde el auto admisorio de la demanda que había sido proferido por el Tribunal Administrativo del Meta el 19 de junio de 1982. Luego, mediante providencia de 14 de diciembre de 1983 decidió admitir la demanda incoada por la actora contra la Universidad Tecnológica de los Llanos Orientales.
>
> "3º Las anteriores etapas procesales deben tenerse en cuenta en razón de que se cumplieron bajo la vigencia del artículo 83 de la Ley 167 de 1941 y del Decreto 2733 de 1959 en cuanto se refiere a la caducidad de la acción contra actos presuntos de la Administración, por silencio negativo sobre las peticiones que le fueran formuladas y, dado que, la demanda debe tenerse por presentada en la fecha en que fue recibida en el honorable Consejo de Estado, lo cual ocurrió en el mes de junio de 1983 (Ver sentencia del honorable Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, 19 de noviembre de 1982, expediente número 10862)".

La Sala desestimará el planteamiento de la demandada, en razón de que el derecho a la pensión de jubilación, cuestión principal de este proceso, por ser vitalicio es imprescriptible, según lo tiene sentado la jurisprudencia tanto de la Corte Suprema de Justicia como de esta Corporación. Prescriben así las mesadas pensionales no recla-

madas oportunamente, pero la pensión puede solicitarse a la persona encargada de su reconocimiento y pago y pretenderse judicialmente en cualquier tiempo.

La pensión de jubilación reclamada. Aspecto primordial de la prestación pretendida, es saber quién es la persona encargada de satisfacerla. Con arreglo al artículo 75 del Decreto 1848 de 1969, el derecho reclamado tendría que ser cubierto por la entidad de previsión social a la cual estuvo afiliada la demandante al tiempo del retiro, o sea, el Instituto de Seguros Sociales (fl. 122). La actora estuvo afiliada a dicho Instituto durante dos lapsos de tiempo así: De 19 de enero de 1956 al 30 de septiembre de 1957 y de 16 de junio de 1978 hasta el 25 de septiembre de 1981, fecha en que se retiró del servicio de la Universidad Tecnológica de los Llanos Orientales.

De otro lado, se tiene que el numeral 2º del aludido artículo 75 dispone que el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación se hará directamente por la última entidad o empresa oficial empleadora, si el empleado no estuviere afiliado a ninguna entidad de previsión social al tiempo de retirarse del servicio oficial.

Para la Sala, jurídicamente es igual no estar afiliado a una entidad de previsión social que estarlo pero ilegalmente, como sucede en el caso de autos.

En efecto, a partir de la vigencia del Decreto 1650 de 1977 son afiliados forzosos al régimen de seguridad social del Instituto aludido, los trabajadores de patronos particulares, los funcionarios de seguridad social gobernados por el Decreto 1651 de ese año, los pensionados por el régimen de los seguros sociales obligatorios *y los servidores del Estado que el 18 de julio de 1977 estuvieran afiliados al Instituto Colombiano de los Seguros Sociales* y no forzosos, los pequeños patronos y los trabajadores independientes o autónomos.

Siendo incontestable que la actora el 18 de julio de 1977 no era afiliada al régimen del Instituto mencionado, necesario es concluir que su afiliación al mismo a partir de 16 de junio de 1978 se hizo contra los expresos mandatos de la ley y, por ende, no puede ser eficaz para impedir que sea directamente su patrono quien deba responder por la prestación social que se impetra.

Si no fuere así, resultaría que al cumplir los requisitos que la ley establecía entonces, de 20 años de servicios al Estado y 50 de edad en caso de ser mujer, para tener derecho a la pensión de jubilación, la titular de él no podría disfrutarla, pues, tendría que esperarse a reclamarle al Instituto de Seguros Sociales la pensión de vejez, pero después de haberle cotizado 500 semanas para ese riesgo y tener 55 años de edad, situación que *frente a una afiliación ilegal, constituiría una injusticia.*

No debe perderse de vista que la afiliación al Instituto de Seguros Sociales depende del patrono y, consecuentemente, el empleado es ajeno a los efectos de una afiliación ilegal, corriendo el primero con la responsabilidad laboral que corresponda en caso de que dicho

Instituto no pague el derecho respectivo, como ocurre en el caso de autos en que la pensión de jubilación a que tiene derecho la actora no puede ser satisfecha por aquél.

Dilucidado lo anterior, es evidente, entonces, que quien debe responder por la pensión de jubilación de la demandante es la Universidad Tecnológica de los Llanos Orientales.

Además, la actora acreditó con las certificaciones del caso que los 20 años de servicios prestados a distintas entidades oficiales fueron estos:

	años	*meses*	*días*
1. *A la Nación,* en la Escuela de Auxiliares de Enfermería de Manizales, a cargo de la Caja Nacional de Previsión Social	1	2	5
2. *Al Municipio de Cali,* en la Clínica de Maternidad		10	8
3. *Al Instituto de Seguros Sociales, Seccional Valle del Cauca,* en la Clínica de Cali	1	8	12
4. *A la Universidad del Valle,* en el Hospital Universitario	7	3	8
5. *Al Departamento de Boyacá,* como enfermera de salud pública en Sogamoso	1	9	19
6. *A la Nación,* en el Ministerio de Salud, a cargo de la Caja Nacional de Previsión Social	1	11	—
7. *Al Departamento del Valle del Cauca,* como Jefe de la Sección de Enfermería	1	1	—
8. *Al Departamento del Cauca,* como enfermera de Salud Pública	4	1	—
9. *A la Universidad Tecnológica de los Llanos Orientales*		1	8
TOTAL:	*20*	—	—
10. Después de los 20 años, a la misma Universidad	3	1	2

No tuvo en cuenta la Sala los tiempos de servicio a la Universidad del Valle de 1º de octubre de 1957 al 27 de abril de 1959, debido a que las certificaciones de folios 72 y 84 son contradictorias en cuanto a la jornada de trabajo, ni el comprendido entre el 1º de marzo de 1965 al 28 de febrero de 1966, en razón de que en ese lapso la actora no fue empleada pública o trabajadora oficial sino contratista (fls. 84 a 86).

La edad de 50 años exigida por el Decreto 3135 de 1968, la cumplió la demandante el 20 de enero de 1979 (fl. 113).

Cuantía de la pensión. La accionante se desvinculó del servicio oficial a partir de 25 de agosto de 1981. Luego, el último año de servicios está comprendido entre el 25 de agosto de 1980 y el 24 de agosto de 1981. Atendiendo los mandatos de los artículos 27-1 del Decreto 3135 de 1968 y 45 del Decreto 1045 de 1978, el promedio de los salarios devengados es de $ 61.263.33 mensuales, cuyo 75% es la suma de $ 45.947.33, la cual deberá ser pagada a la actora a partir de 25 de agosto de 1981 y aumentarse en los términos de la Ley 4ª de 1976 desde el 1º de enero de 1983.

De otro lado, se ordenará que la Universidad demandada puede repetir contra las entidades que deben concurrir al pago de la pensión, *a prorrata* del tiempo servido por la actora, conforme a la relación hecha anteriormente.

Las restantes pretensiones. Con lo anterior quedan resueltas las primeras tres pretensiones de la demanda. La cuarta hace referencia al pago de la sanción moratoria establecida en el artículo 8º de la Ley 10 de 1972, la cual será negada por la Sala habida cuenta de que dicha ley no es aplicable a las pensiones del sector público sino del privado.

La quinta petición sólo puede entenderse relacionándola con el hecho 11 de la demanda, cuyo soporte es el artículo 8º de la ya citada Ley 10 de 1972, acerca de la cual ya se vio que no es aplicable al presente caso. Además, la cuantía de la pensión quedó definida en el acápite anterior.

En mérito de lo dicho, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, en desacuerdo con el concepto Fiscal,

Falla:

1º *Declárase* que la Universidad Tecnológica de los Llanos Orientales debe reconocer y pagar a la demandante Gabriela Ríos Cifuentes, una pensión mensual vitalicia de jubilación a partir de 25 de agosto de 1981, en cuantía de $ 45.947.33 mensuales, aumentándola anualmente a partir de 1º de enero de 1983, en los términos de la Ley 4ª de 1976.

2º La Universidad demandada podrá repetir contra las personas de derecho público que deben concurrir al pago de la pensión *a prorrata* del tiempo servido, conforme quedó relacionado en la motivación.

3º *Niéganse* las demás peticiones de la demanda.

4º La parte demandada deberá dar cumplimiento a esta sentencia de acuerdo con el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo.

El anterior proyecto fue considerado y aprobado por la Sala en sesión celebrada el día 16 de septiembre de 1988.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna.

Miguel Antonio Perilla P., Secretario.

PENSION DE' JUBILACION.— Incompatibilidades.

A partir del momento en que el profesional con título universitario que viene desempeñando dos cargos inicia el goce de pensión de jubilación, no puede devengarla junto con la asignación por el ejercicio de un cargo, a menos que se trate de la excepción del literal c) del Decreto 1042 de 1978.

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

Consejera ponente: *Doctora Aydée Anzola Linares.*

Referencia: Expediente número 1071. Autoridades nacionales. Actor: Gustavo Tobón Restrepo.

Decide la Sala la consulta de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 1º de septiembre de 1983, en el proceso promovido por Gustavo Tobón Restrepo, quien por intermedio de apoderado en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho solicitó la nulidad de la Resolución 1091 de 14 de mayo de 1980, emanada de la Gerencia Seccional del Instituto de Seguros Sociales de Antioquia y el reintegro al cargo que venía desempeñando junto con el pago de los haberes dejados de percibir.

Los hechos de la demanda son estos:

"1º Me vinculé al Instituto de Seguros Sociales, Caja Seccional de Antioquia, con fecha 3 de marzo de 1958, en mi calidad de Odontólogo. Para tal cargo fuí nombrado mediante Resolución número 013 de febrero 13 de 1958 expedida por la entidad, cuya copia auténtica reposa en mi hoja de vida y deberá allegarse al proceso; así mismo firmé contrato de trabajo, documentos que deberá allegarse en igual forma".

"2º Mediante Resolución número 1091 de 14 de mayo de 1980, emanada de la Gerencia Seccional de los Seguros Sociales de Antioquia, fue declarado insubsistente mi nombramiento, acto con el cual se contrarían claras disposiciones legales. Tal determinación me fue comunicada el 19 de mayo, fecha hasta la cual laboré normalmente".

"3º De acuerdo con el texto de la mencionada Resolución, copia de la cual me fue expedida posteriormente y a solicitud mía, la declaratoria de insubsistencia se fundamenta en el hecho de encontrarme actualmente percibiendo una pensión de jubilación a cargo del Municipio de Medellín".

"4º Efectivamente, presté mis servicios al Municipio de Medellín desde el 4 de noviembre de 1953, con una jornada laboral de cuatro (4) horas, que sólo en 1979 me fue aumentada a ocho (8) horas. A esta vinculación corresponde la jubilación que me fue reconocida a partir de 24 de diciembre de 1979".

"5º Durante todo el tiempo en que mis servicios a las dos entidades fueron prestados en forma simultánea, esa circunstancia fue conocida por las dos entidades sin que en ningún momento se me planteara la incompatibilidad entre tales vinculaciones. En cuanto a la prestación misma del servicio, tampoco se vio jamás entorpecida por ese hecho, ya que los horarios y jornadas me permitían atender en debida forma mis obligaciones tanto en el Instituto de Seguros Sociales como en el Municipio de Medellín".

"6º Considero que mi situación estaba pues, encuadrada dentro de la norma de excepción a la prohibición constitucional de recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, establecida en el literal b) del artículo 1º del Decreto 1713 de 1960 para los profesionales con título universitario que ejerzan hasta 2 cargos públicos, siempre que el horario normal así lo permita".

"7º Si resultaba posible entonces, que dentro de ese régimen de excepción yo devengara dos asignaciones oficiales cada una de ellas correspondiente a una jornada parcial, no resulta lógico que tal incompatibilidad surja cuando por el lleno de los requisitos legales en una de estas entidades, me ha sido reconocida una pensión de jubilación que no es sino una prestación derivada directamente del vínculo laboral existente durante más de veinte años".

"Cabe anotar que si no solicité la jubilación en ambas entidades en forma simultánea, para que dicha pensión me fuera reconocida de acuerdo con las dos asignaciones percibidas hasta ese momento, fue debido a que la edad exigida para comenzar a disfrutarla, es superior dentro del régimen del Instituto de Seguros Sociales en donde se requieren 55 años cumplidos, que en el Municipio de Medellín, en donde sólo se exigen cincuenta años de edad".

"8º Si están legalmente permitidas para profesionales dedicadas a estas actividades, la percepción de dos asignaciones provenientes de cargos remunerados con el Tesoro Público, e igualmente los Decretos 2440 de 1968 y 1848 de 1969 establecen el reconocimiento de la pensión con base en la suma de las dos asignaciones percibidas, debe concluirse que dicha permisión no puede desaparecer por el hecho de que se adquiera el derecho a jubilarse, en tiempo y con requisitos diferentes en cada una de las entidades a cuyo servicio se ha laborado".

"9º Con fecha 30 de junio de 1980 interpuse los recursos de reposición y apelación contra la Resolución número 1091 de mayo 14 de 1980, los cuales no me han sido resueltos hasta la fecha".

"10. Cabe agregar que la interposición de los recursos y más concretamente del recurso de apelación, contra la Resolución número 1091 de mayo 14 de 1980, tenía especial trascendencia, por cuanto ésta fue emitida por un Gerente Seccional, siendo la facultad de nombrar y remover el personal del Instituto de Seguros Sociales, función pro-

pia del Director General, sin que la delegación pueda efectuarse sino previa y expresa autorización de la Junta Administradora, de acuerdo con claras disposiciones contenidas en los artículos 57, literales k) y p); y artículo 65, literal l), del Decreto 1650 de 1977".

"Por lo tanto, quien expidió la Resolución impugnada, no tenía competencia para emitir un acto administrativo de tal naturaleza, por cuanto no ha recibido delegación en debida forma para ello".

"Finalmente, la Administración Seccional del Instituto de Seguros Sociales, al proceder a la liquidación de mis prestaciones sociales, no tuvo en cuenta el aumento salarial decretado por la Administración Central para el año de 1980 y que cobija a todos los funcionarios del Seguro Social, carácter que yo tenía hasta el momento de ser declarada mi insubsistencia".

El capítulo de la transgresión de normas se expuso así:

"1. *Transgresión directa de normas jurídicas superiores.*

"De acuerdo con lo establecido por el artículo 62 de la Constitución Nacional, en su inciso 2º los funcionarios de la Rama Ejecutiva del Poder Público en quienes concurra la facultad de nombrar y remover personal administrativo, sólo pueden ejercerla dentro de los límites que señale la ley".

"Tal facultad la tiene, en el Instituto de Seguros Sociales, de acuerdo con el literal k) del artículo 52 del Decreto-ley 1650 de 1977, el Director General del mismo. Y dicha facultad sólo puede delegarla, cuando sea autorizado para ello por la Junta Administradora, según lo prescribe el literal p) del artículo 55 del citado Decreto, en cuanto se refiera al nombramiento o traslado, mas no a la remoción, ya que el artículo 65 del mismo estatuto en su literal l), señala como función de los gerentes seccionales, la de nombrar por delegación del Director General los funcionarios de la respectiva Seccional. En consecuencia, la facultad de remover, sólo podría delegarse si la Junta Administradora, utilizando la facultad otorgada por el literal p) del artículo 55 del Decreto que se comenta, delega en el Director General 'el ejercicio de algunas funciones' y lo autoriza 'para delegar aquellas que le están atribuidas', en este caso concreto, la de remover".

"Tal autorización no aparece, como tampoco la delegación, en el encabezamiento de la Resolución que se acusa, por cuanto ella no existe, ya que el único acto de delegación que en tal sentido se conoce, es una Resolución de mayo 15 de 1978 (Resolución número 00801), expedida inexplicablemente en Medellín, y sin que el Director General hubiera sido autorizado para ello, ni actuara por delegación, de la Junta Administradora, como es obligatorio de acuerdo con el citado literal p) del artículo 55 del Decreto 1650 de 1977".

"En consecuencia, el Gerente Seccional del Instituto de Seguros Sociales expidió la Resolución que aquí se acusa (1091 de mayo 14 de 1980), transgrediendo expresamente las normas citadas que señalan la competencia, y limitan las funciones de los Gerentes Seccionales en lo que se refiere a la facultad de remover al personal".

"2. *Usurpación de poder.*

"De la violación de normas superiores, se deriva directamente la usurpación de poder, por cuanto el acto administrativo se produjo por una autoridad que carece de competencia para ello, ya que ésta le está asignada a otra autoridad. El Gerente Seccional actuó por fuera de las funciones que señalan la ley y los reglamentos, con lo cual se viola el artículo 63 de la Constitución Nacional, incurriendo en extralimitación de funciones, como lo señala la misma Carta en su artículo 20".

"3. *Desviación de poder.*

"La Resolución por medio de la cual fuí declarado insubsistente, está motivada como quedó expuesto en el Capítulo de los hechos de esta demanda, en el hecho de encontrarme disfrutando de una jubilación a cargo del Municipio de Medellín, la cual se considera incompatible con el salario devengado en el Instituto".

"Si se tiene en cuenta que ambas asignaciones corresponden a tiempos parciales, dada la índole de mi actividad, que es intermitente y que la pensión me fue otorgada por una vinculación que en ningún caso fue incompatible con la que mantuvo con el Seguro Social, por cuanto me encontraba dentro de la situación amparada por el literal b) del artículo 1º del Decreto 1713 de 1960, no resulta aceptable que se afirme tal incompatibilidad como causal para mi desvinculación".

"Al respecto me remito a lo expresado en los numerales 5º, 6º, 7º y 8º del acápite de los hechos".

"En ningún caso la prestación del servicio sufrió deterioro alguno por el hecho de que yo laborara en las dos entidades mencionadas; la remuneración en ambas correspondió a jornadas parciales que en ningún momento excedieron el horario normal para actividades como la cumplida por mí".

"Si el motivo invocado para la declaratoria de insubsistencia no es válido por las razones anotadas, el Instituto de Seguros Sociales incurrió en desviación de poder al invocarlo como fundamento para la expedición de la Resolución en la cual se decretó aquella".

La primera instancia terminó con sentencia favorable a las pretensiones de la demanda. Como la parte demandada no apeló, el expediente fue enviado en consulta a esta Corporación, en donde se reconstruyó como consecuencia de haberse destruido en los hechos ocurridos en el Palacio de Justicia los días 6 y 7 de noviembre de 1985.

Llegado el momento de resolver la consulta a ello se procede previas las siguientes

Consideraciones:

1. Las dos primeras causales de nulidad que plantea la demanda, según quedó transcrito, se refieren a la incompetencia del funcionario que expidió el acto acusado, alegándose que conforme a las normas que gobiernan la delegación de funciones en el Instituto demandado,

al Gerente Seccional de Antioquia no se le había delegado la función de remover personal, pues, sólo existe la Resolución 00801 de mayo 15 de 1987, "sin que el Director General hubiera sido autorizado para ello".

A folio 102 obra la Resolución aludida, mediante la cual el Director General del Instituto de Seguros Sociales delegó en el Gerente de la Caja Seccional de los Seguros Sociales de Antioquia la función de "nombrar su personal y efectuar los traslados y remociones a que haya lugar". Este acto administrativo goza de la presunción de legalidad, no ha sido suspendido por esta jurisdicción, ni ha sido impugnado, por lo cual resulta forzoso concluir que no puede en este proceso desconocerse su validez y fuerza jurídica.

Si lo anterior es así, como incontestablemente lo es, resulta que el ataque contra el acto acusado contenido en las dos causales de nulidad que se estudian, no puede prosperar, pues, quien expidió el acto que removió del servicio al demandante sí estaba facultado por la Resolución 00801 mencionada.

2. Resta por estudiar la última causal de nulidad invocada en la demanda consistente en que se quebrantó el artículo 1º, literal b) del Decreto 1713 de 1960 que le permitía al actor, según se afirma, devengar la pensión de jubilación que le había reconocido el Municipio de Medellín y desempeñar el cargo del cual se le desvinculó.

El demandante hace énfasis en que si de acuerdo con la ley, por tratarse de un profesional con título universitario, pudo desempeñar los dos cargos de tiempo parcial en el aludido municipio y en el Instituto demandado, no podía surgir incompatibilidad alguna para seguir desempeñando el del último después de que el primero le reconoció la pensión de jubilación.

Al respecto observa la Sala, en primer lugar, que las excepciones a la regla constitucional que impide devengar más de una asignación del Tesoro Público, están contenidas, como norma general, desde el 7 de junio de 1978 en el artículo 32 del Decreto 1042 del mismo año.

Dicha norma, no fue invocada como quebrantada en la demanda. Pero, en la hipótesis en que sí se le hubiera tenido en cuenta, la conclusión habría sido la misma, como se verá a continuación.

Los literales b) de los artículos 1º del Decreto 1713 de 1960 y 32 del Decreto 1042 de 1978, son esencialmente iguales y varían únicamente en que el último establece una limitación en cuanto al monto de la suma de las dos asignaciones. En efecto, sus textos son los siguientes:

"Decreto 1713

Las que provengan de servicios prestados por profesionales con título universitario, hasta por dos cargos públicos, siempre que el horario normal permita el ejercicio regular de tales cargos".

"Decreto 1042

Las que provengan de servicios prestados por profesionales con título universitario, hasta por dos cargos públicos, siempre que el horario normal de trabajo permita el ejercicio regular de

> tales cargos y que el valor conjunto de lo percibido en uno y otro no exceda la remuneración total de los ministros del despacho".

Conforme lo anterior, se establece sin dificultad que el literal b) del Decreto 1713 de 1960 fue la norma que mientras estuvo vigente permitió que el demandante desempeñara los dos empleos a que se hizo referencia y que la correspondiente del Decreto 1042 tuviera el mismo alcance, *hasta cuando el actor comenzó a gozar de la pensión de jubilación que le reconoció el Municipio de Medellín,* pues, a partir de entonces, ya no se trataba de dos asignaciones provenientes del desempeño de dos cargos, sino de una pensión de jubilación y otra asignación por desempeño de un cargo, que es distinto. Tanto es así, que la ley exige que el horario de trabajo permita el desempeño regular de los dos cargos, lo cual no se presentaría por sustracción de materia respecto de uno de ellos, cuando se inicia el goce de pensión de jubilación.

Ocurre entonces que a partir del momento en que el profesional con título universitario que viene desempeñando dos cargos inicia el goce de pensión de jubilación, no puede devengarla junto con la asignación por el ejercicio de un cargo, a menos que se trate de uno de los empleos expresamente señalados en el literal c) del Decreto 1042 de 1978 que consagra la compatibilidad de pensión de jubilación y sueldo, entre los cuales no está el que desempeñaba el demandante, o sea el de odontólogo o profesional universitario.

Luego, cuando el acto acusado desvinculó al demandante sobre la base de que no podía desempeñar el empleo encontrándose en disfrute de pensión de jubilación, debido a que el cargo desempeñado no era uno de los establecidos para que se configurara la compatibilidad entre pensión de jubilación y sueldo, obró conforme a derecho.

Por ello, la Sala habrá de revocar el fallo apelado y, en su lugar, negará las pretensiones de la demanda.

No habrá lugar a condenación en costas, teniendo en cuenta que cuando terminó la primera instancia que inicialmente ganó el demandante, en esta jurisdicción no se había creado la obligación de pagarlas al litigante particular vencido.

En mérito de lo dicho, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Revócase la sentencia consultada y, en su lugar, se dispone:

Niéganse las pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

El anterior proyecto fue estudiado y aprobado por la Sala en sesión celebrada el día 16 de septiembre de 1988.

Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna.

Miguel Antonio Perilla P., Secretario.

SUSPENSION PROVISIONAL.— ACTO SUSPENDIDO. Reproducción.

Del procedimiento a seguir contemplado en el artículo 158 del Código Contencioso Administrativo emergen dos eventos: Uno que implica instaurar una nueva demanda encaminada a obtener la nulidad del nuevo acto y ya anulado de antemano, y otro que no necesita de entablar nueva demanda.

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 Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente número 2914. Resoluciones Ministeriales. Actor: Antonio Agudelo Ledesma.

El ciudadano Antonio Agudelo Ledesma, en ejercicio de la acción pública de nulidad contemplada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, hace las siguientes peticiones:

"A.

"Declárase que son nulas las Resoluciones 0082 de 14 de marzo de 1986, 0183 de junio 17 de 1986 y 0252 de agosto de 1986 proferidas en su orden así: Las dos primeras, por la Inspección Primera de Relaciones Colectivas y la última, por la Jefatura de Relaciones Colectivas del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, Seccional de Antioquia.

"Comuníquese al Ministerio del Trabajo y Seguridad Social esta Resolución.

"B.

"*Suspensión provisional:*

"Decrétase la suspensión provisional de los anteriores actos administrativos y comuníquese al Ministerio del Trabajo y Seguridad Social para lo de su cargo".

Para impetrar la medida provisoria, el accionante, entre los argumentos que esgrime en el libelo demandatorio, dice:

"La División de Relaciones Colectivas del Ministerio del Trabajo, Seccional Antioquia, viola el artículo 158 del Código Contencioso Administrativo, al confirmar los actos administrativos impugnados en vía de apelación, puesto que acoge el contenido del acta de 26 de enero de 1986 de Sintratextil, que otorga representación a los miembros de

la Junta Directiva Nacional, que desde antes, estaba suspendida por el honorable Consejo de Estado, Sección Segunda dentro del proceso 1422, cuyos efectos se mantienen plenamente vigentes.

"De esta manera el Ministerio del Trabajo, División de Relaciones Colectiva de Medellín, revivió el acto suspendido y conservó su esencia, pues los integrantes de la Junta Directiva Nacional, cuya inscripción se ordenó por Resolución 236 de julio 9 de 1982, suspendida por auto de 6 de agosto de 1984, *son los mismos que integran la representación de la Junta Directiva Nacional* en la Asamblea Nacional de Delegados de 26 de enero de 1986".

De conformidad con el artículo 158 del Código Contencioso Administrativo ningún acto anulado o suspendido podrá ser reproducido por quien lo dictó si conserva en esencia las mismas disposiciones anuladas o suspendidas a menos que con posterioridad a la sentencia hayan desaparecido los fundamentos legales de la anulación o suspensión.

El mismo precepto, en sus incisos 2, 3 y 4, contempla el procedimiento a seguir, de donde emergen dos eventos, uno que implica instaurar una nueva demanda encaminada a obtener la nulidad del nuevo acto y ya anulado de antemano y el otro que no necesita de entablar nueva demanda.

En el primer evento, o sea cuando no existe proceso, la medida provisoria del nuevo acto se proferirá en la oportunidad procesal contemplada en los artículos 154 y 155 del Código Contencioso Administrativo, acompañándose al libelo, como es lógico, copia autenticada del acto que se considera reproducido, como elemento de juicio que facilite al juzgador realizar el estudio de si el nuevo acto conserva en esencia las disposiciones del acto reproducido.

En el segundo evento, o sea el caso de que el proceso en el cual se suspendió provisionalmente el acto que se considera reproducido, aún no haya concluido, no hay necesidad de entablar nueva demanda, sino que bastará con solicitar al funcionario que conoce del proceso que suspenda provisionalmente el nuevo acto, acompañando copia de éste. En la sentencia que profiera el juzgador decidirá si mantiene la suspensión provisional o no. Si la mantiene, la suspensión se tornaría en definitiva con efectos que serían equivalentes a los de la nulidad.

El caso del *sub lite* encaja en el segundo de los eventos, pues, según informe Secretarial que precede, el proceso, también promovido por el mismo accionante, aún no ha terminado, en donde fue suspendido provisionalmente el acto que ahora se considera reproducido por el impugnado en el presente asunto, razón por la cual el Despacho se abstiene de darle curso a la demanda instaurada.

Con base en lo expuesto, el Despacho,

Resuelve:

Abstenerse de dar curso a la demanda promovida por el ciudadano Antonio Agudelo Ledesma.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Alvaro Lecompte Luna.

Miguel A. Perilla P., Secretario Sección Segunda.

EMPLEADO PUBLICO.— Beneficios. CONVENCION COLECTIVA.

No pueden los empleados públicos beneficiarse de los resultados de una convención puesto que su situación es legal y reglamentaria.

CONFIRMA LA SUSPENSION PROVISIONAL del Acuerdo número 002 de junio 24 de 1984, expedido por la Junta Directiva de Centrales Eléctricas de Norte de Santander, decretada en auto de junio 20 del año en curso en Sala Unitaria.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Sala de Decisión.— Bogotá, D. E., dos de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejera ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente número 2683. Actor: Contraloría General de la República —Rodolfo González García—.

La Empresa Centrales Eléctricas del Norte de Santander S. A. interpone mediante apoderado, recurso de súplica contra el auto de 20 de junio de 1988, por el cual se suspende provisionalmente el Acuerdo número 002 de 14 de junio de 1984, expedido por la Junta Directiva de Centrales Eléctricas de Norte de Santander S. A.

El artículo único del acuerdo suspendido es del siguiente tenor:

> "Reconocer los beneficios económicos que la empresa ha venido extendiendo al resto de sus trabajadores, al siguiente personal Directivo: Gerente, Asistente de Gerencia, Jefe de Proyectos Específicos, Secretaria Jurídica y Jefes de División".

El Consejero ponente del auto suplicado encontró que en verdad se infringían en forma flagrante las disposiciones invocadas en el libelo, recordó que en numerosos casos similares esta Corporación ha decretado suspensión provisional con fundamento en los preceptos constitucionales señalados por el accionante y manifestó que el Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 414 establece clara diferencia entre los sindicatos de trabajadores oficiales y los de empleados públicos, diferencia que se haría nugatoria si por acto unilateral se aplican a los empleados públicos las ventajas laborales obtenidas por los trabajadores oficiales.

Fundamento del recurso:

Se destaca inicialmente la naturaleza de la entidad que profirió el acto, señalando que es una sociedad anónima clasificada como "Sociedad Descentralizada Indirecta", perteneciente al orden nacional y en razón de que el Estado posee más del 90% de su capital social, se somete al régimen jurídico previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado.

Se afirma que esto la diferencia sustancialmente de los establecimientos públicos que se rigen por el derecho público, en tanto que las empresas se rigen por normas de derecho privado.

Que de acuerdo a esas normas se ha venido fijando el régimen salarial por el mecanismo de la convención colectiva y respetando el régimen que los trabajadores traen desde el inicio de su vinculación contractual.

Que tanto el Gerente como los demás trabajadores de dirección y manejo se han vinculado siempre por contrato y por tanto no se les puede aplicar un doble régimen: El de empleados y el de trabajadores oficiales.

Que la Junta Directiva de la empresa tiene facultades para establecer el régimen salarial y prestacional de sus trabajadores y los gerentes de esta clase de empresas surgidas a la "luz pública" por el modo de la Asociación Comercial, no son empleados públicos por no ser agentes directos o indirectos del Presidente de la República y ser sus nombramientos de competencia de los órganos directivos de la entidad.

Finalmente se dice que la violación directa y flagrante de normas superiores no se da en este caso.

Para resolver se considera:

Ciertamente la Empresa Centrales Eléctricas del Norte de Santander S. A., es según sus estatutos, una sociedad descentralizada indirecta, sometida al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado.

Como tal, sus servidores tienen el carácter de trabajadores oficiales, salvo aquellos que desempeñen actividades que según los estatutos, hayan sido clasificadas como de aquellas que deben ser desempeñadas por empleados públicos.

Dichas actividades fueron clasificadas en la Empresa Centrales Eléctricas de Norte de Santander S. A. y es así como según el artículo 11 de los estatutos, tienen la calidad de empleados públicos el Gerente, los Asistentes de la Gerencia, el Secretario General y el Jurídico, el Revisor interno, los Jefes o Directores de División y el Jefe de Proyectos Específicos y Planeación.

No vale pues el argumento esgrimido por el señor apoderado de la recurrente en el sentido de que en la empresa no hay empleados públicos; son los mismos estatutos los que han hecho la clasificación prevista en la ley.

Si en la empresa estos servidores son vinculados por contra ato de trabajo y no por nombramiento y posesión como lo ordena la ley, esta irregularidad no les quita su carácter de empleados públi cos. Y como tales, no deben estar sometidos a un doble régimen j urídico —en eso le asiste razón a la recurrente— debe aplicárseles , no el que corresponde a los trabajadores oficiales sino el que les es propio.

Sentadas estas premisas, es necesario analizar, si los be neficios salariales y prestacionales obtenidos por los trabajadores oficiales mediante convención colectiva, son extensivas a quienes ost entan la calidad de empleados públicos.

La respuesta es obvia: No pueden beneficiarse de los r esultados de una convención puesto que su situación es legal y regl amentaria, y sólo el Congreso o el Presidente de la República investid o de facultades extraordinarias, tienen facultad para regular escalas , de remuneración y prestaciones sociales de los empleados públic os a nivel nacional, como lo contempla el artículo 76, ordinal 9º de la C onstitución Nacional.

Ni la Junta Directiva de una entidad descentralizada , ni ninguna otra autoridad tienen competencia en esa materia. Ma l podría entonces la Junta Directiva hacer extensivos esos benefic ios laborales a quienes según sus estatutos son empleados públicos y les está prohibido por tanto, negociar y suscribir convenciones colec tivas.

Resulta entonces flagrante la infracción de este precepto por parte del acto acusado.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión,

Resuelve:

Confirmar el auto de 20 de junio de 1988, profer ido por el Consejero doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker, y m ediante el cual suspendió provisionalmente el Acuerdo número 002 de junio 14 de 1984, expedido por la Junta Directiva de Centrales Elé ctricas del Norte de Santander S. A.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a al Despacho de origen.

Aydée Anzola Linares, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

PRESTACIONES SOCIALES.— Organo creador.

Un secretario departamental carece por completo de facultad para modificar o crear sueldos o prestaciones pues la competencia en estas materias ha sido expresamente atribuida por nuestra Carta Política a otras autoridades.

DECRETASE LA SUSPENSION PROVISIONAL de los artículos séptimo y octavo de la Resolución 0665 (marzo 23) de 1981 proferida por el Jefe del Servicio de Salud del Tolima.

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

Consejera ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Proyectó: *Víctor Manuel Ruiz,* Magistrado auxiliar.

Referencia: Expediente número 3686. Actor: Jaime Enrique Pimienta Brito. Apelación interlocutorios.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por Humberto González Saavedra y Myriam Guzmán Cruz, ambos coadyuvantes en este proceso, contra el auto de enero 27 de 1988, proferido por el Tribunal Administrativo del Tolima, y mediante el cual no se accedió a decretar la suspensión provisional del acto acusado en acción de nulidad, a saber, la Resolución número 8665 de marzo 23 de 198 proferida por el Jefe del Servicio de Salud del Tolima.

Para resolver se *considera:*

No existe en el libelo ninguna precisión en cuanto a la parte partes acusadas del acto administrativo que se controvierte —con tante de nueve artículos en sus términos resolutivos—, pero por texto de la demanda es posible deducir que el artículo atacado es séptimo (y consecuencialmente el octavo), cuyo tenor literal es siguiente:

"Crear una bonificación equivalente al 10% del sueldo me sual devengado para los profesionales que acrediten mediar fotocopia autenticada en Notaría del diploma del curso de po grado en Salud igual o mayor a tres (3) meses y que acrediten u experiencia en el cargo no inferior a tres (3) años.

"*Parágrafo.* Cuando un profesional esté disfrutando de bonificación creada en el presente artículo y realice el curso

Magister en Salud, dejará de percibir dicha bonificación creada en la Resolución número 2955 de noviembre 27 de 1980, una vez cumpla con los requisitos exigidos en el artículo 1º de la presente Resolución".

Los demás artículos de dicha Resolución no crean bonificaciones. Se refieren a otras ya creadas por acto diferente que no ha sido demandado.

El actor pidió la suspensión provisional porque consideró que con el aparte transcrito se violan de manera notoria los artículos 20 y 76-9 de la Constitución Nacional, por dos razones: Porque el funcionario que produjo la Resolución no tenía competencia para disponer sobre el contenido del transcrito artículo séptimo, y porque además había asumido competencia privativa del legislador en cuanto se refiere al establecer el régimen prestacional de los empleados públicos.

El Tribunal desestimó su pretensión señalando: "...y como por ahora, no se puede establecer el régimen legal existente en cuanto se refiere a escalas salariales prestacionales, que rigen para el servicio de Salud del Tolima, es imposible por este aspecto acceder a la petición de suspensión provisional, ya que la violación solamente se puede dilucidar en el fallo final, mediante la comparación de varias disposiciones constitucionales y legales, las cuales tendrán que ser analizadas en forma coordinada, que obviamente sería el producto de una deducción, de una serie de razonamientos enderezados a dar respuesta al interrogante surgido".

En verdad, como se ha dicho tantas veces, la suspensión provisional sólo procede cuando se presenta una manifiesta, ostensible, inequívoca, violación de norma superior mediante el acto que se acusa. Esa contradicción tiene que ser de tal modo patente que no exije al juzgador ningún análisis de fondo, sino que, ante la notable evidencia de la infracción, le imponga la certidumbre de que lo que se demanda es abiertamente contrario a aquella disposición superior que se dice vulnerada y que, en consecuencia, debe ser suspendido provisionalmente.

Si se considera dicha bonificación como integrante del salario, evidentemente su creación por parte del Jefe del Servicio de Salud del Tolima estaría extralimitando la órbita de sus funciones, pues de conformidad con el artículo 187 de la Constitución Nacional, citado en la demanda, corresponde a las Asambleas, por medio de ordenanzas, "5º Determinar a iniciativa del Gobernador, la estructura de la Administración Departamental, las funciones de las diferentes dependencias y escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleo".

Ahora bien; si se considera prestación social, su creación es atribución propia y exclusiva del Congreso de la República, según lo dispone el ordinal 9º del artículo 76 de la Constitución Nacional. El Presidente de la República, sólo puede en uso de precisas facultades temporales otorgadas por el Congreso, regular lo concerniente a esta materia.

Un Secretario del Despacho de la Gobernación como es el de Salud, Jefe del Servicio de Salud del Tolima, carece por completo de facultad para modificar o crear sueldos o prestaciones pues la competencia en estas materias ha sido expresamente atribuido por nuestra Carta Política a otras autoridades.

Se dan entonces, en este caso, los supuestos del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo para la suspensión provisional, y como el auto apelado la denegó, deberá la Sala revocar ese proveído y disponer en consecuencia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda,

Resuelve:

Revócase el auto de enero 27 de 1988 proferido por el Tribunal Administrativo del Tolima, en cuanto negó la suspensión provisional.

En su lugar, decrétase la suspensión provisional de los artículos séptimo y octavo de la Resolución 0665 (marzo 23) de 1981 proferida por el Jefe del Servicio de Salud del Tolima.

En firme este proveído, vuelvan los autos al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada el día veinticinco (25) de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO.— CADUCIDAD.

La caducidad de la acción no comenzaba (Ley 167 de 1941) a correr desde la configuración del silencio administrativo negativo establecido en garantía del peticionario, pudiendo ejercitarse ésta en cualquier tiempo mientras la Administración no se pronunciara.

CARRERA ADMINISTRATIVA. Supresión del cargo.

El actor tenía derecho preferencial a ser nombrado sin solución de continuidad, en un cargo equivalente de la nueva planta de personal, o que se hallara vacante, o a ser nombrado sin concurso dentro de los seis meses siguientes en empleo de carrera que se cree o quede vacante.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., dos de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

Proyectó: *Doctor Antonio José Arciniegas Arciniegas,* Abogado asistente.

Referencia: Expediente número 933. Reconstrucción Apelación Sentencia. Actor: Carlos Alfonso Gómez Gómez.

Carlos Alfonso Gómez Gómez, a través de apoderado y en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, en demanda presentada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca solicitó que se declare el fenómeno del silencio administrativo negativo de la Dirección General del SENA respecto del recurso de apelación que interpuso contra la Resolución número 006 de marzo 16 de 1976 del Gerente Regional del SENA en Neiva y de sus peticiones de que se le ubicara en un empleo de similar o equivalente categoría al que desempeñaba como Asesor VI, grado 58 y del cual fue desvinculado por supresión del cargo. Igualmente, solicitó la anulación de la Resolución número 006 de 16 de marzo de 1976 del Gerente Regional del SENA de Neiva, en cuanto declaró insubsistente su nombramiento y lo colocó en un período de elegibilidad por seis meses desde su expedición y que, como consecuencia de lo anterior, se ordene que el actor sea nombrado en otro empleo de carrera equivalente en categoría y salario al que él venía desempeñando como Asesor VI, grado 58, en la Regional de Neiva y se ordene pagarle los sueldos y

prestaciones dejados de percibir desde la separación de su cargo hasta cuando sea reincorporado a otro cargo equivalente, declarando la no solución de continuidad en sus servicios al SENA.

Las anteriores pretensiones se apoyaron en los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

Que el actor se desempeñaba como Asesor VI del SENA, Regional Neiva desde junio de 1970, con especial y reconocida eficiencia y fue inscrito en el escalafón de la carrera administrativa, por Resolución número 531 de 9 de abril de 1973 del Departamento Administrativo del Servicio Civil y no ha sido excluido de él.

Que, por Decreto 374 de 1976 se dio la planta de personal del SENA para ese año y en ella se suprimió el cargo de Asesor VI, grado 58, correspondiente al cargo que venía desempeñando el actor en Neiva. Con este fundamento se expidió la Resolución número 006 de marzo de 1976 del Gerente Regional de Neiva, para declarar insubsistente la relación de servicio del actor con el SENA y que aquél era elegible por seis meses, de conformidad con el artículo 48 del Decreto 2400 de 1968. El actor apeló esa Resolución, sin obtener respuesta.

Que, igualmente, la Dirección General del SENA y sus diversas dependencias no han respondido las innúmeras peticiones del actor para ser incorporado a un cargo equivalente al que venía desempeñando.

Que los actos acusados son violatorios de los artículos 16, 20 y 30 de la Constitución Nacional; 40 y 48 del Decreto 2400 de 1968; 105, 239, 240, 244, numeral 4 y parágrafo 2º y 245 del Decreto 1950 de 1973; 13, 65, 66, 67, 72, 73, 81, 82, 83, 94 numeral 6 y 96 del Decreto 2464 de 1970 que aprueba el Estatuto de Personal del SENA, por los siguientes conceptos:

La Resolución número 006 de 1976 acusada reitera del servicio definitivamente y excluye de la carrera administrativa al actor, mientras que el artículo 239 del Decreto 1950 de 1973 establece que la supresión del cargo no implica el retiro de esta carrera y viola el artículo 240 del mismo Decreto que no prevé la causal que aduce esa Resolución para declarar insubsistente un empleado de carrera administrativa, incurriendo también en falsa motivación; además de que no respetó uno de los efectos de la supresión del cargo como es el nombramiento del funcionario que lo desempeñaba inmediatamente en otro empleo de carrera vacante u ocupado por un empleado provisional. También, por no reincorporarse al actor sin previo concurso, se violan los artículos 244, parágrafo 2 del Decreto 1950 de 1973 y 82 del Decreto 2464 de 1970.

Se afirma que, en marzo 5 de 1976 existían cargos vacantes en la planta de personal de la Dirección General y otros con empleados provisionales, equivalentes al que ocupaba el actor, lo mismo que en la Regional Bogotá y en la Sede de Girardot.

También se dice que la elegibilidad de que habla la Resolución 006 de 1976 y en la cual se colocó al actor por 6 meses, sólo opera cuando no sea posible la designación inmediata del funcionario cuyo

empleo se suprimió "por no haber empleo o por no existir en las condiciones anotadas" y que también se violó la norma que ordena que el funcionario sea nombrado dentro de los seis meses siguientes.

El Tribunal de instancia falló accediendo a las súplicas de la demanda, en sentencia de 25 de noviembre de 1983, considerando que con la Resolución número 006 de marzo 16 de 1976 la Administración separó al actor de la misma, lo desvinculó y, por consiguiente, hizo nugatorios para él los beneficios otorgados por la Carrera Administrativa y quebrantó el artículo 48 del Decreto-ley 2400 de 1968, por cuanto, al ser suprimido el cargo que desempeñaba el demandante en la Regional de Neiva, no fue reincorporado al SENA en un cargo similar en la Regional de Bogotá. Afirma el Tribunal que el demandante sí podía ser trasladado a la Regional de Bogotá, no obstante su cónyuge estar allí desempeñando un cargo, porque "la prohibición contemplada en el artículo 39 de los estatutos es para el ingreso del cónyuge a prestar sus servicios al SENA pero no para su traslado, como puede apreciarse al leerse la citada norma" (fls. 36 a 49, cuaderno principal).

La entidad demandada interpuso el recurso de apelación contra dicha sentencia.

Reconstruido el proceso, por auto de 27 de noviembre de 1987 se determinó que quedaba para fallo, a lo cual se procede no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, previas las siguientes *consideraciones:*

En primer lugar se observa que en la sentencia apelada no se resolvió sobre la excepción de caducidad de la acción propuesta por el apoderado del SENA, en memorial presentado el 29 de septiembre de 1980, en la siguiente forma:

> "En efecto, la Resolución 006 de marzo 16 de 1976 (fls. 180 y 181 de la hoja de vida) fue notificada al doctor Gómez el 18 de marzo y con fecha 22 del mismo mes interpuso el recurso de apelación; éste no fue resuelto por la administración en forma expresa, por lo cual se entiende negado, según lo establecido por el parágrafo del artículo 18 del Decreto 2733 de 1959, después de transcurrido un mes de interpuesto el recurso sin que el mismo haya sido resuelto expresamente. Como el SENA recibió el comentado oficio el 22 de marzo de 1976, los cuatro meses fijados por la ley empezaron a contarse a partir de 22 de abril (transcurrido el mes del silencio administrativo negativo) y por tanto el término para iniciar la acción contencioso administrativa venció el 21 de agosto de 1976.
>
> "Como la demanda se presentó el 12 de junio de 1978, es de lógica concluir que en dicha fecha, la acción que buscaba el restablecimiento del derecho ya se encontraba prescrita" (fl. 34, cuaderno principal).

Como lo ha afirmado la Sala, bajo vigencia del artículo 83 de la Ley 167 de 1941 y del artículo 18 del Decreto 2733 de 1959, transcurrido un mes de interpuesto un recurso contra un acto administrativo, sin obtener decisión notificada de dicho recurso, se producía el fenómeno

jurídico del silencio administrativo negativo, tal como ocurrió en el caso presente, según se reconoció por el Director del SENA al folio 22 del cuaderno principal, respecto del recurso de apelación interpuesto por el actor contra la Resolución número 006 de 16 de marzo de 1976, que lo desvinculó de la entidad, por supresión del cargo. Pero, la caducidad de la acción no comenzaba a correr desde la configuración de ese silencio administrativo negativo, establecido en garantía del peticionario, pudiendo ejercitarse la acción correspondiente en cualquier tiempo mientras la Administración no se pronunciara.

No puede, por consiguiente, prosperar la excepción de caducidad de la acción propuesta por la demandada.

Se declara configurado el silencio administrativo negativo respecto del aludido recurso gubernativo de apelación, como se solicita en la demanda, el cual obra en copia a folios 83 y 84 (c. p.) y 27 y 28 (cuaderno 2). En esta forma quedó agotada la vía gubernativa y expedita la vía jurisdiccional, procediendo al estudio sobre el fondo de la cuestión planteada con la demanda.

En el expediente aparece demostrado lo siguiente:

El demandante fue nombrado en el SENA, Regional Bogotá, por Resolución del Gerente Regional número 346 de 15 de julio de 1970 en el cargo de Profesional Analista, del cual se posesionó el 23 de julio de ese año. Posteriormente fue nombrado como Asesor Auxiliar Nivel III para la Zona 1 de Asesoría de Empresas del SENA, Regional Neiva, cargo del cual se posesionó el 1º de julio de 1972 (fls. 184, 185, 149, 152 cuaderno 2).

El demandante fue inscrito en el escalafón de la carrera administrativa en el cargo de Profesional Asesor III, por Resolución número 531 de 9 de abril de 1973 del Departamento Administrativo del Servicio Civil, en aplicación del artículo 152 del Decreto 2464 de 1970 (fl. 131, cuaderno 2).

Por Resolución número 017 de 1972 del Gerente del SENA Regional Neiva, fue ratificado el actor en el cargo de Asesor Auxiliar III (fls. 120-121, cuaderno 2).

Por Resolución número 2208 de 7 de octubre de 1973 del Director General del SENA, al actor se le fijó el cargo de Asesor de Empresas V (fls. 122, 123, cuaderno 2).

Por Decreto del Presidente de la República número 374 de 27 de febrero de 1976, aprobatorio del Acuerdo número 43 de 10 de diciembre de 1975 del Consejo Directivo Nacional del SENA, fue suprimido de la Planta de Personal de esta entidad, entre otros cargos, en la Regional de Neiva el de Asesor de Empresas V que desempeñaba el demandante (fls. 53 a 61, cuaderno principal).

El Gerente de la Regional de Neiva del SENA, expidió la Resolución número 006 de 16 de marzo de 1976, acusada en la demanda, cuyo tenor es como sigue:

"CONSIDERANDO:

"1º Que el Decreto 374 de 1976, que establece la Planta de Personal para el SENA en 1976, no incluye para la Regional de Neiva el cargo de Asesor V grado 58, el cual venía siendo desempeñado por el doctor Carlos Alfonso Gómez Gómez.

"2º Que el doctor Carlos Alfonso Gómez Gómez, está inscrito en el escalafón de la Carrera Administrativa, por Resolución número 017 de diciembre 14 de 1972, y por lo tanto se le debe aplicar el artículo 244 del Decreto 1950 de 1973.

"3º Que en la Regional de Neiva no existe cargo similar en clase y grado al del asesor mencionado.

"RESUELVE:

"*Artículo primero.* Declarar insubsistente la relación de servicios entre el doctor Carlos Alfonso Gómez Gómez y el Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, a partir de la fecha.

"*Artículo segundo.* Declarar elegible por un período de seis (6) meses al doctor Carlos Alfonso Gómez Gómez, para que desempeñe en la entidad un cargo igual o similar al que tenía, según lo dispuesto por el artículo 48 del Decreto 2400 de 19 de septiembre de 1968" (fl. 25, cuaderno 2).

Contra esa Resolución el demandante interpuso recurso de apelación, el cual no fue resuelto por la Dirección General del SENA (fls. 22, 83 y 84, cuaderno principal).

En ese memorial de apelación, el actor solicitó la modificación de la Resolución recurrida "en el sentido de mi incorporación en uno de los cargos vacantes, en la nueva planta de personal", equivalentes por funciones y remuneración al cargo suprimido o en un cargo ocupado por un empleado de carácter provisional. El recurrente citó en su apoyo los artículos 48 del Decreto 2400 de 1968; 13, 73, 81, 82 y 96 del Decreto 2464 de 1970; 244, 245 y 246 del Decreto 1950 de 1973 (fls. 83 y 84, cuaderno principal).

Conforme se ha visto, el actor, escalafonado en la carrera administrativa, se encontraba desempeñando un cargo de esta carrera que fue suprimido por el Decreto presidencial número 374 de 27 de febrero de 1976, aprobatorio del Acuerdo que modificó la Planta de Personal del SENA.

En tal situación, de conformidad con los artículos 48 del Decreto 2400 de 1968, 244 del Decreto 1950 de 1973 y 96 del Decreto 2464 de 1970, el demandante tenía derecho preferencial a ser nombrado, sin solución de continuidad, en un cargo equivalente de la nueva planta de personal o que existiera y se encontrara vacante u ocupado por un empleado provisional pero, si no existía ese cargo o no estaba en estas condiciones, tenía derecho a ser nombrado sin concurso dentro de los seis meses siguientes en el primer empleo de carrera que se creara o quedara vacante, siendo equivalente al suprimido.

Pero, en el expediente no aparece demostrado que se hubieran dado las circunstancias anotadas de existir cargos vacantes, u ocupados por empleados provisionales, o creados en la nueva planta de personal, equivalentes al suprimido que desempeñaba el actor. En consecuencia, el actor quedaba elegible por seis meses para ser nombrado en el primer cargo equivalente que se creara o quedara vacante sin presentar nuevo concurso, como se decidió en el acto acusado (arts. 81-b y 82 del Decreto 2464 de 1970).

El Jefe de Personal del SENA rindió el siguiente informe en la primera instancia del proceso, el cual no fue desvirtuado por el demandante:

"Doy respuesta a su Oficio número 79-3744, mediante el cual solicita información acerca de los cargos que estuvieron vacantes por el término de seis (6) meses contados a partir de 16 de marzo de 1976, y equivalente al que desempeñaba el Asesor de Empresas doctor Carlos Alberto Gómez Gómez, desvinculado en la citada fecha mediante Resolución número 006 de 1976 expedida por el Gerente del SENA Regional Neiva.

"Al respecto me permito manifestarle:

"1. El SENA, Regional Neiva, no tenía en su Planta de Personal de 1976, un cargo similar al desempeñado por el doctor Gómez Gómez, con el objeto de lograr su ubicación, tal como se le manifestó en la Resolución de desvinculación, pues los dos cargos de Asesores de Empresas que allí había fueron suprimidos por el Decreto número 374 de 27 de febrero de 1976, por el cual se desvinculó al doctor Gómez Gómez. Dicho Decreto ya reposa en el expediente.

"2. Su ubicación tampoco fue posible en el SENA de Bogotá, pues además de no presentarse la vacante, existía la prohibición regulada por el artículo 39 del Estatuto de Personal del SENA aprobado por el Decreto 2464 de 15 de diciembre de 1970, norma que también reposa en el expediente, en donde establece que no pueden ocupar cargos en la entidad, 'el Cónyuge de cualquier empleado del SENA o de quien preste servicios de asesoría o consejo a la entidad'. En efecto, al SENA de Bogotá, hacia donde el doctor Gómez Gómez solicitó traslado, se encontraba vinculada su cónyuge o sea la señora Cecilia Serrato de Gómez, como lo comprueba la certificación expedida por la Jefatura de Personal de la Regional, la cual se anexa a la presente comunicación.

"3. En consecuencia por la existencia de dicha prohibición y por no presentarse vacante en cargos equivalentes en funciones y requerimientos al cargo de Asesor de Empresas, no fue posible hacer el nombramiento del doctor Gómez Gómez dentro de los términos indicados en el acto administrativo de su desvinculación" (fls. 27 y 28, cuaderno principal).

Debe observarse que, encontrándose vinculada la cónyuge del demandante como empleada en la Regional Bogotá, desde enero de

1976, como se destaca en la sentencia apelada, el demandante no podía ser nombrado en esta Regional por prohibición del artículo 39, numerales 2 y 3 del Decreto 2464 de 1970.

De conformidad con lo expuesto, no aparecen demostradas las acusaciones de la demanda contra la Resolución enjuiciada que declaró insubsistente la relación de servicios entre el actor y el SENA, dejando a aquél como elegible por seis meses para un cargo igual o similar al que desempeñaba y fue suprimido de la planta de personal y "según lo dispuesto por el artículo 48 del Decreto 2400 de 19 de septiembre de 1968". Por ende, este acto continúa amparado por la presunción de legalidad, debiendo revocarse la sentencia apelada para denegar las súplicas de la demanda.

En tal virtud, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

1. Revócase la sentencia apelada proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el veinticinco (25) de noviembre de mil novecientos ochenta y tres (1983).

2. Declárase no probada la excepción de caducidad de la acción.

3. Deniéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 25 de noviembre de 1988.

Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Ausente; *Alvaro Lecompte Luna.*

Miguel A. Perilla P., Secretario.

TITULO EJECUTIVO.— MANDAMIENTO DE PAGO.

La apelación del auto de mandamiento de pago tiende a atacar los elementos formales del título ejecutivo. Por tanto no son válidos los argumentos expuestos como fundamento de la alzada propuesta para desvirtuar la eficacia del título, eficacia que proviene de su firmeza por no haber sido suspendido ni anulado y antes por el contrario, tener el carácter de ejecutorio previsto por el artículo 64 del Decreto 01 de 1984.

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.*

Abogado asistente: *Doctor Diego Omar Ordóñez Rubio.*

Referencia: Radicación 1961. Ejecutivo del Departamento del Huila contra Miguel Perdomo Polanco. Fallo.

Procede la Sala a resolver la apelación formulada contra el mandamiento de pago librado dentro del proceso ejecutivo de la referencia, el día 17 de septiembre de 1986 contra el señor Miguel Perdomo Polanco, por el Juzgado de Rentas y Ejecuciones del Huila, por valor de $ 3.591.871.

Antecedentes:

El título presentado por la entidad ejecutante, consta en el auto de fenecimiento número 197 de 24 de noviembre de 1982, la Resolución número 00814 de 3 de agosto de 1982 y el aviso de observaciones número 0413 de 5 de octubre de 1983, actos originarios de la Contraloría Departamental del Huila.

En dichas actuaciones la entidad fiscalizadora dejó como responsabilidad fiscal a cargo del señor Miguel Perdomo Polanco, la suma de $ 3.591.871, como ordenador del gasto, en su calidad de Gerente de la Industria Licorera del Huila.

Con fundamento en tales documentos el Juzgado de Rentas y Ejecuciones del Huila, libró mandamiento de pago por la vía ejecutiva de jurisdicción coactiva, el cual, se notificó personalmente al ejecutado el día 9 de marzo de 1987.

Por memorial presentado el 11 de marzo de 1987, el ejecutado formuló recurso de reposición y subsidiaria de apelación contra el mandamiento de pago librado en su contra.

Tal impugnación se decidió mediante providencia de fecha 15 de abril de 1987, confirmando el mandamiento de pago atacado y concediéndose la apelación subsidiaria la cual se sustentó con argumentos similares a los expuestos con la reposición, insistiéndose en que la cuenta o nuevo contrato que generó la glosa no fue ordenada por el ejecutado, a pesar de que hay facturas de recibo de la miel y melaza que originó el pago, así como la constancia de su almacenamiento y recibo por parte de la Industria Licorera del Huila.

Igualmente indica que no hay faltante alguno, pues la Industria Licorera del Huila, admitió y recibió la mercancía por la cuantía que se le ejecuta, con el visto bueno de la Auditoría.

Se sostiene además por el ejecutado que su actuación se basó en normas del Decreto 039 de 1982 y no en las del Decreto 723 de 1977.

Argumenta también que el hacer uso del recurso de insistencia, obedeció al ánimo de proteger o salvaguardar los intereses de la empresa, hecho ratificado por la Junta Directiva, la que después de analizar los hechos en presencia del Gobernador, los Secretarios del Despacho y algunos Diputados y el señor Contralor del Departamento, concluyeron que el Gerente de ese entonces —el ejecutado— había obrado bien.

Se considera:

Esta Corporación ha expuesto que la apelación del auto de mandamiento de pago tiende a atacar los elementos formales del título ejecutivo.

En el presente caso, analizado el título ejecutivo, la Sala encuentra que el auto de fenecimiento número 197 de 24 de noviembre de 1982, la Resolución número 0814 de 3 de agosto del mismo año y el Aviso de Observaciones número 0413 de 5 de octubre de 1983, conforman, a términos del artículo 68, numeral 1º del Decreto 01 de 1984, un título de indiscutible mérito ejecutivo, toda vez que la obligación de pagar la suma de dinero que allí se da cuenta, aparece específica y determinada, y por tanto puede afirmarse que existe una obligación clara, expresa y actualmente exigible.

Los argumentos expuestos por el ejecutado, pudieron ser ciertos y valederos para impugnar la validez de tales actos a través de los recursos de la vía gubernativa y aún en la contenciosa en su oportunidad, pero no en el proceso ejecutivo de jurisdicción coactiva, a través del recurso de apelación que ahora interpone contra el auto de mandamiento de pago (inciso 2º, art. 561 del C. de P. C.).

Consta en el expediente que el ejecutado fue notificado con las formalidades del caso sin que hubiera expuesto en su oportunidad y ante la autoridad competente los hechos que ahora alega inadecuadamente ante esta jurisdicción.

Por tanto no son válidos los argumentos expuestos como fundamento de la alzada propuesta para desvirtuar la eficacia del título, eficacia que proviene de su firmeza por no haber sido suspendido ni anulado y antes por el contrario tener el carácter ejecutorio previsto por el artículo 64 del Decreto 01 de 1984.

Así las cosas, siendo el título formalmente válido y eficaz y, encontrándose en firme (art. 62 del C. C. A.) y por no ser de recibo las alegaciones y argumentaciones expuestas, habrá de confirmarse el auto materia de la presente apelación.

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 17 de septiembre de 1986, proferido por el Juzgado de Rentas y Ejecuciones del Huila y contra el señor Miguel Perdomo Polanco, materia de la presente apelación.

Cópiese, publíquese, notifíquese, comuníquese, 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.

TITULO IV

ORDEN MUNICIPAL

CAPITULO I

CONCEJOS MUNICIPALES

FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL.— Titulares. Límites, condiciones.

La competencia tributaria es compartida entre el Congreso, que tiene iniciativa en esta materia y capacidad reguladora incondicional, y las Asambleas y Concejos, los cuales carecen de iniciativa, pero son titulares de facultad reglamentaria de las leyes que creen o autoricen impuestos, en aquello que no haya sido reglamentado por esas leyes.

IMPUESTO PREDIAL. Prohibición de gravar los bienes de los municipios con impuestos directos.

Está vigente o no fue abolida la prohibición establecida en el artículo 3º de la Ley 34 de 1920 que dispuso que los bienes de los municipios no pueden ser gravados con impuestos directos nacionales, departamentales o municipales.

EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA. Naturaleza. Privilegios tributarios.

La citada Empresa como establecimiento público del Distrito Especial de Bogotá goza de la misma naturaleza y privilegios de éste, dentro del cual se cuenta el de que sus bienes no pueden ser gravados con impuestos directos por otro municipio.

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Sujetos pasivos. Servicios gravados.

No podía el Concejo Municipal, mediante acto que debe ser impersonal, y general, someter a impuesto a una persona en forma particular y concreta y de una vez cuantificada. Además, por los orígenes legislativos y características generales reconocidas, el impuesto adoptó como hecho gravable el ejercicio de actividades industriales y comerciales en establecimientos, apoyándose en las nociones de empresa y de actos comerciales, de donde derivó que los "servicios" que vinieron a ser gravables son aquellos que el Código señala como actividades comerciales que no consisten en vender o comprar mercancía sino en prestar ciertos servicios a la comunidad.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., primero de julio de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente número 0213. Actor: Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá. Asuntos municipales.

Reconstruido el proceso, resuelve la Sección el recurso interpuesto por el apoderado del Municipio de Fómeque, contra la sentencia de diciembre 7 de 1982, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sobre las demandas que, separadamente y en ejercicio de las acciones de plena jurisdicción y de revisión de impuestos establecidas por el Código Contencioso Administrativo entonces vigente, formuló la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, contra los artículos 1º y 2º del Acuerdo número 01 de 1978, mediante el cual, el Concejo Municipal de Fómeque dispuso hacer efectivo a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado del Distrito Especial de Bogotá el impuesto predial con base en el avalúo catastral de los predios de su propiedad en el Páramo de Chingaza y además gravarse a la misma Empresa por concepto del impuesto de industria y comercio con la suma de doscientos mil pesos ($ 200.000.00) moneda corriente, mensuales.

En la citada sentencia el Tribunal dispuso la anulación de los dos artículos transcritos y declaró a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá exenta de pagar los impuestos predial y de industria y comercio con que fue gravada en tales artículos.

El recurrente aspira a que se revoque la sentencia y en su lugar se dicten los siguientes pronunciamientos:

1º Que el Consejo de Estado se declare inhibido para proferir fallo de fondo, por cuanto la demandante no comprobó que hubiera hecho el depósito o prestado caución que garantice el pago de los impuestos discutidos, según la exigencia del artículo 86 de la Ley 167 de 1941, requisito de admisión de la demanda cuya ausencia impide que se constituya la relación jurídica procesal y determinar por ello la inhibición del juzgador, argumento en favor del cual invoca el proveído de agosto 13 de 1982, expediente 5460.

2º Subsidiariamente que se modifiquen las decisiones contenidas en la sentencia, anulatorias de los artículos acusados, por las razones que se analizarán posteriormente.

La sentencia:

Para anular las disposiciones en mención el Tribunal adujo los siguientes razonamientos:

El artículo 3º de la Ley 34 de 1920, dispone:

"Los bienes de los municipios no pueden ser gravados con impuestos directos nacionales, departamentales o municipales".

La Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá D. E., constituida mediante Acuerdo 105 de 1955, goza de las exenciones consagradas en favor del Distrito Especial, según lo preceptuado en el Decreto 3300 de 1954, artículo 3º, inciso 2º, que hizo extensivas a las empresas municipales las exenciones de que gozara el entonces Municipio de Bogotá.

Dice la sentencia:

> "Es así entonces que sí existe prohibición de gravar con impuestos directos, cuales son los predial y el de industria y comercio del Acuerdo 01 de 1978 impugnado, los bienes de los municipios, al hacerse extensivo a favor de la empresa actora, las exenciones de que gozan los municipios, a ella también deberá aplicársele el artículo 3º de la Ley 34 de 1920, vale decir, que sus bienes tampoco podrán ser objeto de tributación directa.
>
> "Obsérvese que el Decreto 3300 al hacer la asimilación de la Ley 34 de 1920, emplea el vocablo de 'exenciones', mas debe advertirse que por aplicación del argumento *'a fortiori'*, si sus bienes no se pueden gravar, implícitamente en esta prohibición está comprendida la exención".

Las consideraciones transcritas bastaron para adoptar la decisión, por lo cual no examinó el *a quo* los demás argumentos de la demanda.

El Municipio de Fómeque, por intermedio de su apoderado, basa su apelación en los siguientes planteamientos:

a) La prohibición que contenía el artículo invocado por el Tribunal —en el impuesto predial— quedó tácitamente derogada por el Decreto legislativo 2348 de 1948, convertido en ley ordinaria de la República por Ley 90 del mismo año, que generalizó el tributo a "toda propiedad raíz" y reguló íntegramente la materia;

b) La Ley 29 de 1963, reconoció en forma expresa que del artículo 183 de la Constitución Nacional, se desprende que siendo de propiedad de los municipios sus bienes y rentas, sólo los Concejos Municipales pueden decretar exoneraciones o exenciones de sus impuestos y sólo dejó subsistentes las prohibiciones contempladas en las Leyes 26 de 1904 y 20 de 1946 que impiden a los Concejos imponer gravámenes a la producción primaria agrícola y ganadera y al tránsito de productos alimenticios, con lo cual derogó tácitamente las demás prohibiciones consagradas en leyes anteriores, afirmación en cuyo respaldo invoca la jurisprudencia del Consejo de Estado y del mismo Tribunal de Cundinamarca;

c) Sostiene el representante judicial del Municipio que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, tiene ánimo de lucro, sus mismos estatutos lo autorizan para aprovechar "los sistemas comerciales que aseguren el sostenimiento, desarrollo y ensanche de los mismos servicios", lo cual significa que sí puede y en efecto obtiene ganancias y que el beneficio de la Empresa no puede ir en detrimento del erario Municipal de Fómeque, como expresó el Acuerdo acusado en su motivación;

d) Finalmente refuta los argumentos de la demanda, relativos a la imposibilidad jurídica del Concejo Municipal para proferir actos individuales y concretos, invocando el artículo 169 de la Ley 9ª de 1913, que aplica a tales corporaciones la atribución de imponer contribuciones para el servicio municipal, sin la restricción aludida, circunstancia que le impide al intérprete diferenciar si deben hacerlo mediante actos-regla o actos-condición, criterio que ratifica en su sentir el artículo 180 de la Constitución Nacional.

Concepto del Ministerio Público:

En su vista de fondo, el señor Fiscal Tercero de esta Corporación, se ocupa inicialmente de la acumulación de los procesos a que dieron lugar las demandas de la actora, la cual considera inaplicable en el caso *sub júdice*, por las razones expresadas en el salvamento de voto de la Magistrada Miren de la Lombana Maggiarof, pese a lo cual concluye el colaborador Fiscal que, tal acumulación no engendró por sí ningún vicio que afecte la validez de lo actuado y su referencia a ella sólo se inspira en aras de un sano orden del desenvolvimiento del proceso.

Sobre la inhibición pretendida por el recurrente, la fiscalía conceptúa que la consignación de los tributos discutidos —como requisito de admisión de la demanda— sólo tiene lugar cuando está prevista en leyes especiales, lo que no ocurre en el presente caso. "Por ende —agrega— cabía en éste lo de la caución fijada por el Magistrado sustanciador, lo que, como es obvio, *no depende* del libelista que incoa la demanda, sino de la *discrecionalidad* del Magistrado conductor del proceso". De lo anterior concluye que, cuando debiendo hacerse la consignación no se hizo, o no se prestó la caución señalada por el ponente, habrá lugar al fallo inhibitorio, decisión que no procede en el presente caso porque el Magistrado no fijó caución, o por lo menos no existe de autos constancia de que lo hubiera hecho (destaca la Fiscalía).

En lo concerniente a la legalidad de las disposiciones edilicias anuladas, el Ministerio Público sugiere a la Sección, estudiar analítica y objetivamente tales disposiciones, teniendo en cuenta que la Ley 29 de 1963, derogó tácitamente las exenciones contenidas en leyes anteriores, según reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado y del mismo Tribunal de Cundinamarca, puesto que sólo dejó vigentes las previstas en las Leyes 26 de 1904 y 20 de 1946, sobre la producción primaria agrícola y ganadera y el tránsito de productos alimenticios, en materia del impuesto de industria y comercio. Y en cuanto al predial, estima la Fiscalía que la prohibición contenida en la Ley 34 de 1920 y que el Decreto legislativo 3300 de 1954, extendió a las empresas distritales de servicios públicos, corrió igual suerte que las leyes que consagraban exenciones.

Para resolver se considera:

I. Aspectos procedimentales.

a) La acumulación.

La Sala comparte las apreciaciones de la Magistrada Miren de la Lombana y de la Fiscalía, sobre la improcedencia de la acumulación de los dos procesos, pero ante la falta de trascendencia en su validez y al no alcanzar a configurar causal de nulidad, se sigue en este aspecto lo resuelto por el Tribunal, o sea, resolviendo en forma acumulada los dos procesos.

b) El requisito de caución.

Ciertamente, la caución es necesaria en los juicios de revisión de impuestos en el antiguo Código y en la acción de restablecimiento del derecho, en el nuevo.

A falta de norma especial que exija la consignación previa, como es el caso del impuesto de industria y comercio, "bastará que se otorgue caución a satisfacción del ponente", expresión que ha dado pie a la Sala para interpretarla en el sentido de que la demanda debe contener, por lo menos, la oferta de la caución, o la petición para que se fije por el Magistrado.

Pero este requisito es propio de las acciones o jucios mencionados contra típicos actos administrativos de liquidación particular y cobro de gravámenes, aspecto que en este proceso tiene una circunstancia especial debido a que fue necesario incoar la demanda, siguiendo los planteamientos formulados en el Acuerdo del Concejo (como acto de carácter particular) aunque bastara, como se explicará más adelante, solicitar simplemente su nulidad en ejercicio de acción pública.

Y era procedente aún con la perspectiva de la doctrina del Consejo de Estado, conocida como de los móviles o finalidades, ya que se deben tener por cumplidos los demás requisitos, pues por haberse revestido el acto de las formas propias de un Acuerdo, no fue objeto de notificación y por la misma razón contra él no procedía recurso alguno por la vía gubernativa.

El estudio de estos aspectos, lleva a la Sala a no acceder a la solución de inhibición, sino a la de entrar a considerar el fondo del debate.

Dadas las consideraciones expuestas por el Concejo en la motivación del Acuerdo, así como las características peculiares del mismo en cuanto a la forma como sometió a dos impuestos a la empresa reclamante, resulta necesario presentar aunque sea en forma resumida, algunas consideraciones sobre la capacidad impositiva del Concejo Municipal, no sin observar antes que el de Fómeque en la expedición del Acuerdo 01 de 1978, no citó ninguna disposición legal en la cual se apoyó.

II. Facultad impositiva municipal.

La jurisprudencia predominante y reiterada del Consejo de Estado, ha precisado que la facultad impositiva de los municipios está condicionada y subordinada a la Constitución, la ley y las ordenanzas.

En este sentido, la Sala se identifica con el criterio expuesto por el profesor Luis Carlos Sáchica en el fallo de la Sala Constitucional

de la Corte, de fecha 12 de marzo de 1980 (Radicación número 748), en el cual resumió la jurisprudencia sobre este tema en los siguientes términos:

"Siguiendo lo establecido en el artículo 43 hay que admitir que, en tiempo de paz, solamente tienen capacidad impositiva las tres corporaciones electivas en él mencionadas cada una en su correspondiente nivel, lo que responde bien tanto al principio político de que en las democracias no puede haber tributación sin representación, como a la idea que sirvió de criterio al constituyente de combinar la unidad política del Estado con la descentralización administrativa.

"Lo que es necesario precisar es el modo, los límites y condiciones del ejercicio de la competencia correspondiente a cada corporación en el orden tributario, así:

"a) El Congreso tiene plena iniciativa impositiva condicionada sólo por la Constitución;

"b) Las Asambleas Departamentales no tienen iniciativa tributaria; reglamentan los impuestos y contribuciones que la ley cree o les autorice establecer como recursos departamentales, sujetándose a la Constitución y a la ley, y

"c) Los Concejos tampoco gozan de iniciativa tributaria, debiendo limitarse a votar, organizar y reglamentar aquellos gravámenes que la ley haya creado o autorizado con destino a los municipios, con subordinación a la Constitución, las ley y las ordenanzas.

"De este modo, hay que concluir que la competencia tributaria es compartida entre el Congreso, que tiene iniciativa en esta materia y capacidad reguladora incondicional, y las Asambleas y Concejos, los cuales carecen de iniciativa, pero son titulares de facultad reglamentaria de las leyes que creen o autoricen impuestos, en aquello que no haya sido reglamentado por esas leyes".

Y, con relación a la Ley 29 de 1963, se recuerda que la tesis predominante en la jurisprudencia de esta Corporación, ha sido la de considerar que dicha ley abolió tanto las exenciones como las prohibiciones, salvo las expresamente mencionadas en la misma. Ha sido abundante la jurisprudencia relacionada con el impuesto de industria y comercio y escasa con relación al predial y a la valorización que son las tres áreas de que trata la ley. Sin embargo, para los efectos que interesan a este proceso, pueden resaltarse los siguientes aspectos:

a) *En cuanto al impuesto predial.*

El artículo 2º de la Ley dispuso:

"Deróganse todas las disposiciones de carácter nacional que decretan exoneraciones o exenciones del impuesto predial y complementarios para las personas privadas. Los Concejos Mucipales y del Distrito Especial de Bogotá quedan autorizados para conservar por medio de acuerdos las exenciones hasta ahora decre-

tadas en favor de las entidades de beneficencia o asistencia pública" (el parágrafo prorrogó por 2 años las exenciones de predial con carácter temporal por el legislador).

Sobre este tema la Sala en alguna ocasión observó que el legislador se refirió a las "exenciones" mas no a las prohibiciones de gravar "como sí lo hizo con relación al impuesto de industria y comercio". De ello puede derivarse la conclusión de que está vigente o que no fue abolida la prohibición establecida en el artículo 3º de la Ley 34 de 1920 que dispuso:

"Los bienes de los municipios no pueden ser gravados con impuestos directos nacionales, departamentales o municipales".

No es aceptable el argumento del señor apoderado del Municipio de Fómeque, consistente en que esta norma fue derogada tácitamente por el Decreto-ley 2473 de 1948, puesto que este Decreto no reguló íntegramente la materia, ni hizo extensivo el impuesto a "toda propiedad raíz" como lo afirma, puesto que sólo se refirió al adicional allí establecido en los siguientes términos: "Artículo 2º Establécese, a partir de 1º de enero de 1949, un impuesto adicional de dos por mil (2 × 1.000) sobre toda propiedad raíz, que se cobrará conjuntamente con el catastro".

En cambio, lo que sí es claro en el artículo 2º de la Ley 29 de 1963, es la derogatoria de las disposiciones de carácter nacional (no de orden municipal) que hubieren decretado exención del impuesto predial y complementarios *para las personas privadas*. A *contrario sensu*, las personas de derecho público continuaban con el régimen preestablecido y dentro de éste ha de contarse la prohibición de gravar con impuestos directos (como es el predial) los bienes de los municipios, prohibición consagrada en el artículo 3º de la Ley 34 de 1920 ya citado.

Esta norma resultaba aplicable al caso de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, la cual a pesar de su denominación de "empresa", que suscita equívocos, sin duda es un establecimiento público del orden distrital. Así lo establece claramente el Acuerdo 105 de 1955, en cuyo artículo cuadragésimo noveno en el que se lee que el Alcalde Mayor en uso de la autorización conferida por el artículo 1º del Decreto-ley 3300 de noviembre 14 de 1954 "constituye y organiza aquí los servicios públicos de acueducto y alcantarillado del Distrito Especial de Bogotá en entidad administrativamente autónoma, con personería jurídica y patrimonio propio" y que "la nueva entidad tendrá el carácter de un establecimiento público, separado del Distrito e independiente de éste. Administrará el acueducto y el alcantarillado *como servicios públicos* con miras al bienestar general, pero aprovechando los sistemas comerciales que aseguren el sostenimiento, desarrollo y ensanche de los mismos servicios públicos" (ordinal 2º).

De por sí, el carácter de "establecimiento público" le daba derecho a las mismas prerrogativas que tuviera el Municipio, pero es aún más clara la situación con lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 3º del Decreto legislativo 3300 de 1954 (noviembre 13), que

hizo extensivas a las empresas de servicios públicos organizadas por el Municipio de Bogotá, las ventajas de que goza éste, tal como lo aceptó el Tribunal en el fallo apelado.

Tenida en cuenta la normatividad vigente en la época y que se ha resumido en los párrafos anteriores, resulta a todas luces contraria y exótica la orden impartida en el artículo 1º del Acuerdo acusado cuando dispuso: "Hágase efectivo a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado del Distrito Especial de Bogotá, el impuesto predial con base en el avalúo catastral de los predios de su propiedad en el páramo de Chingaza y demás comprendidos en la jurisdicción del Municipio de Fómeque.

Desconoció el Concejo que la citada Empresa, como establecimiento público del Distrito Especial de Bogotá, gozaba de la misma naturaleza y privilegios de éste, dentro del cual se cuenta el de que sus bienes no pueden ser gravados con impuestos directos por otro municipio.

Interpretó mal la Ley 29 de 1963, si es que la tuvo en cuenta, porque ella no comprendió dentro de las disposiciones derogadas las referentes a prohibición de gravar con impuesto predial los bienes de las personas de derecho público, sino solamente de las personas privadas.

Y, mezcló en forma antitécnica dentro del vestido formal de un Acuerdo lo que debiera ser orden o acto del Alcalde.

b) *En cuanto al impuesto de industria y comercio.*

Sabido es que los municipios han gozado de facultad para establecer como renta propia este impuesto cuyo antecesor remoto fue el de patente que existió desde 1810 y se reestructuró mediante la Ley 97 de 1913, época desde la cual los municipios han incrementado sus rentas bajo el continuo perfeccionamiento de sus normas.

Dentro de este proceso legislativo, constituye un punto importante la expedición de la Ley 29 de 1963 "por medio de la cual se suprimen unas exenciones", lo cual fue inspirado en la necesidad de fortalecer los fiscos locales y preservar el disfrute de sus rentas y por tal razón abolió exenciones y prohibiciones y mantuvo tan sólo aquellas que el legislador consideró justificadas y ordenó que en el futuro sólo los mismos municipios podían concerlas.

Sobre el sentido de esta Ley 29 de 1963, con relación a este impuesto, recientemente dijo esta Sección:

> "Como conclusión, la Sala reafirma el criterio de interpretación de la Ley 29 de 1963, en el sentido de que ésta derogó las exenciones anteriormente decretadas del impuesto de industria y comercio, salvo las 'pactadas en razón de concordato, convenciones internacionales o contratos que haya celebrado o celebre la Nación', como lo expresa el artículo 5º, pues el propósito del legislador fue el de fortalecer los fiscos municipales.
>
> "Y en materia de prohibiciones, también suprimió las preexistentes, salvo las expresamente mencionadas en sus artículos

3º y 4º, tal como lo interpretó el Decreto reglamentario 84 de 1964 y lo confirmó el Consejo en fallos de Sala Plena de 24 de mayo de 1983 y lo ha ratificado en otros" (Expediente número 0379, fallo abril 29 de 1988).

La facultad impositiva municipal, según lo estatuye el numeral 2º del artículo 197 de la Constitución, consiste en "votar, en conformidad con la Constitución, la ley y las ordenanzas, las contribuciones y gastos locales" y la ejerce mediante acuerdos que deben ser actos generales e impersonales, pues tienen la virtud de ser fuente de la obligación tributaria a quien cumpla o incurra en el presupuesto o los presupuestos previstos en la norma, para quedar sometido al impuesto cuyo objeto principal es pagar una suma de dinero al erario público.

Estas nociones generales sirven a la Sala para tachar de ilegal la disposición contenida en el artículo 2º del Acuerdo acusado, mediante el cual dispuso el Cabildo "gravar a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, por concepto de impuesto de industria y comercio con la suma de doscientos mil pesos ($ 200.000.00) moneda corriente, mensuales".

No podía el Concejo Municipal, mediante acto que debe ser impersonal y general, someter a impuesto a una persona en forma particular y concreta y de una vez cuantificada.

Además, por los orígenes legislativos y características generales reconocidas aún antes de expedirse la Ley 14 de 1963, el impuesto de industria y comercio adoptó como hecho gravable el ejercicio de actividades industriales y comerciales en establecimientos, apoyándose en las nociones de empresa y de actos comerciales tal como surgía tanto del antiguo como del nuevo Código de Comercio, de donde derivó que los "servicios" que vinieron a ser gravables, son aquellos que el Código señala como actividades comerciales que no consisten propiamente en producir o en vender artículos o mercancías, sino en prestar ciertos servicios necesarios a la comunidad.

Pero ésta ha sido tradicional y reconocida base para fundar el impuesto, no puede confundirse o extenderse a los servicios públicos, aún en el caso de que éste consista en suministrar un bien material como el agua, puesto que cuando de tal actividad se encarga la administración estatal y la asume con el carácter de servicio público, se coloca en un plano ajeno al ámbito del citado gravamen y por ello no le son aplicables sus normas. En este sentido el Acuerdo 105 de 1955, ya citado fue muy claro en calificar a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado como establecimiento público, cuyo objetivo primordial es el de administrar el acueducto y el alcantarillado como servicios públicos, sin que este carácter se demerite por el hecho de autorizarlo para aprovechar los sistemas comerciales que aseguren el desarrollo de los mismos servicios.

Por las anteriores consideraciones y no por las expuestas por el Tribunal, la Sala llega a la misma conclusión de ilegalidad del acto acusado.

Para concluir, la Sala reconoce que ni las consideraciones ni la solución adoptada demeritan el sentido de justicia que animó al Ca-

bildo frente al deterioro de las finanzas locales originado en una obra indispensable, pero cuya directa y principal beneficiaria es la gran urbe vecina.

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

Falla:

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.*

Jorge A. Torrado T., Secretario.

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO.— COOPERATIVAS. FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL.

No es necesario dilucidar si las cooperativas son o no establecimientos de comercio y si tienen, en razón de su misma naturaleza ánimo de lucro o no, para efectos de establecer si son sujetos pasivos del impuesto de industria y comercio.

SE ANULAN los artículos 38 a 41 del Acuerdo 47 de 1983 (diciembre 20) expedido por el Concejo Municipal de Medellín.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., ocho de julio de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejera ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación 1503. Apelación sentencia de agosto 29 de 1986 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en juicio de nulidad y suspensión provisional de algunas disposiciones del Acuerdo 47 de 1983, del Concejo Municipal de Medellín. Actor: Ignacio Mejía Velásquez y Heliodoro Ballesteros V.

Habiéndose cumplido el trámite de rigor, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por los actores contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 29 de agosto de 1986 en el juicio de nulidad de algunos artículos del Acuerdo número 47 de 1983, expedido por el Concejo Municipal de Medellín.

La demanda:

El doctor Ignacio Mejía Velásquez, obrando en su propio nombre y en representación del señor Heliodoro Ballesteros Velásquez solicitó ante el Tribunal de instancia se declarara la nulidad de las siguientes normas contenidas en el Acuerdo número 47 de 1983 proferido por el Concejo Municipal de Medellín.

—Aparte del segundo inciso del parágrafo del artículo 5º que dice: "...durante los tres (3) primeros años a partir de su fundación, siempre y cuando dichas entidades cumplan con su obligación de registrarse en el tiempo oportuno como se establece en el artículo 12 del presente Acuerdo".

—Artículo 102.

—Parágrafo del artículo 15.

—Artículo 38.

—Artículo 39.

—Artículo 41.

—Artículo 57.

—Artículo 59.

—Artículo 63.

—Parágrafo del artículo 67.

—Artículo 71.

Se citaron como disposiciones violadas: Los artículos 76, ordinal 1º, 197, ordinal 2º de la Constitución Nacional; el artículo 33, parágrafo 1º y artículos 33, 88 y 89 de la Ley 14 de 1983; el artículo 23, ordinal 1º del Código de Comercio; los artículos 13, ordinal 2º, y 30, ordinal 1º de la Ley 134 de 1931; el artículo 1º del Decreto-ley 874 de 1932; el artículo 2º, parágrafo de la Ley 128 de 1936; el artículo 9º del Decreto-ley 1460 de 1940; los artículos 11, 16, 18, 81 y 82 del Decreto-ley 1598 de 1968, y los artículos 10, 11 y 12 del Decreto 2733 de 1959.

En el extenso memorial demandatorio, se precisó el concepto de violación en el cual se insiste al sustentar el recurso, y el cual puede precisarse así:

1. El Concejo Municipal de Medellín no tenía facultades para dictar las normas contenidas en el acuerdo impugnado, por cuanto de conformidad con las normas constitucionales citadas, la competencia para reglamentar el impuesto de industria y comercio, definido como nacional por el artículo 89 de la Ley 14 de 1983, corresponde al legislador y además porque la citada ley al regular dicho impuesto, en su artículo 33, parágrafo 1º facultó a los Concejos Municipales, solamente para regular lo necesario para la debida ejecución de la ley, dentro de las cuantías y porcentajes allí previstos.

Y las normas demandadas no se limitaron a fijar las clasificaciones dentro de dichas cuantías, sino que regularon otras materias de competencia legal.

2. Las normas demandadas violan los artículos citados del Código de Comercio y la legislación propia del régimen cooperativo, al someter a las cooperativas al impuesto de industria y comercio, en determinadas condiciones, desconociendo la exención que al respecto había previsto la ley.

3. Se considera que el acuerdo impugnado desconoce el Decreto 2733 de 1959 en cuanto establece un procedimiento especial en materia de impuesto de industria y comercio.

4. Afirma finalmente el demandante, que los artículos demandados deben anularse porque en sus artículos 38, 39, 41 y 57 introduce "sobreimpuestos" y sanciones no previstos en la Ley 14 de 1983.

En el libelo se solicitó la suspensión provisional de las normas demandadas, la cual fue negada por el Magistrado sustanciador, negativa a su vez confirmada por el Consejo de Estado en providencia de esta Sección, de fecha 28 de junio de 1985.

Argumentos de la parte impugnadora:

El Municipio de Medellín, mediante apoderado se opuso a las pretensiones de la demanda y en el alegato de conclusión luego de referir un aspecto histórico del impuesto de industria y comercio precisó como los Concejos Municipales sí tienen competencia para regular el citado impuesto, manejando así sus rentas, de acuerdo con lo establecido en la Ley 14 de 1983, a través de la cual se unificó su base gravable y las tarifas aplicables a cada actividad.

Agregó la parte impugnadora que la Ley 14 de 1983 reglamentó el aspecto sustancial del impuesto de industria y comercio, dejando a los Municipios su autonomía para fijar los métodos y procedimientos para manejar y recaudar las rentas de su propiedad.

En cuanto al desconocimiento del procedimiento previsto en el Decreto 01 de 1984, consideró que éste, tiene carácter supletorio y se aplica cuando no existan normas especiales sobre el mismo.

Con relación a las cooperativas afirmó que son entidades sin ánimo de lucro pero realizan actividades comerciales e industriales que son gravadas con el impuesto de industria y comercio de conformidad con la Ley 14 de 1983. Por ello, el acuerdo impugnado lo reglamentó y esa reglamentación fue después ratificada por la Ley 50 de 1984.

Finalmente alegó la apodarada de la parte impugnadora que en últimas el Acuerdo demandado es simplemente el acto por el cual se fijan las normas y procedimientos para obtener un pronto y eficaz recaudo de las rentas del Municipio, para lo cual tiene competencia el Concejo Municipal.

La sentencia apelada:

El Tribunal Administrativo de Antioquia en sentencia proferida el 29 de agosto de 1986 puso fin a la primera instancia, negando las pretensiones de la demanda, con base en los argumentos que a continuación se resumen:

1. De conformidad con lo previsto en la Ley 14 de 1983 la materia imponible del impuesto de industria y comercio es la actividad comercial, industrial o de servicio, sin tener en cuenta el ánimo que se tenga: Especulativo, de beneficio común o altruísta en general.

Lo anterior fue reiterado en el Decreto 1333 de 1986, artículos 195 y 198. Por ello no es necesario para resolver el asunto planteado el establecer si las cooperativas de consumo son o no empresas o establecimientos mercantiles.

2. La prohibición de gravar a las cooperativas, que establecía la Ley 128 de 1936 no existe de conformidad con el artículo 38 de la Ley 14 de 1983 y el 258 del Decreto 1333 de 1986.

Lo anterior fue expresamente previsto en el artículo 11 de la Ley 50 de 1984, según el cual, aunque se llegaren a considerar a las cooperativas como entidades de beneficencia, culturales, sindicales, gremiales o profesionales también serían sujetos del impuesto de industria y comercio, porque realizan actividades comerciales o industriales.

3. Afirmó la providencia del *a quo* que de conformidad con el entonces vigente artículo 19 del Decreto 2733 de 1959, el procedimiento administrativo en dicho decreto tenía el carácter de supletorio cuando no existiera una reglamentación especial en las entidades territoriales. En este sentido, además, según el *a quo*, los Concejos Municipales tienen competencia para expedir las normas tendientes al adecuado manejo de las rentas municipales y entre ellos la de determinar el procedimiento y sanciones a quienes no cumplan adecuadamente con su deber tributario.

4. Considera que aunque el Acuerdo demandado repite normas ya contenidas en la Ley 14 de 1983, ello no origina una anulación ya que allí se presenta lo que la doctrina denomina "...la conversión que permite tornar las disposiciones del acto acusado en simples circulares o instrucciones de servicio..."

5. Finalmente, en lo relativo con la liquidación del impuesto consideró el Tribunal *a quo* que el acuerdo demandado, no violó la Ley 14 de 1983, ya que "...se circunscribe a darle operancia práctica a la ley, siguiendo las orientaciones y pautas de la misma".

El recurso de apelación:

El actor y apoderado, interpuso el recurso de apelación que ahora resuelve la Sala y al sustentarlo afirma que los Concejos Municipales no tienen libertad para expedir estatutos de impuesto de industria y comercio ya que luego de un análisis histórico del impuesto de patente, llega a la conclusión de que se trata de un impuesto de creación y regulación legal y lo cedido es la renta.

Anota que la reglamentación de la ley, en este caso de la Ley 14 de 1983, corresponde al Presidente de la República y no a los Concejos Municipales.

Insiste en que dichas autoridades locales, de conformidad con la Ley 14 de 1983, solamente tienen competencia para precisar la aplicación de tarifas y para "...que adoptaran la renta proveniente del impuesto en cuestión..."

Finalmente insiste en que las cooperativas no pueden ser gravadas con el impuesto de industria y comercio, por cuanto su "...actividad no es comercial sino especial y más de naturaleza social y de regulación de precios como función pública..." "...ajena a la especulación que define lo mercantil..." y se remite a los argumentos de la demanda.

Por su parte, el señor apoderado del Municipio insiste en que las pretensiones de los actores no pueden prosperar y reitera los argumentos ya expuestos en la instancia.

Concepto Fiscal:

La señora Fiscal Sexta de la Corporación al rendir su concepto de fondo hace un detenido estudio de las facultades que tienen los Concejos Municipales con relación a la regulación tributaria y especialmente con relación al impuesto de industria y comercio y luego de establecer que la atribución para imponer tributos corresponde al Congreso, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales (art. 43, C. N.), y que tanto las Asambleas como los Concejos tienen limitaciones en su ejercicio, las primeras en la ley (art. 191, C. N.) y los segundos en la ley y en las ordenanzas (art. 197, ordinal 2º, C. N.) concluye que la capacidad impositiva de dichas corporaciones es subordinada.

Precisa que en el caso del impuesto de industria y comercio, la ley autorizó la creación del tributo (Ley 97 de 1913) y fijó la naturaleza del gravamen y la materia imponible, dejando la regulación de los demás aspectos a las autoridades locales (Concejo de Bogotá y Concejos Municipales).

Afirma la distinguida colaboradora Fiscal que de una manera más técnica y precisa la Ley 14 de 1983 fijó los elementos del impuesto de industria y comercio y dejó relativa libertad en materia de tarifas, de exenciones y de reglamentación del recaudo, siguiendo en esto el criterio de competencia compartida, acogido por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 12 de mayo de 1980.

Con relación a las cooperativas como sujetos pasivos del impuesto de industria y comercio considera que aun cuando dichas entidades no posean ánimo de lucro, cuando ejercen actividades industriales, comerciales o de servicio son sujeto pasivo del impuesto.

Lo anterior luego de la expedición de la Ley 14 de 1983 y reafirmado por la Ley 50 de 1984.

Con relación a la base del impuesto, considera la señora Fiscal Sexta que cuando el artículo 15 del Acuerdo 47 de 1983, establece que el impuesto de industria y comercio se liquidará con base en el promedio mensual de ingresos brutos obtenidos durante el año inmediatamente anterior y que este promedio resulta de dividir el monto de los ingresos brutos obtenidos durante el año gravable por el número de mesas en que se desarrolló la actividad, no viola el artículo 33 de la Ley 14 de 1983, por cuanto el artículo demandado señala también como base del impuesto el promedio mensual de ingresos brutos del año anterior como lo hace la norma legal y además especifica la manera de determinar dichos ingresos.

En lo relativo a los conceptos de "valor de matrícula", "matrícula extemporánea" y "matrícula para establecimientos que venden licor"

previstos en los artículos 38, 39 y 41 del Acuerdo 47 de 1983, aquí demandados, solicita la colaboradora Fiscal, se declare su nulidad pues comparte el planteamiento del libelo de demanda, según el cual, en dichas normas se está creando un impuesto adicional al autorizado por el legislador.

Finalmente, con relación al procedimiento gubernativo que el acuerdo demandado establece, considera que se ajusta a la legalidad, ya que los Concejos Municipales sí tienen competencia para regular y organizar el recaudo y cobro del impuesto de industria y comercio de conformidad con diferentes normas tales como la Ley 97 de 1913, la Ley 84 de 1915, la Ley 14 de 1983 y la Ley 55 de 1985, además de que el procedimiento administrativo general previsto antes en el Decreto 2733 de 1959 y ahora en el Decreto 01 de 1984 se aplica solamente cuando no existe un estatuto especial que regule la materia para casos específicos.

Para resolver se considera:

Las disposiciones demandadas dicen textualmente:

Acuerdo número 47 de 1983.

—Artículo 5º, 2º inciso, parágrafo:

"...durante los tres (3) primeros años a partir de su fundación, siempre y cuando dichas entidades cumplan con su obligación de registrarse en el tiempo oportuno como se establece en el artículo 12 del presente Acuerdo".

.....

—Artículo 15, parágrafo:

"Parágrafo: El promedio mensual resulta de dividir el monto de los ingresos brutos obtenidos durante el año gravable por el número de meses en que se desarrolló la actividad".

.....

—Artículo 38:

"Valor de la matrícula: La matrícula o inscripción de los establecimientos industriales, comerciales o de servicios, implicará el pago equivalente a una mensualidad del respectivo impuesto".

—Artículo 39:

"Matrícula extemporánea: El incumplimiento de la obligación contenida en el artículo anterior dentro de los plazos allí establecidos dará lugar a imponer una sanción de extemporaneidad, equivalente al cincuenta por ciento (50%) del valor del impuesto que adeude por dicho negocio en la fecha de inscripción.

"Parágrafo: El valor del recargo establecido en este artículo será facturado en la respectiva cuenta de cobro".

.....

—Artículo 41:

"Para los establecimientos que vendan licor para el consumo dentro del establecimiento, la matrícula o inscripción, implicará el pago del equivalente a doce (12) mensualidades del respectivo impuesto".

. . . . . .

—Artículo 57:

"*Sanción por inexactitud:* Cuando se establezca que las bases declaradas por el contribuyente contienen datos básicos falsos, incompletos o inexistentes y ello dé lugar a la liquidación de un impuesto menor del que debe pagar, se impondrá una sanción equivalente a cinco (5) veces el impuesto anual atribuíble a la inexactitud.

"*Parágrafo:* La Dirección de Impuestos ordenará visitas a los contribuyentes de industria y comercio cuando lo considere pertinente, a fin de constatar la veracidad de la información suministrada por el contribuyente en su declaración privada, o de informar la actividad desarrollada y el volumen de ingresos brutos, realizados por aquellos contribuyentes que no han declarado".

. . . . . .

—Artículo 59:

"*Presunción por falta absoluta de declaración:* Se presume falta absoluta de declaración, cuando han transcurrido dos (2) meses a partir de la fecha límite de presentación. La falta absoluta de declaración acarreará al contribuyente una sanción equivalente al cien por ciento (100%) del impuesto de un (1) mes".

. . . . . .

—Artículo 63:

"*Notificación:* La Dirección de Impuestos Municipales notificará a los contribuyentes la liquidación oficial o de aforo del impuesto dentro de los diez (10) días siguientes a la expedición del acto por medio del cual se fije el gravamen. El solo envío por correo certificado a la dirección comunicada por el contribuyente valdrá como notificación personal. Igualmente, cuando la Administración Municipal a través de sus funcionarios respectivos reparta las liquidaciones en las direcciones comunicadas por el contribuyente. Del informe que se remita al contribuyente deberá dejarse un duplicado en el expediente.

"*Parágrafo 1º* En caso de devolución del correo, o de la imposibilidad de notificarse personalmente, la notificación se surtirá por edicto fijado en la Secretaría de Hacienda o en la Dirección Municipal de Impuestos, según sea el caso por el término de cinco (5) días, insertando la parte resolutiva de la providencia.

"*Parágrafo 2º* En el acto notificado deberá indicarse los recursos que contra él proceden y el término de su interposición".

. . . . . .

—Artículo 67, parágrafo:

"Cuando las providencias que resuelvan los recursos administrativos sean desfavorables al contribuyente, se causarán intereses de mora sobre el mayor valor determinado en la liquidación oficial, a partir del vencimiento del término fijado para el pago de la liquidación privada".

. . . . . .

—Artículo 71:

"*Agotamiento de la vía gubernativa:* Para todos los efectos legales a que haya lugar se entiende agotada la vía gubernativa, una vez se hubiere resuelto el recurso de apelación.

"*Parágrafo 1º* También se considerará agotada la vía gubernativa cuando interpuestos los recursos, transcurre un plazo de un (1) mes sin que recaiga decisión resolutoria sobre ellos.

"*Parágrafo 2º* Sólo procederá la acción de revocatoria directa prevista en el Decreto 2733 de 1959, cuando el contribuyente no hubiere interpuesto los recursos de la vía gubernativa".

—Artículo 102:

"*Artículo 102.* Las actividades industriales, comerciales y de servicio que ejerzan las Cooperativas, serán gravados con el impuesto de industria y comercio de conformidad con las tarifas establecidas en los artículos 21 y siguientes así: Por los años gravables de 1983, 1984 y 1985 pagarán el 50% de la liquidación del impuesto; por el año de 1986 el setenta y cinco por ciento (75%) y de 1987 en adelante el cien por ciento (100%) del impuesto liquidado".

De conformidad con los temas regulados, para el estudio de la Sala, los artículos transcritos pueden agruparse así:

1. Los que se refieren a las Cooperativas como sujetos pasivos del impuesto de industria y comercio (arts. 5º, 2º inciso, parágrafo y 102).

2. Artículo relacionado con la base gravable cuando se precisa que el promedio mensual resulta de dividir el monto de los ingresos brutos obtenidos durante el año gravable por el número de meses en que se desarrolló la actividad (art. 15, parágrafo).

3. Los que regulan lo relativo a la obligación de inscripción o matrícula y las sanciones (arts. 38, 39, 41, 57 y 59).

4. Los relativos al procedimiento administrativo (arts. 63, 67 y 71).

A cada uno de estos temas se referirá la Sala para resolver la controversia planteada, previa precisión de las competencias que de conformidad con la Constitución y la ley corresponden a los Concejos Municipales.

Como manifestación propia de la descentralización, las autoridades locales detentan ciertas competencias de carácter administrativo que buscan su autonomía fiscal y dentro de estas se encuentran las relativas a los tributos.

Como ya lo ha dicho la Sala, en un todo de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (sentencia 12 de mayo de 1980), en materia tributaria los diferentes niveles de autoridad tienen competencias compartidas de conformidad con las normas constitucionales que regulan la materia y es así como al Congreso le corresponde "plena iniciativa impositiva condicionada sólo por la Constitución", las Asambleas Departamentales tienen competencia para reglamentar los tributos creados por la ley o los que la ley expresamente autorice establecer, como mecanismo para arbitrar recursos departamentales y esa competencia debe ser ejercida por las autoridades departamentales de acuerdo con la Constitución y la ley. A los Concejos Municipales les corresponde votar y reglamentar los gravámenes creados por la ley o autorizados por ésta, dentro de los límites establecidos por la Constitución, la ley y sus reglamentos y las ordenanzas departamentales.

De acuerdo con lo anterior, no es posible para la Sala aceptar el argumento del recurrente cuando afirma que el Concejo Municipal de Medellín no tenía competencia para regular lo relacionado con el impuesto de industria y comercio, por tratarse de un impuesto de carácter nacional, cuya reglamentación corresponde al Presidente de la República y no al Concejo Municipal, porque lo cedido es únicamente la renta.

Pero, además, no pueden ni confundirse, ni tenerse como excluyentes la potestad reglamentaria que corresponde al Presidente de la República con relación a la ley y la que tienen los Concejos Municipales para reglamentar en el ámbito local, los impuestos creados por la ley o autorizados por ésta.

En efecto: La potestad reglamentaria del Presidente de la República se refiere a precisiones necesarias para la debida ejecución de las normas generales contenidas en la ley, con relación a los aspectos esenciales del impuesto, mientras que la competencia de los Concejos Municipales para reglamentar un impuesto creado o autorizado por la ley busca la organización del impuesto en el nivel local para su adecuado recaudo.

En el tema que nos ocupa, el impuesto de industria y comercio, el Presidente de la República ejerció su potestad reglamentaria y expidió el Decreto 3070 de 1983, con miras a la debida ejecución de la Ley 14 del mismo año, pero ello no puede tener como consecuencia que los Concejos Municipales no tengan capacidad para regular de acuerdo con la Constitución Nacional, la ley, y su decreto reglamentario y las ordenanzas si las hubiere, lo relacionado con la organización y adecuado recaudo del citado impuesto de industria y comercio.

No, el Concejo Municipal sí tiene competencia para regular los impuestos creados por la ley y autorizados por ésta y en el caso de autos, tratándose de una reglamentación sobre el impuesto de industria y comercio, es necesario anotar que la Ley 14 de 1983, reguló los elementos fundamentales de dicho impuesto y autorizó expresamente

a los Concejos Municipales para expedir acuerdos necesarios para la debida aplicación de la ley (art. 3, parágrafo 1º) y para establecer exenciones (art. 38).

1. *Artículos demandados que se refieren a las cooperativas como sujetos pasivos del impuesto de industria y comercio.*

Dos son los argumentos fundamentales del recurrente en este aspecto: El primero relativo a la ausencia del ánimo de lucro en las cooperativas y el seguno referido a la prohibición expresa consagrada por la Ley 128 de 1936.

Comparte la Sala lo dicho por el *a quo* cuando afirma que no es necesario dilucidar si las cooperativas son o no establecimientos de comercio y si tienen, en razón de su misma naturaleza ánimo de lucro o no, para efectos de establecer si son sujetos pasivos el impuesto de industria y comercio.

Lo anterior fue objeto de controversia antes de la expedición de la Ley 14 de 1983.

Con la expedición de dicha Ley 14 de 1983, se definió que lo gravado era la actividad industrial o comercial o de servicios, independientemente del sujeto que la realiza, de cuál es su finalidad y si tiene o no ánimo de lucro.

Dentro de este marco legal, bien podía el Concejo Municipal reglamentar lo relacionado con el impuesto de industria y comercio para las cooperativas por cuanto son sujetos pasivos de dicho tributo, en cuanto realicen actividades industriales, comerciales o de servicios.

En cuanto a la prohibición establecida por la Ley 115 de 1936 para gravar a las cooperativas, la Sala ha considerado en reiteradas providencias que dichas prohibiciones quedaron derogadas por la Ley 29 de 1963 con las excepciones expresamente allí consagradas. Así en providencia de 4 de marzo del presente año, expediente 1505, Actor Bavaria S. A., Consejero ponente Hernán Guillermo Aldana Duque dijo:

"Con la expedición de la Ley 29 de 1963 se estableció que los impuestos de industria y comercio, creados por las Leyes 97 de 1913 y 84 de 1915 como impuestos municipales, no podían ser objeto de exención o exoneración por ninguna entidad de los Municipios y el Distrito Especial de Bogotá y sólo quedaban vigentes las prohibiciones que consagraban las Leyes 26 de 1904 y 20 de 1946, sobre gravámenes a la producción primaria, agrícola y ganadera, y al tránsito de productos".

Y en sentencia de 29 de abril de 1988, expediente 0379, actor: Caja Colombiana de Subsidio Familiar Colsubsidio, Consejero ponente: Jaime Abella Zárate, precisó:

"El sentido de la Ley 29 ha sido ampliamente explicado: Para salvaguardar los intereses de los municipios garantizados por el artículo 183 de la Constitución Nacional, en forma igual que los de los particulares, se dispuso que en lo sucesivo, solamente los mismos organismos municipales podían conceder exenciones del impuesto, poniendo fin a las que se habían otorgado hasta la fecha por parte de la Nación.

"Sólo se mantuvieron las prohibiciones taxativamente enumeradas y con antecedentes legales conocidos, como la de gravar la producción primaria (agrícola y ganadera) y al tránsito de productos alimenticios, así como el régimen especial de zonas francas y para productos de exportación, consagrados en las Leyes 26 de 1964 y 20 de 1946".

Como la actividad realizada por las cooperativas y su naturaleza misma no encaja dentro de ninguna de las exceptuadas por la citada ley, es claro, que la prohibición invocada por los recurrentes no se encontraba vigente a la fecha de expedición del Acuerdo aquí demandado y por ello bien podía como lo hizo el Concejo Municipal de Medellín reglamentar con base en claras atribuciones legales lo relacionado con el impuesto de industria y comercio a cargo de las cooperativas. Por ello, no prospera el cargo hecho en la demanda contra los artículos 5º, 2º inciso, parágrafo y 102 del Acuerdo 47 de 1983.

2. *Artículo relacionado con la base gravable del impuesto.*

Es el artículo 15 y su parágrafo del Acuerdo 47 de 1983 y dicho artículo establece que la base gravable será el promedio mensual de ingresos brutos obtenidos durante el año inmediatamente anterior y agrega que ese promedio mensual se establece al dividir el monto de los ingresos brutos obtenidos durante el año gravable por el número de meses en que se desarrolló la actividad, objeto del gravamen.

Lo anterior coincide con lo previsto en la Ley 14 de 1983 (art. 33) sobre la base gravable del impuesto de industria y comercio, norma que también prevé que el impuesto se liquidará sobre el promedio mensual de ingresos brutos del año anterior.

Cuando el artículo demandado precisa en su parágrafo la forma como se establece el promedio mensual, no está desconociendo la previsión legal citada, sino que por el contrario, la está desarrollando en cuanto establece que se trata del promedio mensual de ingresos brutos obtenidos durante el año inmediatamente anterior y agrega que ese promedio mensual se establece al dividir el monto de los ingresos brutos obtenidos durante el año gravable por el número de meses en que se desarrolló la actividad comercial, industrial o de servicios, objeto del gravamen, cualquiera que hubiere sido su duración.

Lo anterior coincide con lo previsto en la Ley 14 de 1983 (art. 33) sobre la base gravable del impuesto de industria y comercio, norma que también ordena que el impuesto se liquidará sobre el promedio mensual de ingresos brutos del año anterior.

Así las cosas, en este aspecto no pueden prosperar las pretensiones de la demanda.

3. *Artículos que regulan lo relativo a la obligación de inscripción o matrícula y las sanciones* (arts. 38, 39, 41, 57 y 59).

En los citados artículos el Acuerdo impugnado regula varias cuestiones así:

—Matrícula (arts. 38 y 41): Se exige un pago equivalente a una mensualidad del respectivo impuesto por concepto del registro como contribuyentes del impuesto de industria y comercio a que se refiere el Decreto 3070 de 1983.

—Sanciones (arts. 39, 57 y 59): Establece sanciones por extemporaneidad, inexactitud y por falta absoluta de declaración.

Con relación a los artículos demandados que establecen unos derechos de matrícula, comparte la Sala el criterio de nuestra colaboradora Fiscal según el cual esos derechos de matrícula equivalen a un impuesto adicional, para establecer el cual no tenía competencia el Concejo Municipal.

En efecto, las competencias de las autoridades locales en materia tributaria, tal como quedó establecido en la primera parte de estas consideraciones, son subordinadas a la ley y de ninguna manera implican la capacidad para crear nuevas cargas a los particulares, por ello han de limitarse a organizar y reglamentar los impuestos ya creados o autorizados por quien tiene constitucionalmente la competencia en materia impositiva, el Congreso Nacional.

Los artículos demandados evidentemente crean una nueva carga para los particulares, adicional a lo previsto en la ley como son: Los costos de su matrícula, y por ello a juicio de la Sala, el Concejo Municipal excedió la competencia subordinada de regular los impuestos creados o autorizados por ley.

En cuanto a los artículos demandados (57-59) que consagran sanciones se considera que el Concejo Municipal está simplemente tomando las medidas necesarias para la adecuada administración y recaudo del impuesto, lo que implica el ejercicio de sus propias competencias, dentro del marco de referencia ya precisado y no procede, por lo tanto, su anulación.

4. *Artículos relativos al procedimiento administrativo* (arts. 63, 67 y 71).

Tal como lo resolvió el *a quo*, estos artículos no violan ninguna norma superior, toda vez que se trata justamente de la regulación de la etapa administrativa relacionada con la liquidación, pago y recaudo del impuesto de industria y comercio para lo cual el Concejo Municipal tiene competencia.

No puede aceptarse el argumento de violación del Decreto 2733 de 1959, ya derogado, ni las del Decreto 01 de 1984 por cuanto dichas normas son de carácter general y en ellas mismas se prevé su aplicación a falta de normas especiales.

Lo anterior es suficiente para concluir que los artículos citados no deben ser anulados.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Revócase la sentencia apelada.

En su lugar se anulan los artículos 38 y 41 del Acuerdo número 47 de 1983 (diciembre 20) expedido por el Concejo Municipal de Medellín.

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.

SUSTRACCION DE MATERIA.— Operancia.

Habiendo sido derogados los actos acusados, carece de sentido su pronunciamiento jurisdiccional de anulación sobre ellos, por sustracción de materia.

REVOCASE el numeral 1º de la parte resolutiva de la sentencia apelada que declaró la nulidad del artículo 3º, numeral 6º del Acuerdo 9 de 1973 del Concejo de Bogotá.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., doce de julio de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejera ponente: *Doctora Aydée Anzola Linares.*

Referencia: Expediente número 387-10861. Asuntos municipales. Actor: Jorge Gómez Amaya.

Jorge Gómez Amaya, en ejercicio de la acción pública de nulidad, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, impetrando las siguientes declaraciones:

"1º Que es nulo el artículo 3º, numeral 6 del Acuerdo número 9 de 1973, originario del Concejo del Distrito Especial de Bogotá, inserto en el número 1131 de fecha 31 de diciembre de 1973 de los *Anales del Consejo*".

"2º Que es nulo de principio a fin el texto del Decreto número 552 de fecha 21 de mayo de 1974, expedido por el señor Alcalde Mayor del Distrito Especial de Bogotá, 'por el cual se creó el Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital, se establecen disposiciones sobre auxilios de cesantía de empleados públicos y trabajadores oficiales del Distrito Especial de Bogotá y se dictan otras normas' ".

"3º Que el Gobierno del Distrito Especial de Bogotá está impedido constitucionalmente y legalmente para ejercer las autorizaciones otorgadas por el Concejo de Bogotá en el citado Acuerdo número 9 de 1973".

Como hechos fundamentales, en la demanda se transcribieron los textos del Acuerdo número 9 de 1973 del Concejo del Distrito Especial de Bogotá y del Decreto número 552 de 1974 del Alcalde Mayor de esta ciudad (fls. 12 a 23).

Se citan como normas violadas por los actos acusados, los artículos 16, 20, 30, 77, 197 numerales 4 y 7 de la Constitución Nacional; 674 del Código Civil; 39 del Decreto 3133 de 1968, Ley 6ª de 1945; Acuerdo 35 de 1933; Acuerdo 58 de 1965 y Acuerdo 44 de 1961.

El concepto de violación de las disposiciones invocadas fue expresado en la demanda de la manera siguiente:

"1º El Acuerdo número 9 de 1973, acusado, viola ostensiblemente y flagrantemente normas superiores de derecho, lo cual surge de la simple comparación de su texto con las disposiciones constitucionales y legales".

"Para la acertada inteligencia de esta demanda de nulidad, tenemos presente lo siguiente".

"El artículo 77 de la Constitución dice":

"*'TODO PROYECTO DE LEY DEBE REFERIRSE A UNA MISMA MATERIA Y SERAN INADMISIBLES LAS DISPOSICIONES O MODIFICACIONES QUE NO SE RELACIONEN CON ELLA'*".

"Por su parte el artículo 92 de la Carta expresa":

"*'EL TITULO DE LAS LEYES DEBERA CORRESPONDER PRECISAMENTE AL CONTENIDO DEL PROYECTO'*".

"Una simple lectura del Acuerdo nos demuestra cómo es violatorio de los anteriores textos constitucionales, *'al ordenar una emisión de bonos, la ejecución de planes de desarrollo económico y social'* y a la vez *revestir de facultades extraordinarias* al señor Alcalde. No se refiere en consecuencia el proyecto de Acuerdo *a una misma materia,* sino *a varias y muy diferentes. El título del Acuerdo,* no corresponde igualmente al contenido. Lo anterior es de una claridad meridiana, y fue una innovación del constituyente de 1968".

"2º El Acuerdo que impugnó es violatorio igualmente del artículo 197 de la Constitución, atribución 7ª que expresa":

"'7ª AUTORIZAR AL ALCALDE PARA CELEBRAR CONTRATOS, NEGOCIAR EMPRESTITOS, ENAJENAR BIENES MUNICIPALES Y EJERCER, *PRO TEMPORE, PRECISAS FUNCIONES DE LAS QUE CORRESPONDEN A LOS CONCEJOS'* (Subrayo)".

"De conformidad al texto transcrito el Concejo está facultado para revestir al Alcalde de *PRECISAS FUNCIONES,* Y NO DE FACULTADES EXTRAORDINARIAS. Estas últimas facultades solamente pueden otorgarlas el Congreso de la República al señor Presidente. A partir de la reforma plebiscitaria de 1968 las Asambleas y los Concejos no conceden a los Gobernadores y a los Alcaldes, respectivamente facultades extraordinarias, sino PRECISAS FUNCIONES. De ahí que el Acuerdo 9 de 1973 es violatorio del precepto constitucional contenido en el artículo 197, atribución 7ª".

"Se presenta el interrogatorio de que los dos términos facultades y funciones, no significan lo mismo. Pero ello no es así. Y no es así precisamente porque el constituyente los empleó en forma diferente. Las facultades para el Congreso concederlas al señor Presidente de

la República (art. 76, atribución 12) y las Asambleas y los Concejos funciones precisas a los Gobernadores y a los Alcaldes (art. 187, atribución 10 y 197, atribución 7ª, respectivamente). La diferencia radica en lo siguiente":

" 'LA FUNCION ES UNA OBLIGACION PARA EL FUNCIONARIO A QUIEN SE OTORGA. LA FACULTAD UN DERECHO DE LA ENTIDAD QUE LA CONFIERE' ".

"Me explico: La función o precisa función es de obligatorio cumplimiento para el Gobernador o el Alcalde. La facultad no es obligatoria para el señor Presidente, él puede hacer o no hacer uso de las facultades según las conveniencias que considere del caso. Los Gobernadores y los Alcaldes en cambio deben cumplir el mandato que se les confiere. He ahí la diferencia".

"3º Las funciones deben ser PRECISAS. Precisas en todo el sentido del vocablo. Lo contrario sería delegar funciones sin precisión alguna, como acontece en el caso de estudio. Preciso nos significa puntual, fijo, exacto, cierto, determinado, según puede verse en el propio diccionario de la Real Academia Española".

"Las facultades extraordinarias a las funciones precisas, no pueden nunca significar un poder tan amplio que le permita al Gobierno, traspasar los linderos del constituyente o del legislador, para colocarse más allá de sus preceptos. El doctor Pérez nos enseña":

" 'Hay que recordar que un régimen de excepción, como es del de las facultades extraordinarias, debe ser interpretado de manera restringida y no de manera ampliativa si se dan atribuciones a un objetivo de carácter especial, no debe extenderse a otros fines. Si se contraría esa precisión, es culpa de los funcionarios encargados de cumplir la ley. No debe atribuirse a un sistema que puede salvar las situaciones difíciles de los pueblos' ".

"4º Y qué no diremos, honorable señor Presidente, de lo dispuesto por el artículo 30 de la Constitución":

" 'SE GARANTIZA LA PROPIEDAD PRIVADA Y LOS DEMAS DERECHOS ADQUIRIDOS CON JUSTO TITULO CON ARREGLO A LAS LEYES CIVILES, POR PERSONAS NATURALES O JURIDICAS LOS CUALES NO PUEDEN SER DESCONOCIDOS NI VULNERADOS POR LEYES POSTERIORES...' "

"La prestación laboral denominada cesantía, es un acto administrativo por medio del cual se crea una situación jurídica subjetiva, o sea un derecho amparado por la norma fundamental del artículo 30 de nuestra Carta. El Acuerdo número 9 de 'facultades' anula situaciones jurídicas creadas por ley. La Caja de Previsión Social del Distrito tiene su origen en un mandato legal, contenido en la Ley 6ª de 1945, que en su artículo 23 ordenó":

" 'Los Departamentos, Intendencias y Municipios a que se refiere el artículo 22, que no tengan organizadas instituciones de previsión social similares a la que por esta ley se establece deberán crearlas dentro de los seis meses siguientes a la promulgación de la presente ley, observando en lo pertinente las disposiciones de ella' ".

"La Caja de Previsión Social de los Empleados y Obreros del Distrito Especial de Bogotá además de tener su origen en la ley, la tiene en Acuerdo expreso, que le dio la facultad del reconocimiento de las cesantías a su personal afiliado. El Acuerdo número 9, no habla de que el llamado 'Fondo Distrital y Vivienda' puede hacer tales reconocimientos. Dentro de las facultades precisas no está esta autorización, como tampoco dentro de las llamadas 'facultades extraordinarias'. Se trata de un derecho invulnerable que tiene esta entidad en beneficio de personal afiliado, un derecho adquirido lícitamente, acusado por el principio de exégesis elevado a norma positiva. Aplicar o interpretar lo contrario es entrar en un sistema de inseguridad social mediante el quebrantamiento de claras y expresas normas constitucionales, no solamente para el personal de trabajadores afiliados a la Caja de Previsión, sino para el total del personal de trabajadores del Distrito que ha conquistado especiales derechos laborales ante las respectivas empresas descentralizadas. La descentralización y las respectivas personerías jurídicas de Caja de Previsión y de empresas, se borran de una plumada".

"5º Me he detenido a impugnar el Acuerdo de marras especialmente en lo relacionado a lo dispuesto en el artículo 3º, numeral 6º sobre creación del 'Fondo Distrital de Ahorro y Vivienda', por considerar que es la parte pertinente que afecta el régimen prestacional de los trabajadores al servicio del Distrito Especial de Bogotá. Pero es ilegal e inconstitucional todo el texto del Acuerdo, de conformidad a las razones anteriormente expuestas, y muy en especial en lo relacionado con la fabricación y distribución de licores a que hace referencia el numeral 5º del citado artículo 3º".

"Si estudiamos el citado numeral nos encontramos que se ha violado flagrantemente todas las disposiciones constitucionales y legales que hemos citado, en especial los artículos 16, 20 y 30 de la Carta como también el artículo 674 y los relacionados con el derecho de dominio del Código Civil, al desconocer la propiedad fiscal del Departamento de Cundinamarca y sus derechos adquiridos con justo título".

"Por otra parte el artículo en cita implica violación del mismo artículo 197 (atribución 4ª). No se pueden emplear en forma caprichosa los términos jurídico 'establecimientos públicos' y 'empresas industriales y comerciales'. Los primeros siempre cumplen funciones de carácter público y están sometidos al derecho público; las segundas tienen naturaleza distinta, se rigen por el derecho privado y tienen funciones comerciales e industriales de carácter arbitrista para los fines del servicio. Violó en consecuencia el Concejo de Bogotá la Constitución al autorizar la creación de un establecimiento público, destinado a fines industriales y comerciales".

"6º El Decreto 552 de 1974, que igualmente impugno en esta demanda, viola preceptos constitucionales y legales como entramos a observarlos":

"a) El Concejo de Bogotá, en su Acuerdo número 9 de 1973, crea el 'Fondo Distrital de Ahorro y Vivienda'. El Decreto 552 'El Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital'. Como las facultades o las funciones deben ser PRECISAS, el señor Alcalde violó la ley de autorizaciones al crear

un establecimiento completamente diferente. De ahí la sigla 'FAVIDI' que dice en el artículo 1º podrá utilizar el fondo, en sus actos de comercio";

"b) Es violatorio de normas constitucionales. A simple vista se crea un establecimiento público, híbrido, mitad de ahorro y mitad de vivienda, con fines comerciales. Las empresas de tal naturaleza son las empresas de economía mixta. Las cesantías de los empleados y de los trabajadores oficiales son derechos adquiridos de los mismos, sin fines de lucro, para con sus aportes organizar empresas comerciales";

"c) El artículo 2º del Decreto 552, en los objetivos del Fondo, señala el de 'propender a la organización y funcionamiento de los sistemas de seguridad social y a la futura unificación de sus servicios'. La seguridad social por mandato legal (Ley 6ª de 1945) y disposiciones concordantes está bajo la responsabilidad y control de las Cajas de Previsión";

"d) Las cesantías causadas y no pagadas forman el patrimonio de los empleados y trabajadores. Un derecho adquirido, de conformidad a su labor. Esas sumas de dinero no pertenecen al patrimonio de la Caja de Previsión, ni de las empresas descentralizadas. Son el acervo prestacional de los trabajadores intocable y no enajenable. Comercializar con esos dineros en entrar en los propios linderos del peculado";

"e) El Acuerdo número 9 tantas veces citado, nos habla de que la Junta Directiva del 'Fondo Distrital de Ahorro y Vivienda' quedará integrada 'paritariamente por representantes del Concejo y de la Administración Distrital'. Por paritariamente entendemos el organismo formado con un número igual de representantes entre patronos y obreros. Pero para el caso que nos ocupa con igual número de representantes de la Administración y del Concejo".

"El artículo 6º del Decreto 552 violó la autorización del Acuerdo número 9. Habla de un representante de los empleados y trabajadores, que ya no es ni representante de la Administración, ni representante del Concejo. Y al enumerar los representantes del honorable Concejo, coloca al señor Personero del Distrito. El señor Personero es elegido por el Concejo, pero no depende de él, ni es su representante. El artículo 39 del Decreto 3133 de 1968, sobre organización administrativa del Distrito Especial de Bogotá, expresa":

"'EL PERSONERO ES EL REPRESENTANTE JUDICIAL DEL DISTRITO ESPECIAL DE BOGOTA'".

"f) El artículo décimo expresa que el Gerente 'como Agente del Alcalde Mayor, será de su libre nombramiento y remoción. El período del mismo será de dos años...'"

"Lo anterior merece el siguiente comentario del honorable Consejo de Estado":

"'Un período previamente determinado no tiene otro fin que garantizar la estabilidad del funcionario para ese lapso y ponerlo al amparo de contingencias peligrosas para la buena marcha del servicio

público. Durante la vigencia de su período no podrá ser removido ni siquiera por quien tiene la facultad constitucional para elegirlo, pero una vez vencido el término, se recobra la capacidad legal para cambiarlo. Si no se ha el nuevo nombramiento o no se realiza la correspondiente elección, el funcionario ha de continuar prestando sus ser-servicios y le está vedado abandonar el cargo, bajo las sanciones punitivas. En estas circunstancias, la investidura perfecta que tenía el agente se trunca en una investidura precaria que no ofrece seguridad de permanencia. La administración pública, por medio del órgano competente, podrá hacer en cualquier una nueva designación para el resto del período en curso. Mientras tanto el cargo está provisto, las funciones se están ejerciendo, el servicio público está atendido, y, consecuencialmente, sería impertinente y necio hablar de falta absoluta del funcionario y de situación de vacancia del cargo... (*Anales,* Tomo LXI —*Bis*— 1960)' ".

"Igualmente cabe la observación de que el señor Gerente del Fondo Distrital de Ahorro y Vivienda, no es agente del señor Alcalde, y por lo tanto no puede estar sujeto al sistema de libre nombramiento y remoción consignado en el Decreto 552".

"Los agentes del Gobierno son aquellos funcionarios que ejercitan funciones principalmente políticas. Y funcionarios administrativos aquellos que no tengan la calidad jurídica específica de agentes del Gobierno, es decir que no desempeñan funciones políticas. Es el espíritu consignado en el artículo 120 de la Constitución (numeral 5º). Las funciones del Gerente de Ahorro y Vivienda, no son políticas, sino esencialmente técnicas y administrativas";

"g) El Decreto 552 acusado, es además violatorio de las siguientes leyes y acuerdos: Ley 6ª de 1954, Acuerdo 35 de 1933, Acuerdo 58 de 1965, Acuerdo 44 de 1961, al 'derogar todas las disposiciones que le sean contrarias'. Y de otra parte borra las conquistas de los trabajadores y empleados oficiales del Distrito Especial de Bogotá, consignadas en sinnúmero de convenciones colectivas. Es por lo tanto violatorio del Código Sustantivo del Trabajo, del Código Procesal del Trabajo y de toda la Legislación Laboral consignada en leyes, decretos y acuerdos. Termina prácticamente con la Caja de Previsión Social de los Empleados y Obreros del Distrito Especial de Bogotá, patrimonio de los trabajadores desde hace cuarenta años de fundada y mediante el halago de un interés sobre la mora en el pago de las cesantías, que va en contra de esa conquista laboral consignada en el artículo 52 del Decreto número 2127 de 1945".

"Muchas consideraciones más se podrían anotar sobre el Decreto que impugnó, como violatorio de normas constitucionales y legales. Pero al impugnar por las mismas razones el Acuerdo de facultades, se cae por su base en su totalidad el Decreto 552. Por ello me abstengo de adentrarme en las consideraciones de orden fiscal, y de redacción. Del Capítulo 4º pasaron al 6º".

Tramitada la primera instancia, el Tribunal profirió su sentencia de 20 de octubre de 1983, que declaró nulo el artículo 3º, numeral 6º del Acuerdo número 9 de 1973, demandado y se declaró inhibido para fallar sobre el Decreto número 552 de 21 de mayo de 1974 del Alcalde Mayor de Bogotá.

El Distrito Especial de Bogotá, mediante apoderado, interpuso recurso de apelación contra dicha sentencia.

Destruido el expediente durante los trágicos hechos de 6 y 7 de noviembre de 1985 éste fue reconstruido.

Cumplido el trámite de ley y no observándose causal alguna de nulidad procesal se pasa a decidir, previas las siguientes

Consideraciones:

La señora Fiscal Quinta de la Corporación en su concepto de fondo, solicitó la revocación del fallo apelado en cuanto declaró la nulidad del numeral 6º del artículo 3º del Acuerdo número 9 de 1973 expedido por el Concejo del Distrito Especial de Bogotá, para que en su lugar se declare la inhibitoria por sustracción de materia.

La Fiscalía presentó las siguientes razones:

"El Tribunal en la sentencia apelada declaró la nulidad del Acuerdo número 9 de 1973 en su artículo 3º, numeral 6, aduciendo que violaba normas constitucionales y legales, por cuanto el Concejo Distrital carecía de facultad para revestir al Alcalde Mayor de Bogotá de facultades extraordinarias para crear entidades descentralizadas sin la iniciativa previa del Ejecutivo".

"En relación con el Decreto 552 de 21 de mayo de 1974 el Tribunal se declaró inhibido para pronunciar fallo de fondo por sustracción de materia, al haber sido derogado el acto acusado por el Acuerdo número 2 de 1977 expedido por el Concejo del Distrito Especial de Bogotá".

"La doctora apoderada del Distrito Especial de Bogotá no sustentó el recurso de apelación".

"En el alegato de conclusión solicita fallo inhibitorio por sustracción de materia respecto del Acuerdo número 9 de 1973 en su artículo 3º, numeral 6, por cuanto perdió vigencia al expedirse por parte del Concejo del Distrito Especial de Bogotá el Acuerdo número 2 de 1977. Cita en su apoyo jurisprudencial del honorable Consejo de Estado, concretamente una sentencia de 28 de junio de 1984, proferida por la Sección Primera con ponencia del Consejero doctor Samuel Buitrago Hurtado en la cual se inhibe la Corporación de pronunciarse sobre los mismos actos que en este proceso se controvierten, por considerar que desaparecieron de la vida jurídica por virtud del Acuerdo número 2 de 10 de mayo de 1977".

"La Fiscalía encuentra que no fue acertada la decisión del Tribunal en cuanto declaró la nulidad del numeral 6 del artículo 3º del Acuerdo número 9 de 1973 proferido por el Concejo del Distrito Especial de Bogotá, puesto que, si el Acuerdo número 2 de 1977 —que no obra dentro del expediente reconstruido pero que el Tribunal debió tener a la vista para proferir su fallo—, por medio del cual se creó el Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital derogó en forma expresa el Decreto 552 de 1974 y todas las disposiciones que le fueran contrarias, es obvio que el numeral 6 del artículo 3º del Acuerdo número 9 de 1973

que daba facultades al Alcalde para crear el Fondo también quedaba derogado. Si el Concejo mismo creaba el Fondo y por tanto derogaba las normas que sobre la misma materia había dictado el Alcalde, automáticamente perdía su vigencia la autorización dada a este funcionario".

"Así las cosas, el Tribunal ha debido proferir fallo inhibitorio por sustracción de materia, como lo hizo respecto del Decreto 552 de 21 de mayo de 1974, pues el mismo criterio y las mismas razones eran aplicables respecto al Acuerdo número 9 de 1973".

La Sala acoge los planteamientos de la Fiscalía, encontrándose ajustados a lo debatido y probado en el proceso, como pasa a verse:

Mediante ese Acuerdo número 2 de 1977, el Concejo del Distrito Especial de Bogotá creó el Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital y derogó el Decreto 552 de 1974 y todas las disposiciones que le fueran contrarias, dejando, por ende, sin vigencia las normas acusadas en la demanda, vale decir, el Decreto número 552 de 1974 del Alcalde Mayor del Distrito Especial de Bogotá, por el cual se creó el mismo Fondo, en ejercicio de las facultades extraordinarias que le otorgó para esos efectos el artículo 3º, numeral 6º del Acuerdo número 9 de 1973, expedido por el mismo Concejo del Distrito Especial de Bogotá. Esta última norma también resultaba derogada por el Acuerdo número 2 de 1977, por el cual el Concejo mismo creó el Fondo, para cuya creación había autorizado al Alcalde Mayor, puesto que ese Acuerdo número 2 derogó todas las disposiciones que le fueran contrarias.

En tales condiciones, habiendo sido derogados los actos acusados, carece de sentido un pronunciamiento jurisdiccional de anulación sobre ellos, por sustracción de materia.

Consecuentemente, deberá revocarse la sentencia apelada en cuanto declaró la nulidad del numeral 6 del artículo 3º del Acuerdo número 9 de 1973, proferido por el Concejo del Distrito Especial de Bogotá y, en su lugar, declarar la inhibitoria para fallar por sustracción de materia.

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

Falla:

1º Se revoca el numeral 1º de la parte resolutiva de la sentencia apelada, que declaró la nulidad del artículo 3º, numeral 6 del Acuerdo número 9 de 1973 proferido por el Concejo del Distrito Especial de Bogotá.

2º Se declara la inhibitoria para fallar sobre la nulidad de ese precepto, por sustracción de materia.

3º Se confirma el numeral 2º de la parte resolutiva de la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

El anterior proyecto fue estudiado y aprobado por la Sala en sesión celebrada el día 1º de julio de 1988.

Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Alvaro Lecompte Luna, Hernando Herrera Vergara, Conjuez.

CATASTRO Y SERVICIOS PUBLICOS.— Regulación de impuestos. FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL.

REVOCASE LA NULIDAD de los Acuerdos números 8, 9 y 10 de 1º de marzo de 1985, expedidos por el Concejo Municipal, nulidad decretada por el Tribunal Administrativo de Bolívar.

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

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente número 1553. Actor: Carlos Villalba Bustillo. Asuntos municipales.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación que interpusieron los apoderados del Municipio de Cartagena y de las Empresas Públicas del mismo municipio contra la sentencia dictada el 6 de octubre de 1986, por el Tribunal Administrativo de Bolívar en el juicio instaurado, en acción pública, por el ciudadano Carlos Villalba Bustillo en demanda de nulidad de los Acuerdos números 8, 9 y 10 de 1º de marzo de 1985, expedidos por el Concejo Municipal.

Antecedentes:

Los mencionados Acuerdos fueron de la iniciativa del señor Alcalde con miras a incrementar los recursos para atención de varios servicios públicos y mediante ellos se variaron bases y tarifas de los impuestos locales que cada uno de ellos menciona en su encabezamiento así:

"Acuerdo número 8 de 1º de marzo de 1985, 'por el cual se modifica el Acuerdo número 8 de 5 de septiembre de 1984, se fijan nuevas bases para el cobro del impuesto de prevención de incendios y se dictan otras disposiciones'.

"Acuerdo número 9 de 1º de marzo de 1985, 'por el cual se modifica el Acuerdo número 7 de septiembre 5 de 1984 y se establecen nuevas bases imponibles para el cobro del impuesto de parques y arborización y se dictan otras disposiciones' y

"Acuerdo número 10 de 1º de marzo de 1985, 'por el cual se modifica el artículo 7º del Acuerdo número 12 de 1961, se establece nueva tarifa para el cobro del impuesto de limpieza y

barrido de las calles y se establece un gravamen adicional para lotes sin construir en zonas que cuenten con infraestructura de acueducto y alcantarillado' ".

La impugnación se reduce a que se consideran tales disposiciones violatorias de la Ley 14 de 1983 (por la cual se dictan normas sobre catastro, impuesto predial, impuesto de renta y se fortalecen los fiscos de las entidades territoriales), en especial lo dispuesto en su artículo 24 que dice:

"Artículo 24. Antes de 30 de junio de 1984, las autoridades competentes desvincularán de los avalúos catastrales la fijación de las tarifas de los servicios públicos.

"Mientras las tarifas de servicios públicos se determinen con fundamento en los avalúos catastrales, las escalas para dichas tarifas deberán reajustarse anualmente en los mismos porcentajes con que se reajustan los avalúos, de conformidad con los artículos 6º y 7º de esta ley".

El Tribunal, de acuerdo con su Fiscal, accedió a la solicitud de nulidad, con base en las siguientes consideraciones principales:

"Es de anotar que aun cuando en lo que se refiere a impuestos de prevención de incendios y de parques y arborización en viviendas de uso familiar se señalan en los Acuerdos números 8 y 9 unas bases para el cobro diferentes al avalúo catastral, consistentes en los estratos socio-económicos, a los cuales no se refiere específicamente la demanda con el concepto de la violación, ya que se precisa ésta por ordenarse el reajuste con fundamento en el avalúo catastral, sin embargo se expresa que fueron reajustados sin base legal, lo cual es cierto, de manera que se decretará su nulidad total, con fundamento en los numerales 2º de los artículos 197 de la Constitución Nacional y 169 de la Ley 4ª de 1913, citados por la demanda. Y no está demás señalar en cuanto al impuesto de parques y arborización que cuando fueron reajustados no tenían los Municipios autorización legal para reglamentarlo libremente".

En sentido contrario el señor Fiscal Tercero ante esta Corporación, conceptúa que la sentencia debe revocarse y denegar las peticiones de la demanda. En cuanto a los alcances del citado artículo 24 de la Ley 14 de 1983, precisa que se refiere a un nuevo sistema de tarifas de los servicios públicos y no a los impuestos que toman como base el avalúo catastral. Luego de recordar los conceptos que diferencian los impuestos de las tasas de los servicios públicos, observa que "los Acuerdos acusados no hacen vocación a tarifas de servicios públicos sino a tarifas de unos impuestos municipales". Así, el Acuerdo 8 los fija para el "impuesto de prevención de incendios" cuyos sujetos son todos los usuarios de los servicios públicos, con algunas excepciones, y su producido se destinará en su totalidad al sostenimiento del Cuerpo de Bomberos. Algo similar sucede con el "impuesto de parques y arborización" y al "impuesto de limpieza y barrido de calles" (Acuerdos 9 y 10).

Pero adicionalmente observa el señor Fiscal que los Acuerdos 8 y 9, deslindan las bases del Avalúo Catastral, por lo que no se ve violación de la Ley 14 de 1983, desde la óptica del demandante. Por tal motivo, el Agente del Ministerio Público observa con extrañeza que el Tribunal haya anulado los actos con razones no aducidas y que aún los criterios amplios de interpretación de la demanda, tampoco lo permiten.

Coincide en parte la anterior vista fiscal con la defensa del apoderado de las Empresas Públicas locales, quien además reafirma el carácter de impuestos y no de tarifas de los respectivos servicios públicos, al informar sobre los antecedentes de tales gravámenes tanto en las disposiciones dictadas antes por el mismo Concejo Municipal y apoyado en autorizaciones legales que cita en cada caso para refutar el argumento de que los actos acusados se expidieron sin ellas, a saber:

a) El Acuerdo 10 de 1985 modifica el artículo 7º del Acuerdo 12 de 1961, el cual había sido dictado con base en la autorización dada al Concejo de Bogotá por el artículo 1º de la Ley 97 de 1913 (letra e, "impuesto sobre el barrido y limpieza de las calles") que luego fue extendida a todos los Concejos Municipales por la Ley 84 de 1915;

b) El Acuerdo 9 de 1985 modificó al 7 de septiembre 5 de 1984 y se refiere al impuesto de parques y arborización autorizado por el artículo 1º de la Ley 14 de 1944 para las capitales de Departamento;

c) El Acuerdo 8 de 1985, que modificó al 8 de 1984 al fijar nuevas bases para el cobro del impuesto de prevención de incendios acató lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 14 de 1983, porque desvinculó aquellas del avalúo catastral.

En resumen, considera que los Acuerdos 8, 9 y 10, tuvieron autorización legal por la cual carece de fundamento tanto el cargo del demandante como el fallo del Tribunal. Solicita sea revocado por tales razones.

Para resolver, se considera:

Una de las preocupaciones nacionales que intentó atender el legislador al estudiar y expedir la Ley 14 de 1983, fue la de implantar un mecanismo legal que permitiera reflejar las modificaciones monetarias (originadas en nuestro crónico proceso inflacionario), en los avalúos catastrales que habían quedado estacionarios. Por ello los primeros artículos de dicha ley se refieren a los mecanismos de formación y conservación de los avalúos y los artículos 6 y 7, consagran autorización a las autoridades catastrales para hacer reajustes en determinadas condiciones y con base proporcional a la devaluación monetaria registrada en el índice nacional promedio de precios al consumidor que determine el DANE.

Una vez establecidos estos mecanismos, quiso el legislador acabar con la vinculación entre avalúo catastral y tarifas de servicios públicos por las siguientes razones que constituyen la justificación del artículo 24 y fueron consignadas en la ponencia para el primer debate en el Senado:

"El catastro y los servicios públicos.

"He aquí una disposición importante. El proyecto ordena que en un plazo razonable se desvinculen del avalúo catastral las tarifas de los servicios públicos. Se trata de evitar que el cambio del valor del avalúo incida desorbitadamente sobre el monto de los servicios, como ha venido sucediendo en el país. En realidad, no es conveniente que uno y otro fenómeno estén conexos, pues en la práctica sus consecuencias han resultado funestas, tanto para los usuarios como para los municipios. En un caso porque las tarifas suben en forma desproporcionada y en el otro porque los municipios, para evitar que eso pase no promueven o permiten los reajustes catastrales. Pensamos que al producirse la desvinculación, tanto las tarifas de los servicios públicos como el monto de los recaudos del impuesto predial, ganarán una flexibilidad que hoy en día no tienen".

Los Acuerdos objeto de acusación en el recurso que se resuelve aquí, invocan como normas de autorización el artículo 197-2 de la Constitución Nacional, el artículo 169-2 de la Ley 4ª de 1913, la Ley 14 de 1983 (sin especificar el artículo) y la Ley 84 de 1915 (en el caso del Acuerdo 10).

Los Acuerdos 8 y 10 califican y tratan la materia como de *impuestos* con destinación específica, cual es la de invertir su totalidad al sostenimiento del Cuerpo de Bomberos el primero y, "en la limpieza y barrido de las calles" el segundo; el Acuerdo 9 incrementa el llamado impuesto de parques y arborización y ordena facturarlo y recaudarlo conjuntamente con el predial, pero no se observa ninguna destinación específica.

Los Acuerdos 8 y 9 disponen incrementar anualmente las tarifas (incendios y parques) en el mismo porcentaje que determine el Gobierno nacional para los avalúos catastrales, cuando la base del cobro no sean éstos. En el Acuerdo 10, la tarifa del impuesto de barrido de calles está basada en los avalúos catastrales en tres escalas y establece un adicional del 100% para lotes sin construir.

No obstante el origen y el trámite simultáneo que se le dio a los tres Acuerdos acusados, en verdad cada uno de ellos ameritaba un estudio especial, como lo anotó su defensor. El demandante no profundizó su examen en la naturaleza de las tres contribuciones, que siendo todas denominadas "impuestos" (dos de ellas con destinación específica), no figuraron en el Presupuesto Municipal, por lo menos en el de 1985, que adujo el señor apoderado.

En estos Acuerdos la referencia a las normas legales de autorización al Concejo Municipal es tan amplia, como al señalar toda la Ley 14 de 1983, que imposibilita la confrontación del juzgador, sin que pueda concluirse fácilmente, como lo hizo el *a quo*, que faltó autorización legal. Sí, como lo plantea el demandante, se incurrió en violación del artículo 24 surge de inmediato la consideración de que al no regular éstos Acuerdos "tarifas" de servicios públicos, sino "impuestos", mal puede haber transgresión de dicha norma.

Se concluye de lo expuesto que los planteamientos del actor ni muestran la violación por él alegada, ni refutan el respaldo legal que invocó el apoderado de las Empresas Públicas.

En tales condiciones lo procedente es revocar la sentencia tal como lo propuso el señor Fiscal.

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:

Revócase la sentencia apelada y niégase las súplicas de la demanda.

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, Carmelo Martínez Conn,* Ausente; *José Ignacio Narváez García.*

Jorge A. Torrado T., Secretario.

IMPUESTO PREDIAL.— Reglamentación. FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL.

No debe confundirse la reglamentación del impuesto predial en sí, para lo cual los Concejos Municipales han gozado de facultades especiales con la reglamentación de la BASE de este gravamen —archivo catastral— cuya regulación corresponde al Instituto Geográfico Agustín Codazzi.

CATASTRO. Comprensión.

CONFIRMASE LA SUSPENSION PROVISIONAL del parágrafo 4º del artículo 1º del Acuerdo 50 de 1987 —junio 18— del Concejo Municipal de Medellín.

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

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente número 2194. Actor: Mauricio Toro Zuluaga. Apelación interlocutorios.

De plano, como lo autoriza el artículo 213 del Código Contencioso Administrativo, se resuelve el recurso de apelación contra la providencia del Tribunal Administrativo de Antioquia (diciembre 1º de 1987), que decretó la suspensión provisional del parágrafo 4º del artículo 1º del Acuerdo 50 de 1987 (junio 18), emanado del Concejo Municipal de Medellín.

La norma acusada forma parte de las que sustituyeron parcialmente al Acuerdo 45 de 1983, relativas al impuesto predial, sus tarifas y sus bases dentro de las cuales incluyó la definición del concepto de predios "urbanizados no edificados", como aquellos que están desprovistos de áreas construidas (parágrafo 3º) pero además, los siguientes comprendidos en la parte acusada y suspendida:

> "Parágrafo 4º Igualmente se gravarán con la tarifa de treinta por mil (30 × 1.000) los predios situados dentro del perímetro urbano municipal sea cual fuere su extensión, cuya área construída sea inferior a la tercera parte de su área útil, concluyendo por tanto los retiros obligatorios, y además que Planeación Metropolitana las haya incorporado en planes de remodelación, que impliquen incremento en la densidad o intensidad de uso".

El Tribunal, esta vez por unanimidad, encontró ostensiblemente contradictoria esta norma con el artículo 17 de la Ley 14 de 1983, que autorizó a los Concejos Municipales graduar la tarifa del impuesto predial entre el 4 y el 12 por mil, pero liberando de dicha limitación (12%) las tarifas sobre los lotes urbanizados no edificados y sobre los urbanizables no urbanizados.

En síntesis dijo el *a quo* "se evidencia sí, que existe una manifiesta y palmaria contradicción entre lo narrado por el parágrafo 4º, del artículo 1º del Acuerdo 50 de 1987 y el artículo 17 de la Ley 14 de 1983, en cuanto hace extensivo tal tarifa a aquellos predios situados dentro del perímetro urbano municipal sea cual fuere su extensión, cuya área construida sea inferior a la tercera parte a su área útil, cosa que por lo demás es extraña a los términos de la ley, ya que en ninguna parte se refirió al área o extensión del predio objeto del gravamen en el impuesto predial. De aceptarse esta distinción, es como admitir que los Concejos Municipales o cualquiera otra persona puedan reglamentar la ley como en este caso ocurrió sin facultad expresa en tal sentido".

Para la defensora del Municipio no es manifiesta la violación citada, por cuanto el mismo artículo 17 permitió la subsistencia de tarifas superiores al 12%, sobre lo cual el demandante "no se preocupó por acompañar copia de los acuerdos que regían esta materia" y en que el Concejo, goza de competencia para adoptar el plan director de las ciudades o plan integral de desarrollo dentro de cuyo contexto caben normas urbanísticas específicas para precisar lo que se conoce como "lotes ociosos" a fin de someterlos a tarifas superiores de impuesto, siguiendo sanos criterios de justicia distributiva frente a propietarios que no cumplen con la función social que consagra el artículo 30 de la Constitución.

Se considera:

En el examen de índole estrictamente jurídico, como es el que corresponde a esta jurisdicción, quedan a salvo las consideraciones de carácter socio-político que justifican un mayor gravamen a los "predios ociosos".

Por otra parte, se observa también la ausencia de los Acuerdos que según afirma la defensora oficial, regían estas materias, siendo imposible considerar el argumento que se apoya en ellos.

En principio, la Sala está de acuerdo con la argumentación del Tribunal que se transcribió y que evidencia la falta de competencia del Concejo para clasificar los predios urbanos en razón de área construida, pues el artículo 17 de la Ley 14 de 1983, no se desprende ni la autorización, ni la base para llegar a la definición que hizo el parágrafo 4º acusado.

Agrega la Sala, que la razón de ello radica en que no debe confundirse la reglamentación del impuesto predial en sí, para lo cual los Concejos Municipales han gozado de facultades especiales y que la Ley 14 de 1983 reafirmó entre otros, en el citado artículo 17, con la reglamentación de la BASE de este gravamen que es el conocido en

términos generales como "avalúo catastral", cuya regulación no corresponde a las autoridades locales sino al Instituto Geográfico Agustín Codazzi.

Y esto, a su turno, obedece a que la labor catastral se le encargó desde 1940 a dicho Instituto, tenidas en cuenta sus características eminentemente técnicas y las repercusiones del avalúo, que deben producir no sólo en los impuestos municipales, sino aún en algunas tarifas de servicios públicos y además, en varios aspectos de impuestos nacionales como el de renta y complementarios, en algunos procesos de expropiación, de indemnización de perjuicios por obras públicas y en la regulación de los contratos privados de arrendamiento, etc.

La Ley 14 de 1983, dedicó su primer capítulo a actualizar y estructurar normas directrices en materia de catastro, señalando en el artículo 12 que: "Las labores catastrales de que trata la presente ley, se sujetarán en todo el país a las normas técnicas establecidas por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi.

> "En cumplimiento de lo anterior el Instituto Geográfico Agustín Codazzi ejercerá las labores de vigilancia y asesoría de las demás entidades catastrales del país".

Y en el artículo 31, revistió al Presidente de facultades extraordinarias (art. 120-12 de la C. N.) para reorganizar los sistemas de catastro y registro y crear en las grandes urbes oficinas para facturación periódica del impuesto predial.

Y, se observa que el artículo 30 autorizó a las Asambleas Departamentales para crear la "asociación de municipios con el fin de recaudar y administrar el impuesto predial".

Es preciso pues, distinguir las dos materias y las respectivas competencias para su regulación: El avalúo que deben producir las autoridades del catastro y el impuesto predial que regula y recauda el municipio.

Los conceptos de "lotes urbanizados no edificados" y "urbanizables no urbanizados", pertenecen al ámbito catastral y de no existir definición en los reglamentos de éste como el Decreto 2496 de 1983, en la Resolución 660 de 1984 del Instituto y otros, no parecen encuadrar dentro de las facultades generales de planeación urbana que, por lo demás, no fueron invocadas por el Concejo al dictar el Acuerdo número 50 de 1987.

Por las razones expuestas, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

Resuelve:

Confirmar el auto apelado.

Cópiese, notifíquese 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.

ACUERDO MUNICIPAL.— Objeción al proyecto.

Desde el propio momento en que el Concejo Municipal desechó las objeciones formuladas por el Alcalde Municipal, su deber era enviar el expediente con el proyecto al Tribunal Contencioso Administrativo.

SE CONFIRMA LA SUSPENSION PROVISIONAL del Decreto número 000188 de 30 de diciembre de 1987, expedido por el Concejo Municipal de Valledupar, que adopta el Presupuesto de Rentas y Gastos e Inversión Municipal para la vigencia fiscal de 1988.

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

Consejero ponente: *Doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja.*

Expediente número 908. Actor: Luis Fabián Fernández Maestre.

Decide la Sala la apelación interpuesta por el Alcalde Municipal de Valledupar (Cesar), contra el auto admisorio de la demanda proferido por el Tribunal Administrativo del Cesar, en cuanto por él se suspendió provisionalmente el Decreto número 000188 de 30 de diciembre de 1987, que adopta el Presupuesto de Rentas y Gastos e Inversión Municipal para la vigencia fiscal de 1988.

I. Los fundamentos del auto del Tribunal:

El argumento con el cual el Tribunal Administrativo del Cesar decretó la suspensión provisional del acto acusado, está fundamentado en el artículo 114 del Decreto 1333 de 1986, que consagra:

> "El Alcalde sancionará sin poder presentar nuevas objeciones el proyecto que reconsiderado por el Concejo fuere aprobado. Sin embargo, si el Concejo rechaza las objeciones por violación de la Constitución, la ley o la ordenanza, el proyecto será enviado por el Alcalde al Tribunal administrativo, dentro de los diez (10) días siguientes, acompañado de un escrito que contenga los requisitos señalados en los numerales 2 a 5 del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), para que éste decida conforme al trámite señalado en el artículo 121 de este Código".

Sobre el particular expone su criterio de la siguiente manera en lo pertinente:

"Sabido es que el Alcalde puede objetar los proyectos de acuerdo aprobados por los Concejos, por motivos de inconveniencia o por ser contrarios a la Constitución, la ley o las ordenanzas.

"Si el Concejo después de reconsiderar el proyecto declara infundadas las objeciones y lo devuelve al Alcalde, éste, en tratándose de objeciones por motivos de inconveniencia, no podrá presentar nuevas objeciones y por mandato legal lo sancionará y ordenará su publicación.

"Pero si el Concejo rechaza las objeciones por violación de la Constitución, la ley o la ordenanza, es deber del Alcalde enviar el proyecto de acuerdo al Tribunal Administrativo dentro de los diez (10) días siguientes, acompañado de un escrito que contenga los requisitos señalados en los numerales 2 a 5 del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo y el Tribunal decidirá según el trámite establecido en el artículo 121 *ibídem*.

"Pero el señor Alcalde de Valledupar no actuó así, sino que expidió la Resolución 000188 de 30 de diciembre de 1987 adoptando el presupuesto de rentas, gastos e inversiones del Municipio.

"Con este proceder, el señor Alcalde violó de manera flagrante y ostensible el artículo 114 del Decreto 1333 de 1986, lo cual obliga al Tribunal a decretar la suspensión provisional del auto acusado como quiera que se dan las circunstancias exigidas por el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo".

II. Consideraciones de la Sala:

Haciendo un resumen del caso en estudio se tiene lo siguiente:

1. En cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 266 del Decreto 1333 de 1986, el Alcalde Municipal de Valledupar presentó el 1º de noviembre de 1987 a la consideración del Concejo el proyecto de acuerdo "por medio del cual se adopta *el presupuesto de inversiones y gastos para el Municipio, para el período fiscal de 1988*".

2. Según dan cuenta las copias de las actas correspondientes a las sesiones del Concejo Municipal de Valledupar de 17, 26 y 27 de noviembre de 1987 (fls. 28 a 35, cuaderno número 1), el proyecto presentado por el Alcalde fue discutido y aprobado en los tres debates reglamentarios.

3. Por medio de la comunicación de la última fecha indicada (fl. 56), el Presidente del Concejo envía al Alcalde el proyecto de acuerdo, por el cual se adopta el presupuesto de rentas y gastos del municipio, al que se le introdujeron algunas modificaciones.

4. Mediante oficio sin número de 3 de diciembre el Alcalde se dirige al Presidente del Concejo, enviando el proyecto de presupuesto "y el informe de observaciones al acuerdo en mención" (fl. 55).

5. Por medio de la nota de 14 de diciembre (fl. 54) la secretaria general del Concejo hace llegar al Alcalde "para su respectiva sanción municipal el Acuerdo número 035 correspondiente al presupuesto de ingresos y egresos del Municipio de Valledupar para la vigencia de 1988. Consta de 114 páginas".

6. De los folios 48 a 53 del cuaderno 1 aparecen las cartas cruzadas entre el Alcalde y el Presidente del Concejo en relación con las objeciones formuladas por el primero, al proyecto despachado por la Corporación. En la de 18 de diciembre (fl. 53) el Alcalde devuelve "el legado enviado por medio de la nota de 14 de diciembre de la cual se da cuenta en el punto 5 de esta relación". En ella el Alcalde requiere el proyecto de presupuesto en cuestión con las objeciones formuladas y el pronunciamiento del Concejo sobre las mismas.

El oficio anterior señalado con el número 339, lo contesta el Presidente del Cabildo de Valledupar con el de 23 de diciembre, por el cual le manifiesta que la Corporación evacuó las objeciones en su sesión de 7 de diciembre conforme al reglamento interno, adjuntándole fotocopia de la ponencia respectiva.

7. En el folio 41 del cuaderno 1, se lee copia del acta referida anteriormente de 7 de diciembre, en la cual se dice textualmente:

"Se dio lectura al proyecto de Acuerdo para segundo debate 'por medio del cual se fija el Presupuesto de Ingresos y Gastos del Municipio de Valledupar, en la suma de $ 690.518.172.00', sometido a consideración, pide la palabra el honorable Consejero Augusto Escalona quien dice: Para dejar constancia, en mi nombre y el de los honorables Consejeros Jesús Sierra y Luis Eduardo Mejía, que consideramos que las violaciones del orden constitucional que argumentó el señor Alcalde para objetar el Acuerdo de Presupuesto, aún persisten, por tal razón nosotros damos el voto negativo a este Acuerdo. Seguidamente pide la palabra el honorable Consejero Eloy Quintero para decir: Me parece que es abusinar sus solicitudes, ya que usted conoce el Presupuesto para el año 1988, puesto que no estuvo presente en las comisiones y tampoco se hizo presente en el debate anterior, uno debe ser responsable, y usted más aún cuando es el suplente de la Gobernadora".

8. Finalmente, al folio 268 del cuaderno 4, se lee la copia del Decreto 000188 de 30 de diciembre de 1987 *"por el cual se adopta el Presupuesto de Rentas, Gastos e Inversiones (personal de planta) del Municipio de Valledupar"* para el año de 1988 con base en el artículo 57 del Decreto-ley 294 de 1973 y 264 del Decreto 1333 de 1986 y en virtud de los siguientes motivos que expone:

"a) Que el Ejecutivo Municipal presentó a consideración del honorable Concejo, el día primero (1º) de noviembre de 1987, el Proyecto de Presupuesto de Rentas, Gastos e Inversiones (Planta de Personal) del Municipio de Valledupar, para la Vigencia Fiscal comprendida entre el primero (1º) de enero al treinta y uno (31) de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988), tal como lo dispone el artículo 266 del Decreto 1333 de 1986 y según constancia de recibo de la Secretaría del Concejo Municipal;

"b) Que el Ejecutivo Municipal objetó el Proyecto de Presupuesto de Rentas, Gastos e Inversiones, para la vigencia Fiscal comprendida entre el 1º de enero al 31 de diciembre de 1988, por ilegalidad e inconstitucionalidad, devolviéndolo al Concejo Municipal, para que éste se pronunciara al respecto;

"c) Que el Alcalde Municipal, desconoce las razones por las cuales el honorable Concejo, al clausurar las sesiones ordinarias del mes de noviembre, incluyendo el período de prórroga, no demostró de manera fehaciente que hubiese declarado infundadas las objeciones, hechas al Proyecto de Presupuesto por el Ejecutivo Municipal; no obstante las reiteradas solicitudes que sobre el particular que sobre el particular (sic) le hicera esta Alcaldía;

"d) Que por mandato del artículo 264 del Decreto 1333 de 1986, cuando los Concejos no expidieron el Presupuesto de Renta, Gastos e Inversiones dentro del término legal se estará en lo dispuesto en el artículo 57 del Decreto 294 de 1973, en el sentido de que el Alcalde adoptará por Decreto el Proyecto de Presupuesto presentado por el Ejecutivo a consideración del Concejo".

Del compendio que se ha hecho de los documentos, que necesariamente deben tenerse en cuenta para infirmar o confirmar la decisión del *a quo*, se puede deducir —sin lugar a dudas—, esto sí fehacientemente, que el Alcalde de Valledupar o bien esquivó la recta aplicación de la ley, o la desconoció no obstante ser ella de una claridad meridiana.

Desde el propio momento en que supo, o se dio cuenta que el Concejo Municipal había desechado las objeciones formuladas por él mismo, su deber era enviar el expediente con el proyecto o legajo al Tribunal Contencioso Administrativo como lo prevé el artículo 114 del Decreto 1333 de 1986, en lugar de devolverlo a la corporación como lo hizo, mediante el oficio de 18 de diciembre del año próximo pasado.

Su obligación —se repite—, era pasarlo al conocimiento del Tribunal competente, lo cual no hizo ni trató de hacerlo en ningún momento.

Y no sirve de excusa o pretexto la infundada justificación del Decreto demandado 000188 de no haber conocido "fehaciente" el trámite y pronunciamiento de las objeciones al proyecto de presupuesto original, en tanto es evidente que el Alcalde recibió para la sanción por segunda vez el mismo, lo cual le imponía el paso indicado en la norma supracitada, y no, el caprichoso e ilegal camino que se escogió al pretender ignorar lo que no podía desconocer, cual era la insistencia del Concejo en mantener el presupuesto aprobado con las modificaciones que consideró adecuadas, desechando, parcialmente las objeciones del Alcalde.

Puede verse de la atenta lectura de las actas de las sesiones del Concejo la total ausencia del Ejecutivo municipal durante las sesiones en que se estudiaron las distintas incidencias al proyecto de Presupuesto Municipal para la vigencia de 1988, quedando así bajo la exclusiva responsabilidad del Concejo, al garete de la voluntad del Alcalde, quien ha debido hacerse presente a través de sus secretarios, cuales-

quiera hubieran sido las circunstancias, para defender sus puntos de vista acerca de la inconstitucionalidad o ilegalidad de las modificaciones introducidas al proyecto de su procedencia, si era que consideraba tan fundados sus reparos al proyecto reformado que el Concejo sometió a su sanción. No es válido escudarse en la supuesta inercia de la otra parte cuando la propia es evidente y absolutamente injustificada, como se ha visto.

Para esta Sala, como así lo consideró el Tribunal de instancia, el acto demandado quebrantó abierta y ostensiblemente la ley, esto es, el artículo 114 del Decreto 1333 de 1986, violación, que se palpa con la simple lectura de dicha norma enfrentada a la actuación de la Alcaldía que concluyó con la expedición del mencionado Decreto 000188, mediante el cual el Alcalde, llevándose de calle el trámite que se imponía de someter a la decisión del Tribunal Contencioso Administrativo la controversia planteada en sus objeciones, por sí y ante sí, resolvió asumir lo que se ha denominado en el argot político administrativo "la dictadura fiscal del Ejecutivo", invocando en su apoyo el artículo 57 del Decreto-ley 294 de 1973 o Estatuto Orgánico del Presupuesto Nacional, de imposible aplicación en el caso *sub lite* frente a la vigencia del actual régimen municipal consagrado en el Decreto 1333 de 1986 expedido por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas en la Ley 11 del mismo año, que estableció esa competencia excluyente del Contencioso Administrativo para dirimir estos conflictos y evitar así, precisamente, los abusos y extralimitaciones que solían ocurrir por parte del Gobierno municipal, por su interés en mantener en su integridad la iniciativa del presupuesto.

Reuniéndose en consecuencia, los requisitos del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo para suspender provisionalmente el acto administrativo acusado, lo procedente será confirmar el auto objeto del recurso.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

Resuelve:

Confirmar en todas sus partes el auto recurrido.

Ejecutoriada la presente providencia, vuelva el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha doce de agosto de mil novecientos ochenta y ocho.

Samuel Buitrago Hurtado, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

CORPORACIONES PUBLICAS.— COMISIONES PERMANENTES. COMISIONES ACCIDENTALES.

Corresponde a las Corporaciones públicas —y entre ellas al Concejo Municipal— la integración de las comisiones permanentes, sin que sea factible la delegación de tal acto en cabeza del Presidente del Concejo. Respecto de las comisiones accidentales o internas, su designación y conformación, si así lo establecen los reglamentos, puede dejarse al prudente criterio del Presidente del Concejo.

DECLARASE LA NULIDAD del literal d) del artículo 36 del Acuerdo número 45 de fecha 29 de noviembre de 1973 del Concejo Municipal de Manizales, en cuanto incluye entre las funciones del Presidente, la de nombrar las Comisiones Permanentes.

El ordinal d) del artículo 36 quedará así: "Nombrar las Comisiones Accidentales".

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

Consejero ponente: *Doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja.*

Expediente número 696. Actor: Antonio Botero Escobar.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por el actor contra el fallo de 29 de mayo de 1987 proferido por el Tribunal Contencioso Administrativo de Caldas, en virtud del cual no accedió a decretar la nulidad del artículo 36 del Acuerdo número 45 de 29 de noviembre de 1973 del Concejo de Manizales, contentivo del reglamento de dicha corporación municipal.

I. La demanda:

En ejercicio de la acción pública del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, el ciudadano Antonio Botero Escobar, demandó la nulidad del artículo 36 del reglamento del Concejo Municipal de Manizales por medio del cual se le dio al Presidente de esa corporación la facultad de nombrar las comisiones permanentes y accidentales que le corresponde elegir.

El demandante expone para sustentar la nulidad solicitada, entre otros, los siguientes argumentos:

Que las comisiones permanentes cumplen funciones preparatorias y deliberativas fundamentales de todas las corporaciones públicas, citando como ejemplo el de la Comisión de Presupuesto que juega papel preponderante en el estudio del cálculo de rentas y gastos del Municipio.

Que los Concejos son corporaciones públicas de elección popular cuyo carácter democrático impone no solamente su composición y estructura sino la forma de expresión de sus actos.

Que cuando se trate de elegir un número plural de personas, la Constitución exige que tal acto se cumpla por el sistema de cuociente electoral de conformidad a los artículos 172 y 83 de la Carta.

Que las normas sobre *quórum* y mayorías decisorias rigen tanto para el Congreso como para las Asambleas y Concejos Municipales.

Que la constitución de la comisiones es un acto del Concejo y en ningún caso puede ser acto del Presidente del Concejo, siendo su elección por el sistema de cuociente electoral, respetando el derecho de las minorías.

Como normas violadas señala la demanda los artículos 72, 83, 172 y 196 de la Constitución Nacional.

II. La sentencia del Tribunal de instancia:

El Tribunal para denegar la pretensión de la demanda, formula las siguientes consideraciones:

Que el artículo 72 de la Constitución Nacional es claro en su contenido y alcance en cuanto se refiere a las comisiones de cada Cámara, siendo imposible extender su texto a otras corporaciones diferentes, anotando además que el actor no expresa conforme al artículo 137 del Código Contencioso Administrativo el concepto de la violación de tal precepto.

Que, respecto al artículo 83 de la Carta, consideró que el actor tampoco adujo en su demanda el concepto de la violación de norma superior al acto acusado, para lo cual hace el siguiente análisis:

"Y para la Sala no encarna enjuiciamiento jurídico del acto administrativo cuestionado en relación con la norma superior citada, lo que el suplicante expone en el libelo:

" '...Cuando se trata de elegir un número plural de personas, la Constitución Nacional extrema la garantía del debate democrático y exige, en todo caso, que la elección se cumpla por el sistema del cuociente y repetando (sic) la participación de las minorías en los cuerpos elegidos (art. 172 y 83 de la Carta)'.

"Ello es una verdad de texto, pero no un concepto de violación, con lo que se quiere significar que lo precisado por el nulidiscente, en el párrafo reproducido, en manera alguna permite advertir o considerar que ese precepto constitucional ha sido vulnerado por el

acuerdo acusado. Empero, si por amplísima interpretación, el presupuesto en comento fuese, por lo expresado, susceptible de admisión procesal, tampoco el mandato superior padecería quebranto alguno, porque en él se norma un condicionamiento, cual es la mitad más uno de los votos de los asistentes, para las decisiones que tomen en las Cámaras y Comisiones, las normas sobre *quórum* y mayorías decisorias rigen para los Concejos, pero, se enfatiza, con relación a las decisiones que éstas tomen, hipótesis bien diferente a la modalidad o sistema como ellas surjan o se formen que es, en el fondo, lo que el accionante discute, al cuestionar la facultad del Presidente del Cabildo para nombrarlas. Al texto en comento no se le puede deducir un contingente efectual de causas o eventos que expresamente no consagra, esto es, el mandato regula, como ya se ha dicho, la manera o modo de tomar las decisiones por los cuerpos que menciona que no '...elegir un número plural de personas...'"

Por último, cabe aludir al comentario del *a quo* acerca del cargo, de haberse quebrantado el artículo 172 de la Constitución Nacional. Dice el Tribunal en esta parte, que el caso *sub júdice* no puede encajarse por desconocimiento del sistema electoral por cuanto no existe acto de elección en el nombramiento de las comisiones de que habla el artículo 26 del Acuerdo demandado. Afirma, además, que para que tal transgresión se presentara, sería necesario que dicho acuerdo hubiera consagrado la forma eleccionaria "es decir —agrega—, por votos, para establecer entonces, en una determinada situación, si se respetó ese sistema consagrado por la norma, pero, como ya se ha dicho, no obedeciendo la formación de las comisiones a ese tipo específico de elección, mal puede hablarse del quebranto jurídico de la norma fundamental que sí consagra ese específico sistema".

III. Consideraciones de la Sala:

No obstante que el *a quo* encontró deficiente la demanda en sus fundamentos de derecho, al igual que lo hace el fallo de instancia, la Sala entra a resolver la cuestión de fondo, pues tratándose en el caso presente del ejercicio de una acción que la ley otorga a todo ciudadano, no se puede pretender que ese ciudadano obre con observancia de todo el tecnicismo jurídico que la ley sí exige cuando se trata del ejercicio de otro tipo de acciones para las cuales, por lo mismo, se requiere la intervención de un profesional del derecho en representación del demandante. Además en el caso que ocupa la atención de la Sala, en el contexto general del libelo se indican por el actor las disposiciones de rango superior consideradas como violadas por el acto acusado y se expresa en un lenguaje llano sencillo, el concepto de la violación, en forma tal, que permite hacer las confrontaciones normativas para llegar a una decisión de la controversia.

El caso en estudio se concreta a definir si el artículo 36 del Reglamento Interno del Concejo de Manizales (Acuerdo número 45 de 1973) violó o no la Constitución o la ley, en cuanto en en literal d) estableció como una de las funciones del Presidente de la corporación edilicia la de *"nombrar las comisiones permanentes o accidentales"*.

La demanda expresa como normas transgredidas por el acto acusado los artículos 72, 83, 172 y 196 de la Constitución Nacional para lo cual hace una elaborada disquisición en orden a demostrar que el quebrantamiento consiste fundamentalmente en el desconocimiento del sistema del cuociente electoral que se dice aplicable en todas las corporaciones públicas cuando se eligen dos o más individuos para integrar las comisiones permanentes o accidentales que les corresponde nombrar en el desarrollo de sus atribuciones constitucionales.

Se arguye que la designación de los integrantes de las comisiones no la puede hacer el Presidente del Concejo por ser ello una función específica e indelegable del Concejo como corporación que debe cumplir las directrices democráticas de la Carta, como lo ordena en las disposiciones que invoca.

No es la primera vez que el Consejo de Estado tiene la oportunidad de pronunciarse sobre este importante asunto relacionado con la aplicación del cuociente electoral en las elecciones que han de llevarse a cabo en los Concejos Municipales. En sentencia de 14 de junio de 1984, la Sección Tercera de esta Corporación, con ponencia del doctor Jorge Valencia Arango, en un asunto similar, en el cual al revocar la decisión del Tribunal de primera instancia, decretó la nulidad de la elección de las comisiones permanentes del Cabildo Municipal de Bucaramanga elegidos con desconocimiento del sistema del cuociente, por medio de una proporción aprobada por mayoría que delegaba en su Presidente la integración de tales comisiones. Este fallo aparece publicado en los *Anales del Consejo de Estado*, Primer Semestre de 1984, números 481-482, páginas 817 a 842.

En el proceso que ocupa ahora la atención de la Sala se presenta similar aunque no idéntica situación, esto es, que, ciertamente, el Concejo Municipal de Bucaramanga en el evento de la sentencia en comento, mediante proposición aprobada por la mayoría absoluta delegó en el Presidente del Cabildo la elección de algunas comisiones permanentes entre ellas, la principal, la de Presupuesto y Hacienda. En el *sub lite*, en cambio, en el literal d) del artículo 36 del acuerdo demandado, establece la norma general consistente en la facultad del Presidente de "nombrar las comisiones permanentes y accidentales". Difieren, pues, en que aquí se le dio esa facultad en el propio reglamento edilicio, mientras que en el caso que se trae a colación, se le otorgó solamente para designar las comisiones, en la ocasión particular en que el cabildo sesionaba y en virtud de la proposición de la mayoría.

Por manera que este antecedente sirve sobre todo para significar que no andaba mal encaminada la demanda al indicar que el Acuerdo o reglamento del Concejo de Manizales en la parte acusada, sí pudo quebrantar el sentido y alcance del artículo 172 de la Constitución Nacional en cuanto que al conferirle al Presidente del Concejo la facultad de nombrar las comisiones permanentes que le correspondía elegir para la marcha de sus importantes actividades administrativas, estaba cercenando la propia del Concejo, como Corporación, que no podían ceder o delegar en la forma general como lo hizo, sin faltar

a la imperativa aplicación constitucional y legal del sistema del cuociente electoral, en orden a elegir tales comisiones integradas por más de dos miembros cada una.

Para la Sala son suficientes las siguientes consideraciones en orden a estimar fundados los cargos de la demanda, a saber:

a) Bajo ningún pretexto se puede aceptar la fórmula o medio de delegación de funciones empleado por el reglamento del Concejo de Manizales al darle al Presidente de la Corporación una función que le corresponde exclusivamente a éste y que cuando se trata de elegir dos o más personas no puede hacerse sino por el sistema del cuociente electoral como claramente lo establece el artículo 172 de la Constitución Nacional, de aplicación extensiva a todas las corporaciones de elección popular, Congreso, Asambleas y Concejos.

Es claro el tenor del artículo 172 sin que pueda incurrirse en erradas interpretaciones como la del Tribunal en el fallo que se revisa, según el cual el sistema del cuociente allí establecido no sirve para los actos del Concejo. Dice su texto:

"A fin de asegurar la representación proporcional de los partidos, cuando se vote por dos o más individuos en elección popular o en una corporación pública, se empleará el sistema del cuociente electoral.

"El cuociente será el número que resulte de dividir el total de votos válidos por el de puestos por proveer.

"Si se tratare de la elección de sólo dos individuos, el cuociente será la cifra que resulte de dividir el total de votos válidos por el número de puestos por proveer más uno.

"La adjudicación de puestos a cada lista se hará en proporción a las veces que el cuociente quepa en el respectivo número de votos válidos. Si quedaren puestos por proveer se adjudicarán a los residuos en orden descendente".

Esta norma invariablemente se ha venido aplicando en todas las corporaciones de elección popular sin distingos, entra otras cosas porque el constituyente quiso sin lugar a dudas proporcionar una fórmula tendiente a conseguir la mejor representación proporcional de los partidos en los cuerpos de elección popular "o en una corporación pública", como lo es el Concejo Municipal, célula vital en el engranaje de la organización democrática de la República.

No se entendería la exclusión del sistema del cuociente electoral para los Concejos en las elecciones de sus comisiones permanentes, y al mismo tiempo, en la escala de jerarquía, fuere aplicable tan sólo en los actos de igual naturaleza de las Asambleas y el Congreso Nacional, cuando es lo cierto que la Constitución no consagra esa excepción. Más bien impone el sistema para todas las corporaciones públicas como se ha expresado;

b) No se puede perder de vista tampoco que el artículo 79 de la Ley 11 de 1986 o estatuto básico de la administración municipal, dispone de manera perentoria que en las elecciones "a que se refiere la presente ley se aplicará el sistema del cuociente electoral, conforme al artículo 172 de la Constitución Política".

Es así como, ni aún aceptando la tesis del Tribunal, podría dársele validez para el caso, en tanto la ley básica de la organización municipal remite expresamente al artículo 172 de la Constitución Nacional en el evento de elecciones que se efectúen en los Concejos y en los que sea necesario cumplir su preceptiva;

c) Y no está por demás que de modo ilustrativo se haga referencia también al artículo 67 de la Ley 11 de 1986 que dice: "Los Concejos integrarán comisiones permanentes encargadas de rendir informe para segundo y tercer debates a los proyectos de acuerdo, según los asuntos o negocios de que éstas conozcan y el contenido del proyecto. Si dichas Comisiones no se hubieren creado o integrado, los informes se rendirán por las Comisiones *ad hoc* que la Presidencia nombre para el efecto.

"Todo Concejal deberá hacer parte de una Comisión y en ningún caso podrá pertenecer a más de dos Comisiones Permanentes". Esta norma la repite el artículo 109 del Decreto 1333 de 1987;

d) Pero ni siquiera frente al propio reglamento municipal cabe poner en duda lo que se viene sosteniendo, si se tiene en cuenta que en su artículo *148* repite el texto del artículo 172 de la Constitución Nacional. Huelga pues, decir que la disposición acusada en la parte referente a la atribución conferida al Presidente del Concejo para integrar las Comisiones permanentes, quebrantó la ley y la Constitución y contradice el reglamento del Concejo, por lo cual habrá de declararse la nulidad en lo pertinente;

e) Otra cosa sucede, sin embargo, respecto a las Comisiones accidentales, que se dicen del orden interno o de trámite de los Concejos, y que dado su carácter transitorio para facilitar el trabajo de la corporación, las puede y debe integrar el Presidente por mandato de la misma, si se quiere.

El Consejo de Estado ha tenido oportunidad de pronunciarse en distintos fallos sobre la diferencia que existe entre una comisión permanente y otra simplemente accidental o de orden interno del Concejo. La sentencia referenciada atrás de 14 de junio de 1984 invoca en su respaldo los fallos de la Sala Plena de 8 de junio de 1973, de 5 de febrero de 1974, de 2 de julio de 1979, de 2 de diciembre de 1981 y de 29 de abril de 1983, en los cuales, a propósito de la competencia, que se discutía entonces de la jurisdicción para conocer de estos casos, se distinguió en ellos entre comisiones permanentes y las de régimen interno equivalentes a las accidentales. En la última, por ejemplo, se dijo:

> "Ha sido muy amplia la doctrina y la jurisprudencia desarrollada por esta Corporación alrededor del tema de las Comisiones de las Corporaciones públicas.
>
> "Se distingue claramente entre comisiones internas y externas. Las primeras son aquellas que se limitan a realizar actos de trámite corriente en una corporación sin que puedan afectar cuestiones de fondo. Las segundas son de origen constitucional y tienen verdadera capacidad de afectar la propia actuación de la corporación y sus funciones constitucionales".

Siendo por lo tanto asimilables o equivalentes las comisiones accidentales a las internas de que habla la parte que se transcribe de la sentencia motejada, su existencia depende exclusivamente de la voluntad del Concejo. Su designación y conformación si así lo establecen los reglamentos, puede dejarse al prudente criterio del Presidente.

Debe accederse, en consecuencia, parcialmente, a la pretensión de la demanda, como así se determinará enseguida.

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

Falla:

1. *Revocar* la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo de Caldas de que da cuenta el presente proceso.

2. *Declárase la nulidad* del literal d) del artículo 36 del Acuerdo número 45 de fecha 29 de noviembre de 1973 del Concejo Municipal de Manizales, en cuanto incluye entre las funciones del Presidente, la de nombrar las Comisiones Permanentes.

3. El ordinal d) del artículo 36 quedará así: "Nombrar las Comisiones Accidentales".

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha diecinueve de agosto de mil novecientos ochenta y ocho.

Samuel Buitrago Hurtado, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

IMPUESTO MUNICIPAL.— FACULTAD IMPOSITIVA DELEGADA. DOBLE IMPOSICION.

Las Asambleas Departamentales no pueden autorizar a los Concejos la creación de tributos, si a su vez no han sido autorizados para ello por ley.

IMPUESTOS MUNICIPALES.

Se confirma la anulación al Acuerdo 25 de 1979 y del Decreto 2447 de diciembre 16 de 1980 de Cali que decretó impuestos a actividades comerciales durante la época de la feria.

La facultad impositiva delegada de los municipios, impide al Concejo dar autorización al Alcalde cuando a su vez no las recibió por ley.

Hay doble imposición con el impuesto de industria y comercio.

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 1677. Actor: Luis Mario Duque. Asuntos municipales.

Se decide el recurso de apelación que la apoderada del Municipio de Cali interpuso contra la sentencia dictada el 20 de enero de 1987 por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en el juicio número 11366 promovido en acción pública por el ciudadano Luis Mario Duque, contra el Acuerdo municipal número 25 de 5 de diciembre de 1979 y el Decreto número 2447 de 16 de diciembre de 1980, expedido por el señor Alcalde del Municipio de Santiago de Cali.

Por el primero de los actos mencionados, el Concejo Municipal autorizó al Alcalde para que con sujeción a las normas legales vigentes, fije, cobre, acuerde o exonere las contribuciones que por concepto de espectáculos públicos juegos permitidos o autorizados, kioscos y casetas, se causen con motivo de la feria y mediante el Decreto 2447 mencionado fijó las contribuciones especiales durante la época de la feria.

El debate se ha concretado a determinar si la actuación administrativa se desarrolló dentro de las facultades constitucionales y legales

que tienen las autoridades municipales y si existe o no identidad de gravámenes, en especial, frente al impuesto de industria y comercio.

La argumentación en pro y en contra de la tesis planteada por el demandante la resume acertadamente la Fiscal Sexta ante esta Corporación al tiempo que expone su concepto favorable a las peticiones de la demanda, así:

"En el caso que nos ocupa, el Alcalde del Municipio de Santiago de Cali, en ejercicio de facultades extraordinarias otorgadas por el Acuerdo 25 de 1979, 'fijó' unas 'contribuciones especiales de feria' que deben pagar los 'distintos establecimientos y actividades que desarrollan programas especiales' y obtengan beneficios con motivo de la feria, establecimientos y actividades que clasificó así: a) Fuentes de soda, grills, bares, restaurantes, estaderos y similares; b) Casetas y construcciones eventuales; c) Moteles, hospedajes y similares; d) Hoteles; e) Kioscos, casetas para venta de pólvora; puestos para ventas de mercancías, comestibles y similares; f) Circos y atracciones mecánicas; g) Exhibiciones especiales, museos, festibales y similares; y h) Juegos permitidos o autorizados.

"La contribución especial según la manifestación del mismo municipio, expresada a través de su representante judicial, es diferente al impuesto de industria y comercio o sea que se cobra además de éste y tiene como respaldo jurídico la autorización que en 1896 otorgó mediante Ordenanza número 54, la Asamblea del Departamento del Cauca, al cual pertenecía en ese entonces el Municipio de Santiago de Cali y posteriormente, la autorización de la Asamblea del Departamento del Valle del Cauca impartida en la Ordenanza número 52 de 1915.

"Resulta evidente entonces que la contribución especial carece de respaldo legal exigido por la Constitución Nacional, pues no fue votada con base en la Ley 97 de 1913, sino en normas departamentales y sabido es que correspondiendo el poder impositivo pleno únicamente al Congreso, las Asambleas departamentales no pueden autorizar a los Concejos la creación de tributos si a su vez no han sido autorizados para ello por la ley.

"Por otra parte, analizado el decreto acusado, encontramos que la materia imponible de la contribución especial es la misma del impuesto de industria y comercio, toda vez que según lo señalado en los artículos 1º, 5º y 6º, lo gravado es la actividad comercial y de servicios desarrollada dentro del municipio durante la época de feria y ésta es la actividad gravada igualmente con el impuesto de industria y comercio.

"Dice el municipio que la contribución se cobra por los beneficios que quienes ejercen tales actividades reciben del municipio en tiempo de feria, tales como ampliación del horario, permiso para desarrollar actividades antes no autorizadas y para efectuar construcciones temporales.

"Estos beneficios sin embargo, en manera alguna significan variación de la materia imponible; constituyen factores de modi-

ficación del *quántum* que debe pagarse por concepto del impuesto de industria y comercio, pues con ocasión de ellos puede variar la base gravable y la tarifa, pero el hecho imponible sigue siendo el mismo. En efecto, la ampliación del horario y del área utilizable del establecimiento permitirá posiblemente un mayor valor promedio mensual de ingresos brutos, y el ejercicio de la actividad distinta la ubicación temporal en tarifa diferente, pero la materia gravada es la misma actividad comercial y de servicios que ya es objeto del impuesto de industria y comercio regulado como lo dice el Tribunal por los Decretos municipales 1912 de 1978 y 0234 de 1979.

"Se presente por consiguiente identidad tanto del sujeto pasivo (personas que realicen el hecho imponible o sea la actividad comercial o de servicios), como de materia imponible (actividad comercial o de servicios) y de tiempo (la época de la feria está comprendida dentro del período gravable del impuesto de industria y comercio) y ello nos lleva a concluir que al establecerse la contribución especial se incurrió en el fenómeno jurídico de la doble imposición tributaria.

"Y como la ley sólo autorizó gravar las actividades industriales, comerciales y de servicios con un impuesto (el llamado de industria y comercio) la contribución especial excedió la competencia del cabildo y por consiguiente la del Alcalde al obrar en ejercicio de funciones extraordinarias".

Consideraciones de la Sala:

La Sala comparte las apreciaciones de su distinguida colaboradora Fiscal en sus aspectos centrales, a saber:

a) Que corresponde el poder impositivo pleno únicamente al Congreso Nacional (art. 43, C. N.). Que los Concejos Municipales lo pueden ejercer cuando han recibido autorización directa del legislador o de las Asambleas departamentales pero sólo cuando éstas a su turno lo han recibido de aquél. Las Asambleas departamentales no pueden autorizar a los Concejos la creación de tributos si a su vez no han sido autorizados para ello por la ley, doctrina ésta que ha sido sostenida por la Corporación en fallos como el de 24 de agosto de 1983 (Expediente número 10728) con ponencia del Consejero Ignacio Reyes Posada, en el cual expresó:

"Esta Corporación siguiendo las doctrinas anteriores (dice, después de citar a José María Samper, Francisco de Paula Pérez y Alvaro Copete Lizarralde), ha interpretado de tiempo atrás que las Asambleas, para el ejercicio de la facultad impositiva, requieren la autorización legal expresa en donde se fijen las condiciones y límites de los tributos respectivos".

El gravamen que aquí se trata, establecido por el señor Alcalde de Cali, mediante el Decreto 2447 de 1980, expedido únicamente con base en la autorización concedida por el Concejo Municipal, pero a

su turno ésta sin autorización legal o de ordenanza especial, carece del debido sustento y por consiguiente uno y otro acto deben desaparecer de la vida jurídica, como lo dispuso el Tribunal en su fallo;

b) Que se incurrió en el fenómeno jurídico de la doble imposición por conjugarse los factores que la doctrina ha señalado como constitutivos de ella, a saber: Identidad de sujetos pasivos, materia imponible y época.

Y se resalta esta última conclusión cuando se observa que la regulación del impuesto de industria y comercio permite cobrarlo sobre las actividades gravadas, así sea que éstas se ejerzan en forma indirecta, de manera ocasional o como ambulante (art. 2º, Decreto 1912 de 1978), o sea, en las mismas formas como desarrollan sus negocios algunos comerciantes, durante la época de feria.

En mérito de lo anteriormente expuesto, la Sección Cuarta del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Confírmase la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase. Devuélvase al Tribunal de origen.

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.

FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL.— IMPUESTO MUNICIPAL.—

La facultad impositiva que ejercen las Asambleas y Concejos es derivada ya que requiere la autorización legal expresa en la cual se fijen las condiciones y los límites de los respectivos gravámenes.

SE SUSPENDE PROVISIONALMENTE el Acuerdo número 014 de 15 de julio de 1985, del Concejo Municipal de Mosquera, Cundinamarca.

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

Consejero ponente: *Doctor José Ignacio Narváez García.*

Referencia: Expediente número 2217. Actor: Bernardo Ortiz Amaya y Roberto Uribe Pinto contra Concejo Municipal de Mosquera. Apelación auto 8 de febrero de 1988, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, juicio de nulidad y suspensión provisional Acuerdo número 014 de 5 de julio de 1983. Auto.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por los demandantes doctores Bernardo Ortiz Amaya y Roberto Uribe Pinto contra la providencia proferida por el honorable Tribunal Contencioso Administrativo en cuanto deniega la suspensión provisional de los efectos del acto acusado.

Antecedentes:

El Concejo Municipal de Mosquera aprobó el Acuerdo número 014 de fecha 5 de julio de 1983, "por medio del cual se crea el Impuesto de Alineación y Construcción de Cubierta para las Floristerías que funcionan dentro del Municipio de Mosquera, Cundinamarca".

En ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, los actores solicitaron la suspensión provisional del mencionado Acuerdo, pero en auto de 8 de febrero del año en curso el honorable Tribunal denegó esa petición por considerar que la aplicación de un criterio fundado en la jurisprudencia "no es suficiente para que dé lugar a la medida cautelar solicitada"; que "cuando el Concejo Municipal de Mosquera expidió el Acuerdo 014 de 5 de julio de 1983, el Código de Régimen Municipal

no se hallaba vigente y por ello no puede hablarse de que hubiese resultado infringido y como consecuencia, violado también el numeral 2º del artículo 197" de la Constitución Política; y que los demandantes no explican cómo se desconoció la prohibición de gravar la producción primaria, agrícola, ganadera y avícola contenida en la Ley 26 de 1904.

Los apelantes sustentaron la alzada así:

"...Este recurso lo interponemos por la íntima convicción que tenemos de que el acto acusado viola flagrantemente normas de superior jerarquía, en especial el artículo 197 numeral 2º de la Constitución Nacional, por cuanto los Concejos Municipales no pueden imponer gravámenes que no hayan sido previamente creados por la ley, pues esa es la tradicional interpretación que se le ha dado a esa norma constitucional, o sea, que los municipios no tienen autonomía en materia tributaria, lo que impide que puedan decretar impuestos que no estén previstos por la ley.

"El Consejo de Estado en forma reiterada y contínua ha sostenido esta tesis derivada de la norma constitucional mencionada, la cual ha tenido desarrollo legal clarísimo; en el artículo 1º de la Ley 97 de 1913 complementado con el artículo 1º de la Ley 88 de 1915, que conforman el artículo 172 del actual Código de Régimen Municipal, que también se señala como violado en la demanda.

"Con relación a la violación de la norma constitucional mencionada, no compartimos el criterio del honorable Tribunal en el sentido de que la tesis sobre la no autonomía impositiva de los municipios es tan sólo una elaboración jurisprudencial del Consejo 'que en opinión de la Sala no es suficiente para que dé lugar a la medida cautelar solicitada...'

"Dicha tesis no es sólo un criterio de interpretación doctrinal sino que está fundada en un sentido de unidad del sistema fiscal de la Nación y desarrollada a nivel legal, mediante la limitación en la facultad impositiva claramente establecida en el numeral 2º del artículo 169 de la Ley 4ª de 1913, complementada con el catálogo de impuestos y contribuciones específicamente determinados en el artículo 1º de la Ley 97 de 1913 y las normas complementarias.

"Basta por lo tanto, cotejar la clase de impuesto establecido en el acto acusado con los expresamente determinados en la ley, para deducir sin necesidad de ninguna elaboración intelectual o proceso deductivo que dicho gravamen no está incluido en el catálogo mencionado y por lo tanto la flagrante violación no sólo de la ley sino de la norma constitucional pertinente.

"Por la misma razón, no es valedero el argumento de que al mencionar los artículos 172, 173 a 233 y 259 numeral 2º del Código de Régimen Municipal como violados, no puede hablarse de ellos por ser el Decreto 1333 de 1986 posterior al Acuerdo municipal que fue expedido el 5 de julio de 1983; pues el mencionado decreto no comprende nuevas normas sino que armoniza y codifica en forma orde-

nada las ya existentes desde el año de 1913 incluyendo la Ley 4ª, la Ley 97 del mismo año, la Ley 84 de 1915 y demás disposiciones dictadas sobre la materia desde esa fecha hasta nuestros días.

"La función del mencionado Decreto 1333 de 1986 dictado con base en las facultades otorgadas al Presidente de la República por la Ley 11 de 1986, sólo tiene valor, como trabajo de codificación y ordenación de las normas existentes y por eso la publicación oficial de dicho Decreto contiene unas explicaciones pertinentes del constitucionalista doctor Jaime Castro que dice:

" Tal como se ha dejado indicado en los apartes anteriores, mediante la expedición del Código no se crea derecho. Unicamente se reúnen y organizan en cuerpo armónico y coherente las normas vigentes de una serie de leyes y decretos-ley, antes dispersas y acumuladas unas sobre otras, como inmensa torre de Babel, que dificultaba su conocimiento e interpretación. Que, además era fuente de trastornos para nuestras ya de por sí menguadas cédulas locales".

"Desde luego, para efectos de la codificación se hicieron pequeñas correcciones de forma y se incorporaron disposiciones de mera concordancia legislativa, respetando siempre el contenido y alcance de los textos que sirvieron para la elaboración del nuevo estatuto".

La Sala Considera:

En tiempo de normalidad los Concejos municipales pueden hacer uso de la facultad consagrada en el artículo 43 de la Constitución Política, siempre que al aprobar un impuesto o contribución se sujeten plenamente a la condición establecida en la atribución 2ª adscritas a esas corporaciones en el artículo 197 de la misma carta. Al respecto el Consejo de Estado ha reiterado en innumerables providencias que el poder impositivo corresponde únicamente al Congreso de la República, hasta el punto de que las Asambleas departamentales y los Concejos de los municipios no pueden crear tributos que no hayan sido autorizados por la ley. En otras palabras, la facultad impositiva que ejercen es derivada ya que requiere la autorización legal expresa en la cual se fijen las condiciones y los límites de los respectivos gravámenes. Esta jurisprudencia encontró sustentación legal en el artículo 169 del anterior Código de Régimen Político y Municipal, que estableció como atribución de los Concejos la de "imponer contribuciones para el servicio municipal, *dentro de los límites señalados por la ley y las ordenanzas,* y reglamentar su recaudación e inversión".

Ahora bien, mediante el Acuerdo acusado el Concejo Municipal de Mosquera creó "el impuesto de alineación y construcción de cubierta para todo tipo de galpones destinados al cultivo de flores o similares", sin que exista ley que mencione ese gravamen, autorice su imposición o señale las condiciones y límites respectivos. Esta simple evidencia basta para que se patentice la violación flagrante y ostensible de normas jerárquicamente superiores como son las que se han citado. Esa falta de base legal es manifiesta y se percibe a primera vista. Y como la suspensión provisional se solicitó y sustentó expre-

samente y no está legalmente prohibido, se reúnen a cabalidad los presupuestos exigidos en el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, y por ende, es procedente la medida cautelar impetrada.

En consecuencia, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

Resuelve:

Revocar el ordinal 1º del auto proferido por el honorable Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, de fecha ocho de febrero de 1988 y, en su lugar *suspender* provisionalmente el Acuerdo número 014 de 15 de julio de 1985 aprobado por el Concejo Municipal de Mosquera, Cundinamarca.

Confirmar dicha providencia en todo lo demás.

Cópiese, comuníquese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Consuelo Sarria Olcos, José Ignacio Narváez García, Carmelo Martínez Conn, Jaime Abella Zárate.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO.— Cobro. FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL.

SE REVOCA LA SUSPENSION PROVISIONAL de la totalidad del Acuerdo número 010 de 21 de noviembre de 1986 dictado por el Concejo Municipal de Acacías (Meta).

SE DECRETA LA SUSPENSION PROVISIONAL de los numerales 8º a 26, 28 a 31 y 33 a 34 inclusive, del artículo 1º del mencionado Acuerdo.

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

Consejero ponente: *Doctor José Ignacio Narváez García.*

Referencia: Expediente número 2126. Actor: Francisco A. Iregui Iregui. Apelación auto septiembre 18 de 1987 del Tribunal Administrativo del Meta. Auto interlocutorio.

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por apoderado del Municipio de Acacías (Meta) contra el auto de 18 de septiembre de 1987 mediante el cual el Tribunal Administrativo del Meta suspendió provisionalmente el Acuerdo número 010 de 21 de noviembre de 1986 por el cual el Concejo del mencionado Municipio determinó el régimen tributario para la vigencia fiscal de 1987 (fls. 30-31).

La demanda:

El ciudadano Francisco Antonio Iregui Iregui en ejercicio de la acción pública de nulidad pidió la nulidad de los numerales 8º a 26, 28 a 31, 33 a 34 inclusive, el artículo primero del Acuerdo 010 expedido por el Concejo Municipal de Acacías en los cuales se determina el monto mensual del impuesto de industria y comercio para las distintas categorías de establecimientos. Este proceder lo estima contrario a lo previsto en el artículo 196 del Decreto legislativo 1333 de 1986, según el cual el impuesto de industria y comercio se liquida sobre el promedio mensual de los ingresos brutos del año inmediatamente anterior, y sobre la base gravable legalmente definida, se aplican las tarifas previamente determinadas por los Concejos municipales que deben oscilar entre el 2 y el 7 por mil mensual para actividades industriales y del 2 al 10 por mil mensual en las comerciales y de servicios.

Sostiene el demandante que conforme al artículo 196, en concordancia con el 203 del Decreto 1333 de 1986, a partir de la vigencia del mencionado decreto, los Concejos municipales debían adaptar su situación tributaria a lo dispuesto en el nuevo Código de Régimen Municipal, determina la tarifa que corresponde aplicar sobre la base gravable reseñada en dicho estatuto. Y ocurre que el acuerdo impugnado no solamente omitió determinar tales tarifas en la forma indicada sino que para el pago de impuestos de industria y comercio estableció un monto mensual a cada clase de actividad comercial.

Agrega el actor que el Acuerdo número 010 de 1986 versa además sobre el pago del impuesto de circulación y tránsito, avisos y tableros, el pago de servicios públicos, es decir, se refiere a diversas materias, por todo lo cual infringe el artículo 107 del Decreto 1333 de 1986 (fls. 15-17).

Providencia apelada:

El Tribunal Administrativo del Meta decretó la suspensión provisional del Acuerdo acusado con fundamento en que "...el acuerdo demandado, cuya suspensión provisional se solicita, viola normas de superior jerarquía pues en parte alguna se observa que para proferir el Acuerdo número 010 del Concejo Municipal de Acacías se hubiera sujetado a los límites establecidos por el Código de Régimen Municipal para la determinación de los impuestos de industria y comercio y que con ello se está infringiendo la ley..."

El Municipio de Acacías, por intermedio de apoderado, recurrió en apelación.

Sustentación de la apelación:

El apelante manifiesta que "si bien algunas tarifas del impuesto de *'comercio'* a partir del numeral 8º del artículo primero, hasta el numeral 34 no se atemperan exactamente a la regulación del artículo 196 del Decreto 1333 de 1986, no es menos cierto que ello no afecta de *nulidad* las demás disposiciones del Estatuto de *Régimen Tributario* del Municipio de Acacías, que regulan otros tributos y que en manera alguna violan la normatividad legal superior. Por consiguiente, resulta excesivo y contrario a derecho solicitar la *nulidad* de todo el régimen tributario del Municipio, contenido en el Acuerdo número 010 de 1986, por el hecho de que sólo algunos numerales del artículo primero en cuanto a la tarifa impositiva de un solo tributo o impuesto ('comercio') estén en contraposición con la norma superior, si las demás reglamentaciones y tributos no vulneran ese precepto superior. Por el mismo motivo, la suspensión provisional ha debido limitarse únicamente a los numerales del artículo primero del citado Acuerdo, a que alude en el hecho primero de la demanda el actor. Porque, no es cierto tampoco que el Acuerdo contenga disposiciones ajenas o extrañas al mismo régimen tributario y correcta administración de los impuestos, sino que todas están esricta y estrechamente ligadas

con esa materia. De manera tal que no es evidente violación alguna del artículo 107 del Decreto 1333 de 1986 o, por lo menos, el actor no lo demostró" (fls. 30-31).

Para resolver se considera:

Ciertamente los numerales 8º al 34 inclusive, del artículo primero del Acuerdo número 010 de 1986, con excepción del 27 y 32 que se refieren a los impuestos de espectáculos públicos y ruido, en su orden, regulan actividades mercantiles que para el año gravable de 1987 debían ceñirse a lo preceptuado por los artículos 195 y siguientes del Decreto 1333 de 1986. En otros términos, para el cobro de los impuestos sobre actividades típicamente de "comercio" (almacenes de ropa, modistería, sastrería, víveres, cigarrerías, restaurantes, cantinas, bares, almacenes de repuestos para vehículos, carpinterías, salas de belleza, panaderías, ferreterías, librerías y papelerías, droguerías, emisoras y equipos de radio, montallantas, joyerías y relojerías, funerarias, aparcaderos, etc.) rige el promedio mensual de los ingresos brutos del año inmediatamente anterior; y sobre la base gravable definida legalmente, que oscila entre el 2 y el 10 por mil mensual, se aplica la tarifa fijada en el Acuerdo del Concejo. Pero éste aparece en contradicción con lo dispuesto en los artículos 34 y siguientes de la Ley 14 de 1983.

No obstante, la Sala estima que tal suspensión no es procedente respecto de todos los artículos del Acuerdo demandado porque en él se regulan aspectos distintos del impuesto de industria y comercio y de avisos y tableros. En efecto, comprende también los servicios municipales de acueducto y alcantarillado, licencias de construcción, pesas y medidas, ocupación de vías públicas, arriendo de locales de propiedad del Municipio, impuesto de construcción, impuesto de circulación y tránsito, traspaso de vehículos, degüello de ganado, etc., y por si fuera poco, las disposiciones que conciernen a estos impuestos y tasas no fueron expresamente demandadas. De consiguiente, la decisión recurrida va más allá de lo pedido y determina la revocación parcial para limitarla a los numerales 8º a 26, 28 a 31 y 33 a 34 inclusive del artículo primero del Acuerdo número 010 de 21 de noviembre de 1986 del Concejo Municipal de Acacías, Departamento del Meta.

En consecuencia, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Cuarta,

Resuelve:

1º *Revocar* parcialmente el auto de 18 de septiembre de 1986 del Tribunal Administrativo del Meta en cuanto disponer decretar la suspensión provisional de la totalidad del Acuerdo número 010 de 21 de noviembre de 1986 citado por el Concejo Municipal de Acacías (Meta), en atención a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

2º En su lugar, decrétase la suspensión provisional de los numerales 8º a 26, 28 a 31 y 33 a 34 inclusive, del artículo primero del mencionado Acuerdo.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

Se deja constancia que esta providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, José Ignacio Narváez García, Carmelo Martínez Conn, Jaime Abella Zárate.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

IMPUESTO DE ESPECTACULOS PUBLICOS.— DOBLE TRIBUTACION.

Los objetos ya gravados en cumplimiento del artículo 171, numeral 9º de la Ley 4ª de 1913, no pueden gravarse nuevamente.

RATIFICACION JURISPRUDENCIAL.

CONFIRMASE EL DECRETO DE NULIDAD del artículo 23 del Acuerdo 164 de 20 de diciembre de 1943, del Concejo Municipal de Santiago de Cali.

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

Consejero ponente: *Doctor Carmelo Martínez Conn.*

Proyectó: *Doctor José Antonio Castellanos Poveda.*

Referencia: Expediente número 0504. Actor: Luis Mario Duque contra Municipio de Cali. Apelación sentencia de julio 30 del artículo 23 del Acuerdo número 164 de diciembre 20 de 1943, expedido por el Concejo Municipal de Santiago de Cali. Fallo.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del Municipio de Cali, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 30 de julio de 1982, que declaró la nulidad del artículo 23 del Acuerdo 164 de 20 de diciembre de 1943, expedido por el Concejo Municipal de Santiago de Cali sobre el impuesto de espectáculos públicos.

Antecedentes:

La Corporación por auto de junio 5 de mil novecientos ochenta y siete (1987), ordenó la reconstrucción del proceso de cuya apelación se conoce en esta oportunidad.

El abogado Luis Mario Duque en demanda presentada ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, pidió que se suspendiera provisionalmente y se declarara la nulidad del artículo 23 del Acuerdo número 164 de 20 de diciembre de 1943, expedido por el Concejo

Municipal de Santiago de Cali, mediante el cual se estableció el impuesto del 14% a los espectáculos públicos sobre el valor de cada boleta de entrada personal.

El demandante citó como disposiciones violadas explicando el concepto de violación los artículos 171, ordinal 9º de la Ley 4ª de 1913, ordinal 2º de la Constitución Nacional, 7º de la Ley 12 de 1932, y, 11 del Decreto reglamentario número 49 de 1932.

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca decretó la suspensión provisional de la disposición demandada mediante providencia de 17 de julio de 1980.

El Tribunal en sentencia de 30 de julio de 1982 (fls. 31 a 41), luego de análisis de las normas acusadas declaró no probadas las excepciones de existencia previa del impuesto de espectáculos públicos y la de ineptitud sustantiva de la demanda, propuestas en el Municipio de Cali, artículo 23 del Acuerdo 164 de 1943, proferido por el Concejo Municipal de Cali.

Dijo el *a quo* en lo fundamental:

"Existencia previa del impuesto de espectáculos públicos con carácter de impuesto municipal".

"Los fundamentos que adujo el impugnante, al proponer esta excepción, lo indicó de la siguiente manera":

"La parte actora fundamenta su petición en el hecho de que el 'Concejo Municipal de Santiago de Cali, expidió el 20 de diciembre de 1943, el Acuerdo número 164 y en su artículo 23 *estableció el impuesto del 14%* a los espectáculos públicos sobre el valor de cada boleta de entrada personal; gravando así una actividad ya gravada por la Nación por medio de la Ley 12 de 1932, en su artículo 7º' ".

"Parte, pues, el libelista de la presunción de que mediante el artículo 23 del Acuerdo 164 de 1943, el honorable Concejo Municipal de Santiago de Cali *creó* el impuesto de espectáculos públicos. Lo cual no es cierto, pues ya el 1º de abril de 1919, mediante el Acuerdo número 27 en su artículo 1º se había establecido un impuesto municipal para los bailes públicos o de negocio; por medio de Acuerdo número 29 de abril 11 de 1919 se estableció un impuesto para toda función de cine público. Y por medio de Acuerdo número 41 de diciembre 18 de 1931, el honorable Concejo Municipal, copiló en una sola norma municipal los impuestos y contribuciones a cobrarse en el Municipio de Cali a partir de primero de enero de 1932 (art. 1º), dentro de los cuales se incluye el de *espectáculos públicos,* que se encuentra regulado por los artículos 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87 q 88".

"De tal forma que todo acuerdo o norma que se haya expedido en el Municipio de Cali, con posterioridad al 18 de diciembre de 1931, en la cual se reglamenta alguna materia relacionada con los impuestos de que trata el mencionado Acuerdo número 41, es simplemente una norma que adiciona, reforma o reglamenta los impuestos *creados* por medio del Acuerdo número 41 de 1931 y

en ningún momento puede interpretarse como creadora de un nuevo impuesto, pues éste, y en el caso específico del de *espectáculos públicos*, ya existía".

"La parte demandante se opone a la excepción propuesta, y se refiere a ella en los siguientes términos":

" 'De la sola lectura de los artículos enunciados se deduce que se trata de unos impuestos muy especiales, el primero para *bailes públicos* y el segundo para *cines públicos*' ".

Si bien se trata de especies de espectáculos públicos, lo que se ha demandado no son los Acuerdos sobre bailes ni sobre cines, sino el Acuerdo número 164 de 1943, en su artículo 23 que estableció un *"impuesto general para toda clase públicos"*.

Conviene advertir que el mencionado Acuerdo número 41 de 18 de diciembre de 1931, tiene como título: "Sobre impuestos y contribuciones" *para la vigencia de 1932* (se subraya), y por el artículo 23 del mismo Acuerdo se derogan las disposiciones contrarias al mismo.

Sucesivamente para los años de 1933, 1935 y 1936, el Concejo Municipal de Cali aprobó Acuerdos "Sobre impuestos y contribuciones, vigentes para el año fiscal en cada uno de ellos citado, como así se aprecia en la constancia expedida por el Secretario General del Concejo Municipal de Cali, de fecha 18 de septiembre de 1970, que dice:

"a) El Acuerdo número 41 de 1931, estableció el mismo tiempo de su vigencia cuando en el título dijo: *'Sobre impuestos y contribuciones para la vigencia de 1932'*.

"Este Acuerdo rigió hasta el 31 de diciembre de 1932;

"b) El Concejo expidió el Acuerdo número 1 de enero 13 de 1933, cuyo título dijo: *'Sobre impuestos y contribuciones para la vigencia de 1933'*.

"Este Acuerdo rigió hasta el 31 de diciembre de 1933;

"c) El Concejo expidió el Acuerdo número 55 de 1934 cuyo título dijo: *'Sobre impuestos y contribuciones para la vigencia de 1935'*.

"Este Acuerdo rigió hasta el 31 de diciembre de 1935;

"d) El Concejo expidió el Acuerdo número 7 de 1936, cuyo título dijo: *'Sobre impuestos y contribuciones para 1936'*.

"Cualquier otro Acuerdo sobre 'impuestos y contribuciones' posterior al año 1936 fue derogado por el Acuerdo número 164 de diciembre 20 de 1943, en su artículo 103".

"Efectivamente, como lo dice la constancia antes transcrita, cada Acuerdo en ella citado tuvo su vigencia temporal como que cada Acuerdo se aprobó un artículo que derogaba en forma expresa las disposiciones contrarias al mismo Acuerdo".

Y si por el Acuerdo número 164, de 20 de diciembre de 1943, se creó, a partir de 1º de enero de 1944, el impuesto del 14% a los espectáculos públicos sobre el valor de cada boleta de entrada perso-

nal, en su artículo 23, es lo cierto que por el artículo 103 del mismo Acuerdo quedaron derogadas "todas las disposiciones sobre impuesto y contribuciones en Acuerdos anteriores y las disposiciones contrarias al presente Acuerdo".

El citado artículo 103 se encuentra vigente, toda vez que no ha sido demandado, suspendido por la jurisdicción contenciosa administrativa, afirmación ésta que encuentra amplió respaldo en lo manifestado por el honorable Consejo de Estado —Sala de Consulta y Servicio Civil— concepto de abril 24 de 1981. Radicación 1511. Consejero ponente: Doctor Jaime Paredes Tamayo, publicado en la Revista "Jurisprudencia y Doctrina", Tomo 114, de junio de 1981, páginas 479 y 480, en donde se lee:

"Pero si una disposición de un acto, como una ordenanza o un acuerdo, es suspendido provisionalmente, mas no la que deroga expresamente los estatutos anteriores, esa medida cautelar no puede tener por consecuencia que recobre vigencia temporal la del estatuto anterior mientras esté vigente la que lo derogó expresamente. Para que ese fenómeno jurídico pueda producirse, en la hipótesis que la Sala contempla, sería menester que el precepto que derogue los estatutos anteriores sea también suspendido provisionalmente o declarado nulo por sentencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. En cualquiera de estas dos hipótesis no obstante sus diferencias, dejaría de regir, con efecto *ex tunc*, la norma derogatoria y, por lo mismo, la suspensión de una de las disposiciones del nuevo estatuto surtiría todos sus efectos, particularmente el de que provisionalmente recupere vigencia la del anterior que regulaba la misma materia.

"En otros términos, la suspensión provisional implica que recobra vigencia temporal el acto sustituido por el que es objeto de suspensión o condición de que aquél no hubiera sido derogado; en caso positivo, es decir, que lo hubiera sido, para que la suspensión provisional surta el efecto indicado se requiere que la norma derogatoria también sea suspendida o anulada por la jurisdicción de lo contencioso administrativo".

"Se llega así, a la conclusión de que no puede prosperar la excepción analizada".

"Excepciones de ineptitud sustantiva de la demanda".

Esta excepción, propuesta por el apoderado del Municipio al descorrer el traslado para alegar de conclusión, la enfocó así: "Esta excepción la fundamento en que el actor demandó la nulidad del artículo 23 del Acuerdo número 164 de 1943, que según él creó el impuesto municipal de espectáculos públicos, pero en ningún momento solicitó se declarara la nulidad de las demás normas municipales que con posterioridad a 1943, se han dictado sobre el impuesto de espectáculos públicos en el Municipio de Cali. Por lo tanto el actor no demandó la proposición jurídica completa, lo que en el evento de que el Tribunal accediera a sus peticiones conllevaría a que en el Municipio quedaran vigentes normas que consagran el impuesto de espectáculos públicos en varios sus aspectos o *ítems*.

"Las normas que no demandó el actor y que son modificatorias o complementarias del artículo 23 del Acuerdo número 164 de 1943, me permito enumerarlas así:

"1. Acuerdo número 269 de 1944, artículo 9º.

"2. Acuerdo número 90 de 1945, artículo 5º.

"3. Acuerdo número 87 de 1947, artículo 2º.

"4. Acuerdo número 40 de 1955.

"5. Acuerdo número 54 de 1956.

"6. Acuerdo número 61 de 1956.

"7. Acuerdo número 870 de 1969.

"8. Acuerdo número 92 de 1971.

"9. Acuerdo número 25 de 1972.

"10. Acuerdo número 11 de 1973.

"11. Acuerdo número 09 de 1977.

"12. Acuerdo número 25 de 1977.

"13. Acuerdo número 26 de 1978.

"14. Acuerdo número 960 de 1979.

"15. Acuerdo número 16 de 1979.

"Como se puede apreciar, honorables Magistrados, con posterioridad al 23 de diciembre de 1943, se ha expedido en el Municipio de Santiago de Cali una gran cantidad de normas que regulan lo relativo al impuesto municipal de espectáculos públicos, y de ninguna de estas normas ha solicitado el ciudadano demandante la nulidad, por lo tanto no configuró la proposición jurídica completa, que fue la que debió demandar.

"Es por esto que solicito a los honorables Magistrados se declare probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda.

"Y no sólo él demandó el acto administrativo complejo en su integridad, sino que tampoco se hizo parte a otra entidad con persona jurídica propia que también se ve afectada por cualquier determinación que tome el Tribunal, como es el caso de la 'corporación para la recreación popular', a la cual como se puede ver en el Acuerdo número 16 de 1979 y en el Decreto 960 de 1979, le fue dado en calidad de aporte uno de los *ítems* del denominado impuesto municipal de espectáculos públicos".

El demandante expone que los Acuerdos citados por el Municipio de Cali "se refieren en forma concreta a *'especies de espectáculos públicos'*, mientras que por el artículo 23 del Acuerdo 164 de 1943, demandado, se creó el impuesto de espectáculos públicos, haciéndolo *en forma genérica* sin haber ningún tipo de discriminación en los espectáculos públicos".

Y en cuanto a que "tampoco se hizo parte a otra entidad con personería jurídica propia que también se ve afectada por cualquier determinación que tome el Tribunal, como es el caso de la 'corporación para la recreación popular' ", se responde, con el actor que al haberse demandado la nulidad de un artículo correspondiente a un Acuerdo expedido por el Concejo Municipal, el representante legal del Municipio, conforme a lo dispuesto en el artículo 3º de la Ley 28 de 1974, es el Alcalde y, por otra parte, la corporación para la recreación popular es una empresa de economía mixta con personería jurídica.

Del estudio de los Acuerdos enunciados por el Municipio de Cali, para fundamentar las excepciones, posteriores al Acuerdo 164 de diciembre 20 de 1943, se infiere que se concretan a especies de espectáculos públicos específicos, concretamente a galleras, fútbol, básquet, boxeo, corridas de toros. Sin embargo debe anotarse que el Acuerdo 40 de 1955 se refiere a impuestos de espectáculos públicos del 14% y el único Acuerdo que establece dicha tasa es el Acuerdo 164 de diciembre 20 de 1943, en su artículo 23.

"El Acuerdo que mayor claridad jurídica da al planteamiento en debate es el número 54 de octubre 17 de 1956, el cual en su artículo 1º exonera a la Plaza de Toros de Cali de pagar los impuestos del artículo 23 del Acuerdo 164 de 1943, circunstancia ésta que viene a ratificar el análisis aquí consignado, de que los impuestos a espectáculos públicos se originaban con base en esta norma".

"Los demás Acuerdos se refieren al control de impustos y a los clubes deportivos América y Cali".

En el alegato de conclusión en esta instancia la parte actora (fls. 6 a 24) pide se haga un reexamen del tema de los impuestos municipales pues para los municipios "la orientación adoptada desde hace más de cincuenta años ha sido la de convivir con la miseria regional y local..."

En el aspecto constitucional expresa que el impuesto de espectáculos públicos como en el caso que se estudia de la ciudad se remonta a las postrimerías del siglo pasado. De ello dimana la competencia impositiva de los municipios y los departamentos. Se retrotrae al momento en que la Constitución de 1886 estableció la descentralización y otorgó a las Asambleas Departamentales la facultad de imponer contribuciones bajo su propia iniciativa, respetando lo dispuesto por la ley y por las ordenanzas de las Asambleas, otorgó a los Gobernadores la facultad de control posterior a la expedición de los actos por parte de las municipalidades suspendiendo su vigencia en cuanto desbordaran las limitaciones y las prohibiciones contenidas en la ley o en las ordenanzas. Pero tales atribuciones disminuyeron cuando el artículo 239 de la Ley 149 de 1888 atribuyó a las Asambleas la fijación de "...las rentas y contribuciones que pueden establecer los municipios".

Afirma que posteriormente se reafirmó, por medio del artículo 6º del Acto legislativo número 3 de 1910 hoy artículo 43 de la Constitución Nacional, la competencia impositiva de las Asambleas y Concejos Municipales, y la independencia de los departamentos en la administración de sus asuntos (art. 48, Acto legislativo número 3 de 1910, hoy

182 de la C. N.). Expresa que el artículo 239 de la Ley 149 de 1888 contempló la creación de los impuestos de espectáculos públicos entre ellos las representaciones teatrales, riñas de gallos, fiestas y regocijos públicos que existían antes de la creación del Departamento del Valle del Cauca. Refiere que al crearse dicho departamento, la Ordenanza número 54 de 1896 reafirmó la existencia de los impuestos anteriores, la Ordenanza 52 de 1915 incluyó el cine entre los espectáculos generales y que dichos espectáculos fueron gravados por el Acuerdo número 16 de 15 de noviembre de 1913, proferido por el Municipio de Cali. La Ley 97 de 1913 corroboró la autorización anterior llamándolo de patente y el Municipio de Cali lo reglamentó como propio según el Acuerdo número 41 de 1913 (arts. 76 a 95). Quiere significar con lo anterior que al dictarse la Ley 12 de 1932, el impuesto de espectáculos públicos ya existía y se cobraba en el Municipio de Cali. Esta la razón para seguirlo reglamentando y cobrando como lo hizo por el Acuerdo 164 de 1943, artículo 23, y como lo hizo por acuerdos posteriores aquí comentados.

Al examinar la jurisprudencia del Consejo de Estado relacionada con el discutido comenta el apelante la providencia dictada por el Consejero Alejandro Domínguez Molina el 26 de marzo de 1965 (*Anales*, Tomo LXIX, pág. 421), en la que se dice que el impuesto de espectáculos públicos se hallaba establecido desde antes de la vigencia de la Ley 12 de 1932. No está de acuerdo con ella por las siguientes razones: 1ª Porque acepta la coexistencia y legitimidad de los dos gravámenes (nacional y municipal) y no encuentra razón para que el Municipio de Cali "haya perdido la facultad fundamental de regular el suyo de acuerdo con las conveniencias públicas", 2ª Considera que mientras la ley que ha creado un nuevo impuesto no elimina o suprime en forma expresa un gravamen municipal gravado un mismo objeto, no le queda prohibido al Municipio continuar gravándolo.

Para finalizar sostiene, que el Tribunal dictó una sentencia "completamente elusiva" pues no consideró los temas fundamentales propuestos distrayéndose en cuestiones accesorias, omitió lo relacionado con la preexistencia del tributo en Cali referido a la época en que se dictó la Ley 12 de 1932.

Tampoco se ocupó del carácter extraordinario del impuesto, ni de la temporalidad del tributo, ni de los fines para que fue creado "menos de la limitación de sus efectos".

Ministerio Público: En su concepto de fondo el Ministerio Público, luego de hacer un recuento de los acuerdos proferidos por el Concejo Municipal de Cali, desde 1913 hasta 1936 en los cuales se dan, según la época diferentes nombres a los impuestos tales "como funciones de cinematógrafo y funciones de otro género", "juegos y espectáculos públicos" (Acuerdo 10 de 1915), "espectáculos públicos" (Acuerdo número 12 de 1916), hasta el Acuerdo número 79 de 1936 que le da el nombre de espectáculos públicos, dice que a todos estos impuestos los distingue un rango común, a saber: a) Se cobra cada función a presentación según se colige de la lectura de los acuerdos anteriores. En el Acuerdo 164 de 1943, se generaliza el gravamen porque se extiende a cualquier clase de espectáculo. Concreta el objeto gravado. "Cada boleta de entrada personal". En cuanto a la forma, antes se liquidaba

con una suma fija por cada presentación del espectáculo. Ahora un porcentaje por cada boleta; b) Este es un nuevo impuesto aunque tenga un nombre igual, pues varías todos los elementos que integran la relación jurídica tributaria y por ende el fundamento de la obligación; c) La base imponible era una suma fija de dinero, hoy un porcentaje. De lo anterior concluye la Fiscalía, que el Acuerdo demandado es ilegal por gravar un hecho que ya lo estaba a nivel nacional por sobrepasar el monto determinado por la ley.

Consideraciones de la Sala:

Por providencia de 17 de julio de 1980, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca decretó la suspensión provisional de los efectos del artículo 23 del Acuerdo número 164 de 1943, proferido por el Concejo Municipal de Cali, pues lo encontró contrario a las disposiciones que la demanda acusó como violadas.

El acto acusado, Acuerdo número 164 de 20 de diciembre de 1943, en su artículo 23 dispone: "Sobre el valor de cada boleta de entrada personal a espectáculos públicos se cobrará el 14% (catorce por ciento).

"Parágrafo. Para liquidar el porcentaje de que trata este artículo (14%) se tomará como base el valor total de las boletas que hayan sido selladas en la Administración de Hacienda Nacional, deduciendo de dicho valor las boletas no vendidas. Esta liquidación será hecha por las Empresas Municipales, quienes en cada caso designarán un empleado de su dependencia.

"Parágrafo. Las empresas de espectáculos públicos antes de empezar sus temporadas de funciones otorgarán una fianza para garantizar el pago de los impuestos municipales".

"La cuantía de la fianza la fijará la oficina recaudadora" (fls. 385 a 387, cuaderno de antecedentes).

Las normas de orden superior violadas dicen:

1. Artículo 171, ordinal 9º de la Ley 4ª de 1913: "Es prohibido a los Concejos...90. Gravar objeto ya gravados por la Nación o por el Departamento, salvo que se les conceda especialmente el derecho de hacerlo en un caso determinado".

2. El artículo 107, ordinal 2º de la Constitución Nacional que le atribuye a los Concejos:

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

3. El artículo 7º de la Ley 12 de 1932, en su numeral 1º: "Créase un impuesto del diez por ciento (10%) sobre el valor de cada boleta de entrada personal a espectáculos públicos de cualquier clase..."

4. El artículo 11 del Decreto reglamentario número 49 de 1932, por el cual "los Concejos Municipales, al expedir cualquier acuerdo, deben citar precisamente la disposición que les confiere la facultad para dictar el acto".

La Sala considera del caso aclararle a la impugnadora las diferencias entre los tributos existentes antes de la vigencia de la Ley 12 de 1932 y el impuesto de espectáculos públicos creado por el artículo 7º de la norma citada.

En efecto: a) *El hecho generador del tributo* anterior lo era cada presentación del acto o función (arts. 76 a 83, Acuerdo número 41 de 1931, fls. 278 a 279, cuaderno de antecedentes). En el artículo 7º de la Ley 12 de 1932 lo es cada boleta de entrada personal, los acuerdos distinguieron por sus nombres cada actividad o presentación. En la norma acusada se generaliza el tributo a cualquier clase de espectáculo; b) *El sujeto pasivo* del tributo en la Ley 12 de 1932 lo es cada persona que adquiera boleta de entrada.

Antes de ella, lo era el empresario o quien presentara la actuación; c) *La base imponible:* Era una suma fija en pesos. En el Acuerdo número 79 de 1936 y siguientes lo es un catorce por ciento (14%) sobre el valor de cada boleta.

Para la Sala, estas diferencias hacen que no sea un gravamen "establecido desde época que se remonta a las postrimerías del siglo pasado" como lo considera la parte impugandora.

Igualmente el análisis anterior indica que por el artículo 23 del Acuerdo número 164 de 1943, el Concejo Municipal de Cali creó un nuevo gravamen y con él sometió a impuesto un hecho que ya lo estaba a nivel nacional.

Sobre el motivo de apelación la Corporación se ha pronunciado en diversas oportunidades y ha sostenido en reiterada jurisprudencia tanto de los Tribunales administrativos como del honorable Consejo de Estado, que los objetos ya gravados en cumplimiento del anterior precepto se refiere al artículo 171, numeral 9 de la Ley 4ª de 1913 que por disposición legal no pueden gravarse nuevamente. El artículo 7º de la Ley 12 de 1932, creó un impuesto que después de recaudarse varios años por la Nación fue cedido a los Municipios por la Ley 33 de 1968; las Leyes 47 de 1968 y 30 de 1971, adoptaron como nacional el que había sido creado por las Leyes 1ª y 49 de 1967 que consiste en un 10% del valor de entrada a espectáculos públicos, también para fomento del deporte el cual es recaudado por las Seccionales Departamentales de Coldeportes. "Existiendo los anteriores impuestos creados por las leyes mencionadas, el Acuerdo número 164 de 1943, de 20 de diciembre de dicho año emanado del Concejo Municipal de Cali, creyendo erróneamente tener facultad para hacerlo creó un nuevo impuesto a los espectáculos públicos violando con ello la Constitución y la ley, particularmente no acatando la prohibición de la Ley 4ª de 1913 ni menos el artículo 7º de la Ley 12 de 1932. Es de anotar que no teniendo los Concejos soberanía tributaria en el campo de la creación de nuevos tributos, es evidente que con ello el Concejo de Cali violó las disposiciones antes transcritas" (*Anales del Consejo de Estado*, Tomos 481 y 482, págs. 513 a 515, primer semestre de 1984. Consejero ponente: Doctor Enrique Low Murtra).

En cuanto a las excepciones de inepta demanda y de existencia previa del impuesto de espectáculos públicos, la Corporación acoge lo dicho por el Tribunal, tal como se dejó transcrito en esta misma providencia.

En mérito de lo 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 en todas sus partes 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.

FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL.— Prohibición.

A los Concejos Municipales les está prohibido fijar tarifas o sobretasa no comprendidas en el marco legal del Decreto extraordinario 1333 de 1986 y Ley 14 de 1983.

CONFIRMASE LA SUSPENSION PROVISIONAL del artículo 13 del Acuerdo municipal número 19 de 30 de junio de 1987, del Concejo Municipal de Santa Marta.

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 2256. Actor: César Rolando Marcucci Vera. Apelación interlocutorios.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial del Municipio de Santa Marta contra el auto de 20 de abril de 1988, proferido por el Tribunal Administrativo del Magdalena, en el cual admitió la demanda en acción pública instaurada por el ciudadano César Rolando Marcucci Vera, en procura de obtener la nulidad del Acuerdo número 19 de 30 de junio de 1987, expedido por el Concejo Municipal de Santa Marta.

El recurso se concreta a que sea revocada la orden de suspensión provisional del artículo 13 que dispone:

"De conformidad con lo dispuesto en el artículo 186 del Código de Régimen Municipal, establézcase una sobretasa para fomento turístico.

"Sobre el respectivo impuesto predial, equivalente al 2 por mil del avalúo catastral realizado de conformidad con los artículos 175 hasta 194 del precitado Código.

"La sobretasa de que trata el presente artículo será recaudada por la Tesorería de la Corporación Municipal de Turismo; para tal efecto, la Tesorería Municipal procederá a liquidar el valor que se requiera en un recibo adjunto al del predial.

"Los recaudos que se obtengan por este concepto serán destinados exclusivamente para reconstrucción, ampliación y mante-

nimiento de obras de desarrollo turístico y para inversiones, proyectos, eventos, obras, operaciones y trabajos de desarrollo y promoción turística".

El demandante acusó esta disposición de ser violatoria de lo previsto en el artículo 191 de la Constitución Nacional, el artículo 186 del Código de Régimen Municipal (Decreto 1333 de 1986) y en el artículo 17 de la Ley 14 de 1983.

Consideró el Tribunal inapropiada la cita del artículo 191 de la Constitución Nacional, que se refiere a autorizaciones tributarias de las Asambleas, no de los Concejos Municipales. En cambio, encontró transgresión del artículo 186 del Código de Régimen Municipal (Decreto 1333 de 1986) el cual incorporó el 17 de la Ley 14 de 1983 (incisos 1, 2 y 3).

Autoriza esta disposición a los Concejos Municipales y al Distrital de Bogotá, para fijar las tarifas del impuesto predial en forma diferencial entre el 4 y el 12 por mil (sin perjuicio de que las entidades territoriales conserven las tarifas y sobretasas que en la fecha de promulgación de la Ley 14 de 6 de julio de 1983) también establecidas, así excedan en conjunto al doce por mil.

Consideró el demandante que tampoco podía tener apoyo legal en el parágrafo del artículo 17 de la Ley 14 de 1983 (que fue incorporado en el art. 363 del estatuto Municipal, Decreto 1333 de 1986), porque éste creó una sobretasa del uno por mil, con posibilidad de incrementarla al 2 por mil, pero con destino a la financiación de los municipios integrantes de un "área metropolitana".

El Tribunal encontró que esta última disposición no sería aplicable al caso por no pertenecer Santa Marta a ningún área metropolitana y en igual sentido lo manifiesta el señor apoderado del Municipio.

Para el representante del Municipio no hay manifiesta violación del artículo 186, pues considera que no encierra una prohibición a los Concejos para crear sobretasas. Para que tal violación se configurara, manifiesta que "había sido necesario que el Acuerdo sobrepasara los límites atrás señalados y enumerados... y que tal violación hubiese sido aducida y comprobada por el demandante en su libelo..."

Para resolver se considera:

Sobre los alcances y general interpretación de la facultad impositiva, soberana para la Nación a través del Congreso Nacional (art. 43, C. N.) y subordinada para las seccionales administrativas, ha sido reiterada y abundante la jurisprudencia de nuestros máximos Tribunales: Según el artículo 191 de la Constitución, las Asambleas Departamentales están subordinadas a la ley y según el artículo 197-2 los Concejos Municipales lo están además, a las ordenanzas.

En esas condiciones es preciso convenir que es de público conocimiento que los Concejos Municipales no gozan de autonomía para crear impuestos, pues como lo dispone la Carta tienen atribución para votar las contribuciones y gastos locales "en conformidad con la Constitución, la ley y las ordenanzas".

Para la Sala es claro que el artículo 186 del Decreto 1333 de 1986 (que incorporó al 17 de la Ley 14 de 1983 excepto su parágrafo), surge para los Concejos Municipales la *autorización* para fijar las tarifas del impuesto predial, incluidas todas las sobretasas municipales, entre el 4 y el 12 por mil pero simultáneamente surge una *prohibición* para fijar tarifas o sobretasas que no estén comprendidas en el marco de aquellas autorizaciones, por la sencilla razón de que no pueden hacer aquello para lo cual no estén autorizados.

La sobretasa del 2 por mil del impuesto predial creada en 1987 por el Concejo de Santa Marta, mediante el artículo 13 acusado del Acuerdo 19 de 1987, a primera vista desborda los parámetros de las autorizaciones conferidas por el artículo 186 invocado por el actor, porque no se trata de "conservar" una sobretasa creada antes de julio de 1983, cuando entró a regir la Ley 14 de 1983, ni tampoco constituye regulación de las tarifas del "impuesto predial, incluidas todas las sobretasas municipales", sino que simplemente el establecimiento de una sobretasa independiente y adicional al predial con destino especial.

Y aunque este último sea plausible, como es el fomento de obras para desarrollo turístico, no aparece la respectiva autorización legal que lo soporte y antes bien manifiesta una contradicción con el citado artículo 186 del estatuto municipal, tal como lo aceptó el Tribunal, cuya determinación será confirmada.

Por lo anteriormente expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo,

Resuelve:

Confírmase la suspensión provisional del artículo 13 del Acuerdo municipal 19 de 1987 de Santa Marta, decretada por auto de 20 de abril de 1988.

Cópiese, notifíquese 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, Carmelo Martínez Conn, José Ignacio Narváez García.*

Jorge A. Torrado T., Secretario.

SUSPENSION PROVISIONAL.— RECURSO DE APELACION. Sustentación.

Contra la suspensión provisional proferida por el Tribunal de primera instancia es admisible la apelación sin que sea presupuesto procesal indispensable el de la sustentación del recurso.

CONTRIBUCION DE VALORIZACION. Exención.

Con excepción de los inmuebles contemplados en el artículo 6 de la Ley 35 de 1888 (Concordato) y de los bienes de uso público que define el artículo 674 del Código Civil, todos los demás predios de propiedad pública o particular podrán ser gravados con contribución de valorización, quedando suprimidas todas las exenciones consagradas en normas anteriores (Decreto 1604 de 1966, art. 10; Decreto 1333 de 1986, art. 237).

CONFIRMA LA SUSPENSION PROVISIONAL del artículo 2º del Acuerdo número 20 de 24 de noviembre de 1981 y el artículo 5º del Acuerdo número 20 de 7 de junio de 1985 expedidos por el Concejo Municipal de Cartagena relativos a exoneración del pago de contribución de valorización.

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

Consejero ponente: *Doctor José Ignacio Narváez García.*

Referencia: Expediente número 2086. Actor: Municipio de Cartagena. Apelación auto de 25 de enero de 1988 del Tribunal Administrativo de Bolívar. Auto interlocutorio.

Se decide el recurso de apelación interpuesto contra el auto de 25 de enero de 1988 mediante el cual el Tribunal Administrativo de Bolívar admitió la demanda presentada por el apoderado especial del Municipio de Cartagena y decretó la suspensión provisional del artículo 2º del Acuerdo número 20 de 1981 y el artículo 5º del Acuerdo número 20 de 1985. Estas disposiciones exoneran del pago de la contribución por valorización de todos los bienes inmuebles de la Armada Nacional ubicados en la jurisdicción del Municipio de Cartagena y exencionan durante diez (10) años por el mismo concepto a

la zona ocupada por la Escuela Naval de Cadetes José Prudencio Padilla en la Isla de Manzanillo.

El auto apelado:

El Tribunal de instancia en auto de 25 de enero del año en curso admitió la demanda formulada por el Municipio de Cartagena y decretó la suspensión provisional de los artículos 2º del Acuerdo número 20 de 24 de noviembre de 1981 y 5º del Acuerdo número 20 de 7 de junio de 1985 por cuanto estimó que estas disposiciones violan en forma flagrante el artículo 10 del Decreto 1604 de 1966, cuyo texto aparece reproducido en el artículo 237 del actual Código de Régimen Municipal (Decreto 1333 de 1986).

Sostuvo el *a quo* que las disposiciones de los Acuerdos acusados contrarían ostensiblemente las normas superiores mencionadas ya que ellas establecen como únicas excepción del pago de la contribución por valorización, los inmuebles a que se refiere el artículo 6º de la Ley 35 de 1988 (concordato con la Santa Sede) y los bienes de uso público que define el artículo 674 del Código Civil, dentro de los cuales no están comprendidos la zona ocupada por la Escuela Naval de Cadetes José Prudencio Padilla en la Isla de Manzanillo y los bienes inmuebles de la Armada Nacional ubicado en la jurisdicción del Municipio de Cartagena.

Sustentación de la apelación:

En escrito de 28 de enero de 1988 el Capitán de Corbata de la Armada Nacional, Abogado Luis Alfonso Bernal Sánchez pide que se le tenga como parte impugnadora dentro del proceso número 7010 en el cual interpuso recurso de apelación y anuncia que la sustentación del mismo la hará ante el Consejo de Estado, lo cual no ocurrió.

Se considera:

Ante todo es pertinente advertir que el recurso no fue sustentado por el apelante. Pero el artículo 213 del Código Contencioso Administrativo exceptúa del trámite en él establecido el auto de suspensión provisional, "cuya apelación se resolverá de plano por el superior". Este en verdad se limita a estudiar una cuestión de puro derecho consistente en calificar si el acto impugnado viola ostensiblemente uno o más preceptos de derecho positivo. De ahí que el citado artículo 213 no imponga la carga de la sustentación del recurso ni señale oportunidad para ello, como explícitamente lo prescribe para los demás autos interlocutorios. De consiguiente, la sanción que implica la no sustentación no es aplicable porque las normas sancionadoras no admiten interpretación y aplicación extensivas o analógicas. Y si bien es cierto que el artículo 57 de la Ley 2ª de 1984 dispone que quien interponga el recurso de apelación debe sustentarlo por escrito ante el Juez que ha proferido la respectiva decisión, antes de que expire el término para resolver la solicitud de apelación, so pena de que el recurso se declare desierto, no es menos evidente que tal precepto se refiere expresamente a procesos civiles, penales o laborales, y no a los administrativos ya que el Decreto 01 de 1984 regula íntegramente

la materia. De consiguiente, la Sala estima que contra la providencia de suspensión provisional proferida por el Tribunal de primera instancia es admisible la apelación sin que sea presupuesto procesal indispensable el de la sustentación del recurso. Ciertamente la ley no impide en tal eventualidad —y tampoco debe hacerlo el intérprete— que el superior decida de plano la cuestión de puro derecho en la que simplemente califica preliminar o temporalmente si existe o no trangresión ostensible de alguna norma positiva de escala superior en la pirámide jurídica.

Hecha esta precisión, el asunto de fondo en el caso *sub lite* radica en que el Decreto 1604 de 1966, en su artículo 10 dispuso: "Con excepción de los inmuebles contemplados en el artículo 6º de la Ley 35 de 1888 (Concordato con la Santa Sede) y de los bienes de uso público que define el artículo 674 del Código Civil, todos los demás predios de propiedad pública o particular podrán ser gravados con contribución de valorización, quedando suprimidas todas las exenciones consagradas por normas anteriores". Esta norma aparece reproducida en el artículo 237 del actual Código de Régimen Municipal (Decreto 1333 de 1986). Y a pesar de la diáfana claridad de esta norma, el Concejo Municipal de Cartagena exoneró del pago de la contribución de valorización a todos los inmuebles de la Armada Nacional ubicados en jurisdicción del Municipio de Cartagena (art. 2º del Acuerdo número 20 de 1981), y a la zona ocupada por la Escuela Naval de Cadetes José Prudencio Padilla en la Isla de Manzanillo tanto de la contribución por valorización como del impuesto predial durante diez (10) años (art. 5º del Acuerdo número 20 de 1985).

Se trata, pues, de una violación manifiesta del artículo 10 del Decreto 1604 de 1966, puesto que no se refiere a la situación excepcional contemplada en el artículo 6º de la Ley 29 de 1963.

Por lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Cuarta,

Resuelve:

Confirmar el numeral 3º de la parte resolutiva del auto de enero 25 de 1988, mediante el cual el Tribunal Administrativo de Bolívar decretó la suspensión provisional del artículo 2º del Acuerdo número 20 de 24 de noviembre de 1981 y el artículo 5º del Acuerdo número 20 de 7 de junio de 1985 expedidos por el Concejo Municipal de Cartagena relativos a exoneración del pago de contribución de valorización.

Cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

Se deja constancia que esta providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, José Ignacio Narváez García, Jaime Abella Zárate, Carmelo Martínez Conn, Ausente.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

SUSPENSION PROVISIONAL.— Finalidad.

Teniendo la institución de la suspensión provisional la finalidad de evitar la prórroga en el tiempo de los efectos de un acto manifiestamente ilegal, no se justifica la medida, o mejor carece de objeto cuando la norma deja de producir efectos por razón de su derogatoria.

REVOCASE LA SUSPENSION PROVISIONAL del Acuerdo 19 de 1987 —artículo 9º— del Concejo Distrital de Bogotá.

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 2308. Actor: Teobaldo Angulo Guiza. Apelación interlocutorios.

De plano como lo dispone el artículo 155 del Código Contencioso Administrativo, procede la Sala a resolver el recurso de apelación que la apoderada judicial del Distrito Especial de Bogotá, interpuso contra el auto de 21 de junio de 1988 dictado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el proceso número 6202.

La citada providencia admitió la demanda que en acción pública interpuso el ciudadano Teobaldo Angulo Guiza contra el artículo 9º del Acuerdo número 19 de 1987 y ordenó la suspensión provisional de la misma. El recurso se refiere a "la parte pertinente a la suspensión de la norma demandada".

Antecedentes:

La norma demandada y suspendida forma parte del Acuerdo por el cual el Concejo Distrital expidió el presupuesto de ingresos y gastos de las entidades descentralizadas con vigencia a partir de 1º de enero de 1988 en cuyo artículo 9º —materia de controversia— estableció una contribución mensual a cargo de moteles, estaderos, residencias, apartahoteles, clasificados como tales por la Secretaría de Gobierno, disponiéndose que el excedente que se genere sobre la partida de novecientos millones presupuestada, lo transferirá al Fondo de Vigilancia y Seguridad.

La Sección Segunda del Tribunal repitió los considerandos expuestos en otro proceso igual (número 6143, ponente doctor Julio E. Correa) en el cual también dispuso la suspensión provisional de la misma norma, en resumen bajo las consideraciones que recogieron en buena parte las razones del demandante, consistentes en que de conformidad con lo dispuesto por los artículos 43 y 197 de la Constitución Nacional, los Concejos Municipales y el Distrital también, tienen una facultad limitada para imponer contribuciones. Dijo el Tribunal: "...la Corporación edilicia sabiendo que tiene una facultad impositiva limitada, ha creado un tributo sin existir base legal que lo faculte para ello, ya que el artículo 197 de la Carta, sólo permite a los Concejos Municipales votar los impuestos dentro de los límites que establezca la Constitución y la ley".

El recurso:

La señora apoderada del Distrito Especial de Bogotá, no entra a pronunciarse sobre las razones anteriormente expuestas para calificar de inconstitucional el artículo acusado, sino que propone sea levantada la medida cautelar de la suspensión provisional en razón de haber desaparecido de la vida jurídica la norma suspendida "y por ende no tiene sobre qué trabajar el contralor de la legalidad".

Fundamenta y prueba su solicitud con copia autenticada del Acuerdo número 4 de 1988 (5 de mayo) en cuyo artículo quinto dispone que: "El presente Acuerdo rige a partir de la fecha de su expedición y deroga el artículo 9º del Acuerdo 19 de 1987 y las demás disposiciones que le sean contrarias".

Consideraciones de la Sala:

De conformidad con reiterada jurisprudencia de la Sección Cuarta de esta Corporación cuando una norma cuya nulidad se ha demandado en acción pública, pierde su vigencia por derogación, sustitución o modificación por otra, el respectivo proceso de nulidad debe culminar puesto que el fallo pueda producir consecuencias en aquellas situaciones particulares que se encuentren *sub júdice*.

También reiterada jurisprudencia de esta misma Sección ha considerado que teniendo la institución de la suspensión provisional, entre otras, la finalidad de evitar prorrogar en el tiempo los efectos de un acto manifiestamente ilegal, no se justifica la medida, o mejor, carece de objeto cuando la norma deja de producir efectos por razón de su derogatoria.

Como a esta última doctrina se acoge la recurrente, es del caso acceder a su petición de levantar la suspensión provisional decretada por el Tribunal, puesto que la norma suspendida fue derogada en forma expresa por el artículo 5º del Acuerdo número 4 de 1988 (mayo 5), pero ello sin perjuicio de que el proceso de nulidad continúe su curso ante el Tribunal de origen.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

Resuelve:

Revócase la orden de suspensión provisional del artículo 9º del Acuerdo 19 de 1987 (diciembre 9) del Concejo Distrital de Bogotá, decretada por auto de 21 de junio de 1988 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

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 DE INDUSTRIA Y COMERCIO.— Prohibición.

SUSPENSION PROVISIONAL. Improcedencia.

Si el acto demandado se refiere a "clínicas o establecimientos" para la salud de las personas, y la norma superior que se considera transgredida se refiere a "hospitales adscritos o vinculados", es necesario un análisis de fondo respecto de tales conceptos, no susceptibles al momento de estudiar la suspensión provisional.

REVOCASE el auto de octubre 16 de 1987 del Tribunal Administrativo del Meta en cuanto decretó la SUSPENSION PROVISIONAL del artículo 3º del Acuerdo 34 de agosto 16 de 1984 del Concejo Municipal de Villavicencio.

El Acuerdo número 3 de 1984 del Concejo Municipal de Villavicencio, en el aparte demandado se refiere a "clínicas o establecimientos para la salud de las personas".

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

Consejera ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación número 2133. Apelación auto de octubre 16 de 1987, proferido por el Tribunal Administrativo del Meta, en juicio de nulidad y suspensión provisional del artículo 3º del Acuerdo número 34 de 1984 del Concejo Municipal de Villavicencio. Actor: Víctor Manuel Rojas Gutiérrez.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la representante judicial del Municipio de Villavicencio, contra el auto proferido por el Tribunal Administrativo del Meta, mediante el cual se decretó la suspensión provisional del artículo 3º del Acuerdo número 34 de 16 de agosto de 1984 del Concejo Municipal de Villavicencio.

Antecedentes:

El Concejo Municipal de Villavicencio expidió el Acuerdo número 34 de 16 de agosto de 1984, mediante el cual fijó las tarifas del impuesto de industria y comercio y en su artículo 3º reguló las tarifas

aplicables a "los establecimientos o actividades de servicios" y allí prescribe que la tarifa para "clínicas o establecimientos para la salud de las personas" es del 2%.

El ciudadano Víctor Manuel Rojas Gutiérrez en ejercicio de la acción pública demandó la nulidad y la suspensión provisional del citado artículo 3º "en la parte que expresa clínicas o establecimientos para la salud de las personas...2%".

Fundamenta la petición de suspensión provisional en la violación a su juicio "manifiesta y ostensible" del artículo 259, numeral 2º, literal d) del Código de Régimen Municipal, según el cual se prohíbe gravar con el impuesto de industria y comercio "los hospitales adscritos o vinculados al Sistema Nacional de Salud", y del artículo 9º del Decreto 356 de 1975, según el cual son entidades vinculadas al Sistema Nacional de Salud "las entidades de derecho privado que prestan servicios de salud a la comunidad por el solo hecho de prestar estos servicios..."

El auto recurrido, además de admitir la demanda, ordenó la suspensión provisional de *todo* el artículo 3º del Acuerdo número 34 de 1984 del Concejo Municipal de Villavicencio por considerar: Que de acuerdo con el artículo 9º del Decreto 356 de 1975, las clínicas y establecimientos para la salud de las personas, son entidades vinculadas al Sistema Nacional de Salud y que de conformidad con la Ley 14 de 1983 y el artículo 259, numeral 2º, literal d) del Código de Régimen Municipal se prohíbe gravar con el impuesto de industria y comercio a los hospitales adscritos o vinculados al citado sistema. Y, como el acto demandado estableció ese impuesto y su tarifa para "las clínicas o establecimientos para la salud de las personas", su ilegalidad es ostensible.

La apoderada del Municipio de Villavicencio interpuso el recurso de apelación que ahora se resuelve y solicita "...revocar totalmente el auto impugnado".

Plantea como argumentos del recurso interpuesto los siguientes:

1. El auto recurrido equipara los conceptos de clínica y hospital.

2. El Decreto 356 de 1975, distingue entre hospitales (universitarios, regionales y locales), y las clínicas y entidades de derecho privado vinculadas al Sistema Nacional de Salud.

3. La prohibición de la Ley 14 de 1983 relacionada con el impuesto de industria y comercio se refiere es a los *hospitales* adscritos o vinculados al citado sistema, pero no a las clínicas.

4. El artículo 183 de la Constitución Nacional prohíbe al Gobierno nacional conceder exenciones sobre impuestos de las entidades territoriales y el artículo 3º de la Ley 2ª de 1963 establece que el impuesto de industria y comercio no podrá ser materia de exención por ninguna entidad distinta de los Municipios y el Distrito Especial de Bogotá, con excepción de los consagrados en las Leyes 26 de 1904 y 20 de 1946, ninguna de las cuales hace referencia a los establecimientos privados vinculados al Sistema Nacional de Salud.

5. El auto recurrido suspendió todo el artículo 3º del Acuerdo cuestionado, mientras que la demanda y la solicitud de suspensión provisional se limitan a la parte relativa a las clínicas o establecimientos para la salud de las personas y su tarifa.

Para resolver se considera:

El artículo 152 del Decreto 01 de 1984, invocado tanto por el demandante, como en la providencia del Tribunal *a quo* aquí cuestionada prescribe que tratándose de una acción de nulidad, la suspensión provisional de los efectos jurídicos de un acto administrativo podrá ordenarse cuando "...haya manifiesta violación de una norma superior que se pueda percibir a través de una sencilla comparación..." y a realizarla procede la Sala, para establecer si la suspensión provisional aquí recurrida fue decretada de acuerdo con dicha norma o no.

El Acuerdo número 3 de 1984 del Concejo Municipal de Villavicencio, en el aparte demandado se refiere a *"clínicas o establecimientos para la salud de las personas"*.

Las normas citadas y consideradas como ostensiblemente violadas, por el auto recurrido se refieren a "...*hospitales adscritos o vinculados al Sistema Nacional de Salud*" (art. 259, numeral 2º, literal d), Código de Régimen Municipal y art. 39, Ley 14 de 1983).

El Decreto 356 de 1975 en su artículo 9º precisa el concepto de entidades vinculadas al Sistema Nacional de Salud y dice que lo son *"las entidades de derecho privado que presten servicios de salud a la comunidad, por el solo hecho de prestarlos"*.

Comparando las anteriores disposiciones con el aparte demandado del citado Acuerdo número 3 de 1984 del Concejo Municipal de Villavicencio, considera la Sala que no surge una manifiesta violación.

1º Porque se hace referencia en el acto demandado a *clínicas o establecimientos* para la salud de las personas, mientras que la norma superior que prohíbe el impuesto de industria y comercio se refiere a *"hospitales adscritos o vinculados"*. Así que para poder establecer si hay o no violación de esta última disposición, es necesario un análisis de fondo respecto de los conceptos de clínica, hospital y establecimientos para la salud, a la luz de nuestra legislación positiva; lo mismo que es necesario el estudio de los conceptos de adscripción y vinculación de las entidades de servicios de salud al sistema, temas regulados en el Decreto 356 de 1975 y en normas posteriores.

Pero todo lo anterior, no es procedente hacerlo en esta oportunidad procesal, sino, que corresponde al fallo de mérito.

Por otra parte, es evidente como lo anota la recurrente que el Tribunal *a quo* se excedió al ordenar la suspensión provisional de *todo* el artículo 3º del Acuerdo número 34 de 1984 del Concejo Municipal de Villavicencio, ya que la demanda y la solicitud de suspensión provisional se limitan a *una parte* de dicho artículo, la relacionada con las clínicas y establecimientos de salud para las personas.

Así las cosas, es del caso revocar el auto recurrido en cuanto ordenó la suspensión provisional del artículo 3º del Acuerdo número 34 de 1984 del Concejo Municipal de Villavicencio.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso,

Resuelve:

Revócase el auto de octubre 16 de 1987 en cuanto decretó la suspensión provisional del artículo 3º del Acuerdo número 34 de agosto 16 de 1984 del Concejo Municipal de Villavicencio.

Se reconoce a la doctora Luz Stella Casasfranco Vanegas como apoderada del Municipio de Villavicencio, según poder otorgado por el doctor Jorge Carmelo Pérez Alvarado, Alcalde Mayor de Villavicencio, que obra al folio 11 del expediente.

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, José Ignacio Narváez García.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

ACTO ADMINISTRATIVO SUSPENDIDO.— Reproducción.

No es jurídicamente posible que la administración proceda a reproducir el acto suspendido, mientras se resuelve el recurso pendiente, pues ello implicaría el desconocimiento y la burla de la decisión judicial de suspensión provisional y con ello se ignoraría la finalidad de la prohibición en cuestión (Reiteración jurisprudencial).

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., veintiuno de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente número 2222. Actor: Pablo Cárdenas Pérez. Asuntos municipales.

El ciudadano Pablo J. Cáceres Corrales, obrando en su propio nombre en este proceso, con apoyo en el artículo 158 del Código Contencioso Administrativo —Decreto 01 de 1984— para solicitar sean suspendidos provisionalmente los apartes pertinentes de los Acuerdos números 15 y 18 de 1987 (diciembre 4 y 9), expedidos por el Concejo del Distrito Especial de Bogotá, en cuanto incluyen como actividad gravable con el tributo de industria y comercio "la fabricación de cigarrillos de tabaco".

Hechos:

Respaldado con la publicación oficial de Acuerdos de 1987, el peticionario indica que en el número 15 destinado a modificar algunos aspectos de la regulación de los impuestos predial y de industria y comercio estableció en el artículo 3º las tarifas de este último gravamen para las actividades industriales, señalando, entre otras la siguiente que impone:

Código actividad:

103 - Fabricación de productos derivados del tabaco . . . . 7 × mil

Y en el Acuerdo número 18 en el cual se fija el presupuesto para la vigencia de 1988 en el artículo 37 se dispone que:

"En concordancia con lo previsto en el Acuerdo número 15 de 1987, a las actividades detalladas a continuación se les aplicará la siguiente tarifa mensual sobre la base gravable:

"Tarifas industriales

"105 Fabricación de productos derivados del tabaco ..... 7 × mil".

Afirma el ciudadano peticionario que el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca primero suspendió y luego anuló el artículo 21 del Acuerdo 21 de 1983 en cuanto gravó con impuesto de industria y comercio la fabricación de cigarrillos de tabaco en consideración a que con tal disposición el Concejo de Bogotá transgredió el texto del artículo 76 de la Ley 14 de 1983 que prohíbe imponer gravámenes distintos al del consumo consagrado en la misma Ley 14.

Estando vigente la citada prohibición del artículo 76 de la Ley 14 de 1983, no podía el Concejo, como ocurrió, gravar la producción de cigarrillos de tabaco mediante reproducción textual y esencial de la norma suspendida y anulada por el Contencioso.

En cuanto a la procedencia de la medida solicitada, se apoya además del mencionado artículo 158 en providencia de la Sección Cuarta de esta Corporación de 1º de julio de 1988 (expediente número 107, Consejera ponente: Doctora Consuelo Sarria Olcos).

Para resolver se considera:

1º Ciertamente consta en este proceso que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante auto de 18 de julio de 1987 decretó "la suspensión provisional del artículo 21 —Código 107— actividad: Fabricación de productos derivados del tabaco, tarifa 7% del Acuerdo 21 de 1983, en cuanto incluye los cigarrillos de tabaco".

2º Encontrándose ante el Consejo de Estado para resolver recurso de apelación, el Concejo de Bogotá expidió los Acuerdos números 15 y 18 los días 4 y 19 de diciembre de 1987 en los cuales, como quedó dicho, se somete al gravamen de industria y comercio a la tarifa mensual del 7 × mil a la "fabricación de productos derivados del tabaco".

3º La Sección Cuarta del Consejo de Estado en providencia de 29 de enero de 1988 confirmó la suspensión provisional dispuesta por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el cual, posteriormente en fallo de primera instancia de 18 de mayo de 1988, decretó la nulidad de la citada disposición "en cuanto incluye los cigarrillos de tabaco", providencia que se encuentra en apelación interpuesta por el señor apoderado del Distrito Especial.

4º *Reproducción de los actos suspendidos.*

La prohibición de reproducir el acto suspendido "tiene por finalidad evitar que se desconozcan las decisiones de las autoridades contencioso administrativas encargadas de ejercer el control judicial de la Administración y opera desde el momento mismo en que éstas se profieran", expresó la Sección Cuarta en la ameritada providencia de 1º de julio de 1988, en la cual también precisó que aunque la Administración interponga los recursos procedentes contra la medida, debe esperar sus resultados "pero no es jurídicamente posible que proceda a reproducir el acto suspendido, mientras se resuelve el re-

curso pendiente, pues ello implicaría el desconocimiento y la burla de la decisión judicial de suspensión provisional y con ello se ignoraría la finalidad de la prohibición en cuestión", fuera de que tal actuación implica la coexistencia de dos actos de igual contenido expedidos con el evidente propósito de que subsista uno si el otro llegare a ser anulado.

Considera la Sala Unitaria que se dan en el presente caso las condiciones previstas en el artículo 158 del Código Contencioso Administrativo para que prospere la solicitud de suspensión de los actos que reprodujeron el suspendido, cuyos textos son exactamente iguales, sin que haya desaparecido la causa de la anulación que fue la transgresión al artículo 76 de la Ley 14 de 1983, artículo que continúa vigente.

Pero además observa que las autoridades distritales incurrieron en desconocimiento de lo dispuesto por el artículo 159 del Código Contencioso Administrativo, que dispone:

"Artículo 159. Obligación de los Alcaldes y Gobernadores.

Los Gobernadores y Alcaldes deberán dar estricto cumplimiento a los artículos 1º, 2º y 3º de la Ley 45 de 1931, respecto a los proyectos de ordenanzas y acuerdos municipales que reproduzcan disposiciones anuladas o suspendidas. Para declarar infundadas las objeciones de los Gobernadores y Alcaldes, en los mencionados casos, se requerirá por parte de las Asambleas y Concejos municipales la mayoría prevista en los citados artículos".

En virtud de esta norma el señor Alcalde está en la obligación de tenerla en cuenta en los proyectos que son de su iniciativa o en los demás, de objetar los respectivos proyectos de acuerdo en cuanto reproducen disposiciones *suspendidas*, no obstante que los artículos 1º y 3º de la Ley 45 de 1931 (incorporados en el art. 124 del Decreto extraordinario 1333 de 1986) hacen mención sólo de los acuerdos u otros actos de los Concejos Municipales *anulados definitivamente* por los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, "porque el artículo 126 del Estatuto Municipal remite en esta materias al Decreto 01 de 1984, en forma completa, o sea, también al citado artículo 159 que prohíbe reproducir las normas simplemente 'suspendidas' ".

En consideración a que estas solicitudes deben decidirse "inmediatamente" (último inciso, art. 158, C. C. A.) se acepta la intervención del peticionario como coadyuvante según el artículo 146 por tratarse de acción de simple nulidad.

En atención a lo expuesto, la Sala Unitaria,

Resuelve:

1º Téngase al ciudadano Pablo J. Cáceres Corrales como coadyuvante en este proceso.

2º Con base en lo dispuesto por el artículo 158 del Código Contencioso Administrativo —Decreto 01 de 1984—, *decrétase* la suspensión provisional de los efectos de los Acuerdos expedidos por el Con-

cejo del Distrito Especial de Bogotá número 15 (diciembre 4) y número 18 (diciembre 9) de 1987, en cuanto reprodujeron la orden de gravar con impuesto de industria y comercio a la *fabricación de cigarrillos de tabaco* dentro de la actividad de "fabricación de productos derivados del tabaco" en los siguientes apartes:

Acuerdo 15 de 1987.

Artículo 3º Tarifas industriales.

Código 103. Fabricación de Productos derivados del tabaco .. .. 7 × mil

Artículo 37.

105 Fabricación de productos derivados del tabaco 7 × mil

3º De conformidad con el segundo inciso del artículo 158 comuníquese y cúmplase inmediatamente.

Notifíquese y cúmplase.

Jaime Abella Zárate.

Jorge A. Torrado T., Secretario.

SENTENCIA DE EXEQUIBILIDAD.— COSA JUZGADA. Efectos.

La decisión de exequibilidad produce efectos de cosa juzgada en relación con los preceptos constitucionales y legales confrontados. Invocadas como violadas normas distintas a las inicialmente confrontadas, se impone el análisis de fondo de la disposición enjuiciada frente a esta nueva normatividad.

CONCEJO MUNICIPAL. Competencia. ENTIDADES DESCENTRALIZADAS MUNICIPALES. Creación.

Si los Concejos municipales pueden crear entes descentralizados para la prestación de un servicio, aquéllos no están renunciando a sus atribuciones, sino que están asignando unas funciones a una institución que es obra suya, que le sigue sometida; y esa vinculación no desaparece por más que se le haya pretendido dar al establecimiento la estructura de persona privada, porque éste pertenece a la persona de derecho público que lo creó, la que puede no solamente modificar su reglamentación, sino prescindir de ella para asumir directamente la prestación del servicio que se le había confiado.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., veinticinco de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Samuel Buitrago Hurtado.*

Referencia: Expediente número 840. Actor: Hospital Manuel Uribe Angel de Envigado.

El señor Fiscal del Tribunal Administrativo de Antioquia y el apoderado del Hospital Manuel Uribe Angel del Municipio de Envigado interpusieron recurso de apelación contra la sentencia de 20 de noviembre de 1987 de dicho Tribunal en la cual se declara probada la excepción de cosa juzgada. La demanda solicita la nulidad del Acuerdo número 016 de 3 de febrero de mil novecientos ochenta y cinco emitido por el Concejo Municipal de Envigado y que, en consecuencia el Acuerdo número 018 de 17 de junio de 1943 emanado del mismo Concejo y por medio de aquel derogado, continúe vigente. Pide en subsidio que se declare la nulidad de los artículos segundo y tercero del Acuerdo número 16 de mil novecientos ochenta y cinco del Concejo de Envigado.

I. Los *hechos* de la demanda se sintetizan así:

1. El Municipio de Envigado creó, mediante el Acuerdo número 18 de 17 de junio de 1943, el Hospital Manuel Uribe Angel "ente moral que sería investido de la correspondiente personería jurídica de derecho privado, dotado de patrimonio propio, administración y personería propia".

2. Habiendo funcionado de *facto* durante varios años, obtuvo su personería jurídica por Resolución número 090 de 15 de junio de 1964 de la Gobernación de Antioquia.

3. Desde entonces quedó sujeto a sus propios estatutos, sometido a la vigilancia de la Superintendencia de instituciones de utilidad común, sin que su personería se haya extinguido, ni la persona disuelta ni liquidada.

4. Según los estatutos, la dirección y la administración del hospital están a cargo de la junta directiva, del consejo técnico y del médico director.

5. "En los primeros días del año en curso, el Concejo del Municipio de Envigado dio en desconocer las normas jurídicas vigentes sobre la materia, y en acto impropio de sus competencias, expidió el Acuerdo número 016 de 3 de febrero de 1985 por medio del cual se deroga el Acuerdo número 018 de junio 17 de 1943" que dio origen al Hospital Manuel Uribe Angel, y diciendo hacer uso de atribuciones legales, dispuso que el patrimonio de la institución pasara a formar parte del presupuesto del Municipio de Envigado creando para el efecto un fondo de destinación especial y una junta para la administración y disposición de tal fondo.

6. "En esta forma, por medio de un acuerdo municipal, se pretende extinguir la persona jurídica anotada y disponer la apropiación de los bienes que conforman su patrimonio, para el Municipio de Enbigado (sic)".

Señala el actor como violadas las siguientes normas: De la Constitución Nacional, los artículos 44, 30, 120-19, 197-4 del Código Civil; los artículos 633, 638, 641, 650, 649, 652 y 669 en concordancia con el 873 así como el artículo 169, numerales 11 y 19 del Código de Régimen Político y Municipal.

El Tribunal *a quo* admitió la demanda y en el transcurso del proceso el demandante apeló el auto admisorio que denegaba la suspensión provisional del acto acusado, providencia que fue confirmada por el superior. Posteriormente, la apoderada judicial del Municipio de Envigado, en escrito enviado el 21 de julio de 1986 manifiesta que el Gobernador del Departamento de Antioquia había enviado al Tribunal Administrativo "el Acuerdo municipal número 016 del Concejo de Envigado, para que deduciera (sic) sobre su exequibilidad". Habiendo este Tribunal fallado la validez del acto el 28 de febrero de 1986, la memorialista para sustentar la petición que más adelante hace, dice que "de lo expuesto, me permito adjuntar fotocopia de la desición (sic) del Tribunal Administrativo de Antioquia". La peticionaria solicita "que se declare la nulidad de todo lo actuado ya que nos encontramos ante la presencia de la causal señalada en el nu-

meral 3º del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil", que dice: "*Nulidades procesales:* 3. Cuando el Juez procede contra providencia ejecutoriada del Superior..." La petición, atacada por el apoderado del demandante "por partir de una elemental confusión de situaciones jurídicas", fue desechada por el Tribunal. Finalmente, ese Despacho concluyó la instancia mediante fallo de 20 de noviembre de 1987 en cuya parte resolutiva dispuso, sin hacer alusión a las peticiones de la demanda, declarar probada la excepción de cosa juzgada.

En el Consejo la instancia ha sido tramitada con sujeción al ordenamiento legal, siendo el momento oportuno para entrar a decidir el recurso. Para ello, la Sala hace las siguientes:

Consideraciones:

En la providencia que ha sido objeto de apelación el Tribunal Administrativo de Antioquia declaró probada en el proceso la excepción de cosa juzgada. Y llega a esa conclusión con fundamento en que la misma corporación en providencia de 28 de febrero de 1986 declaró exequible el acuerdo cuestionado y esa declaratoria supone la validez de la disposición demandada careciendo por consiguiente de competencia para pronunciarse ahora sobre la validez o invalidez del mismo acuerdo.

Los apelantes que son el señor Fiscal Primero del Tribunal Administrativo de Antioquia y el demandante al sustentar el recurso se expresan, resumiendo, así:

El primero de los citados insiste en que no se reúnen en el proceso los requisitos del artículo 332 del Código de Procedimiento Civil para establecer la identidad exacta de objeto y causa puesto que la acción presente no es la misma facultad ejercida por el Gobernador sino la del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, y fuera de eso, la demanda contiene elementos no resueltos en el fallo; que además las partes no son las mismas pues en este proceso ejerce la acción la persona directamente perjudicada con el acuerdo al paso que el Gobernador al hacer uso de la regla constitucional no sufre perjuicio económico, administrativo o funcional. Dice luego que al obtener el hospital su personería jurídica el establecimiento público creado por el Acuerdo de 1943 y el mismo hospital se fundieron en una sola persona y que por lo mismo al convertirse los estatutos en ley de esa persona jurídica, se volvieron también obligatorios, "con fuerza de ley", para la institución, para el sistema nacional de salud y para el Concejo de Envigado. Que aceptando en gracia de discusión que el Concejo de Envigado podía derogar el acuerdo de fundación del hospital, la persona jurídica adscrita al Sistema Nacional de Salud, con sus bienes sobrevive y, consecuencialmente, se violan los estatutos, las normas del Sistema Nacional de Salud y se expropian sin fórmula de juicio bienes titulados legalmente a una persona jurídica distinta del Municipio. Y termina el señor Fiscal insistiendo en su tesis de que el Concejo Municipal de Envigado al disponer de los bienes de una persona jurídica, violó el Decreto 056 de 1975 sobre la organización de la Salud.

Y el demandante al glosar la decisión del Tribunal comenta el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil y dice que el Tribunal luego de reconocer que las partes no son obviamente las mismas, viene a argumentar que la "muy *sui géneris* acción que ejercita el Gobernador del Departamento" hace innegable que la demanda de dicho funcionario es una especie entre las de nulidad que puede instaurar cualquier persona de acuerdo con el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo y cuya decisión o fallo tiene efectos *erga omnes* según el artículo 332 y el 175 del mencionado Código. Que el Tribunal tiene por reformados los artículos 84, 128, 132 y 206 del Código en mención en el sentido de excluir de la acción de nulidad y de la doble instancia, los actos municipales que en ejercicio del trámite de revisión son sometidos a su decisión, al dar por sentado que esa revisión de los acuerdos municipales constituye sentencia que produce efectos *erga omnes* de cosa juzgada en única instancia, "de forma que cualquier acción de nulidad propuesta sobre bases similares por terceras personas, sucumbe ante la excepción perentoria anotada". Dice así mismo el demandante que interpretado por el Tribunal que lo del Gobernador es una demanda y que éste constituye parte, es explicable que venga a decir que lo propuesto por el mencionado funcionario 'es una especie entre las de nulidad que puede instaurar cualquier persona', lo que sería entonces una especie de juicio ordinario con trámite breve y sumario, sin posibilidad para los que intervienen de formular alegatos y con decisión apresurada. Dice luego el apelante, que el Hospital Uribe Angel no es un establecimiento público sino una persona jurídica de derecho privado creada con aportes dispuestos por el Concejo Municipal de Envigado, mas no a manera de brazo de la administración, sino como una auténtica institución de asistencia social por lo cual no está al alcance de la competencia del Concejo extinguirlo para adueñarse de su patrimonio como el acuerdo acusado pretende, concluyendo que al "sustituir el procedimiento ordinario de la acción de nulidad, con las oportunidades de acción y defensa, por la breve y sumaria revisión del acuerdo remitido por el Gobernador para examen de validez, es cercenar trámites que están erigidos en garantía para las partes y reducir hasta la más estrecha interpretación el ámbito de la acción de nulidad en estos casos".

El señor Agente del Ministerio Público en su concepto de fondo también considera equivocado el raciocinio del Tribunal, pues no se trataba de aplicar el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil siendo que entre éste y el artículo 121 del Código de Régimen Político y Municipal existe una gran diferencia ya que mientras el primero habla de los requisitos para que se dé la figura (el mismo objeto, la misma causa e identidad jurídica de partes), el estatuto municipal se refiere a los *"efectos"*, es decir, que no puede volver a ser debatida la misma materia y ante el mismo Tribunal; no se pueden volver a estudiar los preceptos constitucionales o legales que el Gobernador citó como violados porque el artículo 121 del Decreto 1333 de 1986 le atribuyó al fallo expedido con motivo de la objeción del Gobernador el efecto de cosa juzgada y no porque se haya configurado la cosa juzgada de que habla el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil. El estatuto que se debía aplicar, agrega, es el Decreto 1333 de 1986, pero de todas maneras el Tribunal no estudió individualmente los

cargos formulados por el actor, debiendo hacerlo, por lo que por este aspecto procede la revocatoria de la providencia recurrida y el artículo 121 del estatuto en mención, dice, no permite volver a estudiar y fallar aquellos preceptos constitucionales o legales que el Gobernador citó como violados, pero varios de los que son fundamento de la acción pública instaurada por el demandante sí debieron ser estudiados al momento de proferir el fallo, lo que hace palpable claramente la gran omisión en que incurrió el Tribunal.

Al entrar el señor Fiscal al análisis del problema de fondo opina que las pretensiones de la demanda deben ser negadas puesto que, "de las pruebas aportadas al proceso y que sirven de fundamento para que el citado Hospital sea considerado como un ente de derecho público obra copia del Acuerdo 18 de 1943 en el que se habla de que se funda un hospital 'con las especificaciones y servicios que fijará su junta directiva', y aunque no se consagró la naturaleza jurídica de la misma sí se aprobó un *auxilio* nacional para su construcción de $ 3.000 y un *aporte* municipal de $ 1.500; además se proporcionó el lote que adquirió el Municipio a un particular y se dispuso que su Junta Directiva se iba a conformar de acuerdo con lo dispuesto para la época, en el Decreto ejecutivo 111 de 1928; todos estos elementos reunidos en un sólo acto deben ser interpretados como una intención inequívoca, por parte del Municipio de Envigado, de crear un ente para prestar servicio público de asistencia hospitalaria que es uno de los renglones del servicio público que está a cargo del Estado por principio". Y sigue diciendo el señor Fiscal: "...el hecho de que al Hospital de marras le haya sido reconocida personería jurídica como ente del derecho privado no puede ser fundamento jurídico para considerar modificada la naturaleza que desde un comienzo se le dio, cual fue la de un establecimiento de asistencia social del Municipio de Envigado creado por iniciativa del Concejo Municipal, con aportes públicos (nacionales y municipales), sobre un bien inmueble de propiedad del municipio y con el exclusivo fin de prestar un servicio público como es la salud... Y menos se desvirtúa su naturaleza de persona de derecho público si se tiene en cuenta que al expedir sus estatutos mediante el Acuerdo 1 de 1964, su Junta Directiva lo definió como un establecimiento asistencial de tipo general para pacientes gratuitos y con enfermedades agudas, constituido por voluntad del Concejo, con personería jurídica, patrimonio propio, fines definidos, etc.".

Y concluye el señor Fiscal expresando que conforme el análisis que ha hecho quedan sin piso los cargos formulados, pues el acto acusado no estaría desconociendo garantías como la de la libre asociación, puesto que el acto creador fue el Acuerdo de 1943; y tampoco se estaría desconociendo la propiedad privada pues la Administración estaría disponiendo de sus propios bienes, no de los particulares como lo sostiene el actor, ni todo el régimen de asociaciones del derecho civil, puesto que nunca se configuró una persona de este carácter.

La Sala comparte los puntos de vista del señor Agente del Ministerio Público no siendo ello óbice para que agregue las siguientes argumentaciones:

Conforme el numeral 8º del artículo 194 de la Constitución Nacional son atribuciones del Gobernador del Departamento, "revisar los actos de los Concejos Municipales y de los Alcaldes y por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad remitirlos al Tribunal competente para que decida sobre su validez" (Acto legislativo número 1 de 1986, art. 4º).

En desarrollo de la norma constitucional transcrita tanto la Ley 11 de 1986 como el Decreto-ley 1333 del mismo año fijaron las reglas a observar por el señor Gobernador cuando quiera que éste encontrare que el acuerdo que revisa es contrario a la Constitución, la ley o la ordenanza. El último de los estatutos citados en sus artículos 119, 120 y 121 señala el procedimiento a seguir en dichos casos prescribiendo el artículo 121 en relación con el escrito que debe enviar el Gobernador con los requisitos y documentos de que habla el artículo 120, lo siguiente:

"1º Si el escrito reúne los requisitos de ley, el Magistrado sustanciador ordenrá que el negocio se fije en lista por el término de diez días (10) durante los cuales el fiscal de la corporación y cualquiera otra persona podrán intervenir para defender o impugnar la constitucionalidad o legalidad del acuerdo y solicitar la práctica de pruebas.

"2º Vencido el término de fijación en lista se decretarán las pruebas pedidas por el Gobernador y los demás intervinientes. Para la práctica de las mismas se señalará término no superior a diez (10) días.

"3º Practicadas las pruebas pasará el asunto al despacho para fallo. El Magistrado dispondrá de diez (10) días para la elaboración de la ponencia y el Tribunal de otros diez (10) días para decidir. *Contra esta decisión, que produce efectos de cosa juzgada en relación con los preceptos constitucionales y legales confrontados, no procederá recurso alguno*" (Se subraya).

El Tribunal Administrativo de Antioquia, como consta en autos, a petición del Gobernador de ese Departamento, quien obró en ejercicio de la atribución que le confería el artículo 194 antes citado, decidió el 25 de febrero de 1986 sobre la exequibilidad del Acuerdo número 016 expedido por el Concejo Municipal de Envigado el 31 de enero de 1985, acto éste que es el mismo que ha sido objeto de impugnación ante esta jurisdicción en acción de nulidad. El Tribunal determinó que el acuerdo en mención era exequible.

Apoyado en la decisión de exequibilidad y con fundamento en el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil no obstante hacer clara referencia en el fallo al artículo 121 del Código de Régimen Municipal, declara probada en el juicio la excepción de cosa juzgada por considerarse carente de competencia para pronunciarse sobre la validez o invalidez del Acuerdo número 016 del Concejo Municipal de Envigado declarado exequible desde el 28 de febrero de 1986 como se ha dicho.

Pero tal como lo expresa el señor Agente del Ministerio Público, a tono con lo que dispone el artículo 121 del Decreto-ley 1333 de 1986, la decisión de exequibilidad produce efectos de cosa juzgada en rela-

ción con los preceptos constitucionales y legales confrontados, condición que no se da en el caso presente por cuanto las normas confrontadas en la providencia del Tribunal de fecha 28 de febrero de 1986, fueron los artículos 44 y 197 de la Constitución Nacional; 169 y 171 de la Ley 4ª de 1913 y el artículo 633 del Código Civil. Por manera que con relación a estas disposiciones la decisión de exequibilidad produce los efectos de la cosa juzgada y, por lo mismo, no procede recurso alguno contra ella.

Pero como en la demanda instaurada por el Hospital Manuel Uribe Angel además de esas disposiciones se invocaron como violados los artículos 637, 638, 641, 650, 649, 652, 669 y 873 del Código Civil, se imponía en este juicio el análisis de fondo del Acuerdo enjuiciado frente a esta normatividad. Pero para ello es menester recordar que el artículo 197 de la Constitución en su numeral 4º dice que son atribuciones de los Concejos, que ejercerán conforme a la ley, las siguientes:

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

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha aceptado en reiteradas ocasiones que si los Concejos Municipales pueden crear entes descentralizados para la prestación de un servicio, los dota de un patrimonio para que realice sus fines y los faculta para darse un reglamento que rija su funcionamiento, ciertamente que no está prescindiendo de sus atribuciones constitucionales o legales, sino que precisamente las está ejerciendo delegando en un ente de su propia creación algunas de sus funciones para hacer más expedita y eficiente la Administración; no está renunciando de sus atribuciones, sino que está asignando unas funciones a una institución que es obra suya, que le sigue sometida, porque es una dependencia de la Administración Pública, y que así como la pudo crear, la puede suprimir en cualquier momento. Y aquí radica precisamente la diferencia sustancial que existe entre el establecimiento público y el establecimiento de origen privado, verbigracia el establecimiento de utilidad común de origen privado, ya que mientras en éste el fundador queda extraño a la fundación y su voluntad solamente permanece en los fines de ella o en los estatutos que él mismo le hubiere dictado, en cambio los establecimientos públicos quedan siempre dependientes de su fundador, en este caso el Concejo Municipal de Envigado, que así como pudo crear el Hospital Manuel Uribe Angel, lo podía suprimir en cualquier momento. Y esa vinculación no desaparece por más que se la haya pretendido dar al establecimiento la estructura de persona privada, porque el establecimiento pertenece a la persona de derecho público que lo creó, la que puede no solamente modificar su reglamentación, sino prescindir de ella para asumir directamente la prestación del servicio que se le había confiado.

Lo cierto es que en nuestro régimen institucional los establecimientos públicos sólo pueden darse su propia administración, mas no su propio derecho. El Hospital Manuel Uribe Angel conforme el acuerdo que lo creó es un ente de carácter público, un establecimiento público hospitalario de asistencia social; no es una corporación o

fundación como se sostiene en la demanda de carácter privado, puesto que no tuvo origen en personas particulares, circunstancia que descarta la invocación de la normatividad del Código Civil específicamente la agrupada en el Título XXXVI del Libro Primero y artículos 669 y 873 del Código Civil, como fundamento jurídico para impetrar la nulidad del Acuerdo número 016 de 1985 del Concejo Municipal de Envigado, máxime que el artículo 635 de la misma obra dice que "las sociedades industriales no están comprendidas en las disposiciones de este Título; sus derechos y obligaciones son reglados según su naturaleza, por otros títulos de este Código y por el Código de Comercio.

"Tampoco se extienden las disposiciones de este título (arts. 633 a 652) a las corporaciones o fundaciones de derecho público, como los establecimientos que se costean con fondos del Tesoro Nacional".

Ahora bien, los artículos 669 que define el dominio, y el 873 que se refiere a la extensión en que se concede el derecho de uso de habitación, juzga la Sala que, acorde con lo que aquí se ha dicho, su violación no se aprecia por parte alguna.

Por último, en cuanto a los alcances de la exequibilidad, es cierto que ese término significa lo que se puede hacer, conseguir o llevar a efecto, y por este aspecto dicho vocablo hace referencia en cuanto a los Acuerdos de los Concejos Municipales, a su procedencia constitucional o legal. Y así, la decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia contenida en la providencia de 28 de febrero de 1986, tiene esos alcances en cuanto a la normatividad confrontada en ella a términos del artículo 121 del Código de Régimen Político y Municipal (Decreto-ley 1333 de 1986), mas no con relación a las demás normas invocadas en la demanda, se repite, ajenas a ese escrutinio.

Consecuente con lo anteriormente expuesto la Sala habrá de revocar la providencia recurrida para en su lugar declarar probada la excepción de cosa juzgada en relación con los artículos 44 y 197, numeral 4º de la Constitución Nacional; 169 y 171 de la Ley 4ª de 1913 y el artículo 633 del Código Civil confrontados en la providencia de 28 de febrero de 1986 del Tribunal Administrativo de Antioquia, normas también citadas como violadas en la demanda que dio origen al presente proceso. Y con relación a las demás normas de estirpe civil invocadas por el demandante, se negarán las peticiones del actor.

Y en tal virtud, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, de acuerdo con el concepto del señor Fiscal Primero de la Corporación y 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 de Antioquia el 20 de noviembre de 1987.

2º *Declárase probada la excepción de cosa juzgada* en relación con los artículos 44 y 197, numeral 4º de la Constitución Nacional; artículos 169, numeral 19 y 171 de la Ley 4ª de 1913 y el artículo 633 del Código Civil.

3º *Niéganse* las demás peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El fallo anterior lo discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día 25 de noviembre de 1988.

Samuel Buitrago Hurtado, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

JUNTA METROPOLITANA.— SUSPENSION PROVISIONAL. ACUERDO MEROPOLITANO.

La norma superior frente al acto acusado hace patente el quebranto, pues analizando debidamente todas las funciones que competen a la Junta Metropolitana, se vé solamente un caso en el cual dicha Junta puede autorizar al Alcalde Metropolitano para una gestión allí determinada.

SE CONFIRMA EL AUTO APELADO que decreta la SUSPENSION PROVISIONAL del Acuerdo metropolitano número 006 de marzo 9 de 1988.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., veinticinco de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Samuel Buitrago Hurtado.*

Referencia: Expediente número 1046. Actor: Blas Enrique Gil.

Ante esta Corporación ha llegado, en virtud del recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial del Municipio de Bucaramanga así como por un interviniente en el proceso, el auto emanado del Tribunal Administrativo de Santander en el cual se admite la demanda y se decreta la suspensión provisional en juicio de nulidad promovido por Blas Enrique Gil Monsalve contra el Acuerdo metropolitano número 006 de marzo 9 de 1988.

El acto acusado y suspendido:

El acto administrativo acusado es el Acuerdo metropolitano número 006 de marzo 9 de 1988, por medio del cual se modificó el artículo 2º del Acuerdo metropolitano número 002 de 24 de febrero de 1987 y se facultó al Alcalde metropolitano para que, previo concepto de la Junta de Planeación Municipal, autorice el funcionamiento provisional en otro sitio de la ciudad de las empresas de transporte que actualmente están establecidas en el Parque Centenario, hasta tanto la Administración defina y ponga en servicio la terminal de transportes. Además de demandar su nulidad, se solicita la suspensión provisional del mismo. Señala el actor como norma superior violada, el artículo 354 del Decreto 1333 de 1986 por el cual se expidió el Régimen Municipal. El citado artículo 354 determina, especificándolas detalladamente, las funciones de la Junta metropolitana de las

cuales el actor destaca los literales c) y d) del primer numeral denominado "De planificación", para explicar que la creación de las áreas metropolitanas obedecía a la finalidad del Ejecutivo de crear un cuerpo con autoridad por encima de los municipios que les trazara pautas *generales* (subraya él) sobre los aspectos relacionados en el artículo correspondiente. Pero, como excepción al principio según el cual las juntas metropolitanas no pueden reglamentar asuntos específicos de un determinado municipio, establece en el literal d) del numeral 6º del mismo artículo 354, una autorización al Alcalde metropolitano "de manera general para celebrar contratos y en forma especial para negociar empréstitos y enajenar bienes metropolitanos".

Lo dicho por el Tribunal:

El Tribunal *a quo*, sustentando su decisión de suspender provisionalmente el acto acusado, dice que "el Alcalde fue autorizado para autorizar algo que no está contemplado en el numeral 6º, literal d) y que conforme al numeral 1º, literales c) y d) es competencia de los municipios".

Consideraciones de la Sala:

Es patente la claridad de la norma pertinente cuando establece que "si la acción es de nulidad, basta que haya manifiesta violación de una norma superior, que se pueda percibir a través de una sencilla comparación, o del examen de las pruebas aportadas". Lo que equivale a decir en palabras igualmente claras, que colocando la norma superior frente al acto acusado debe aparecer patente el quebranto. Y esto resulta tan evidente en el caso *sub exámine* que, analizando detalladamente todas las funciones que competen a la Junta metropolitana constantes en el artículo 354 del Código de Régimen Municipal, se ve solamente un caso en el cual dicha Junta puede autorizar al Alcalde metropolitano para una gestión allí determinada como es la de celebrar contratos, negociar empréstitos y enajenar bienes metropolitanos. No le atribuye el estatuto discrecionalidad alguna a dicha Junta para asuntos diferentes. Y es diferente la materia del Acuerdo *sub júdice*. Es tan obvia la agresión a la norma superior por parte del acto acusado, que la Junta Metropolitana de Bucaramanga al fundamentar su Acuerdo, dice genéricamente "en uso de las atribuciones conferidas por el Decreto 1333 de 1986" sin especificar cuál o cuáles de los trescientos ochenta y seis artículos de dicha codificación le da esas atribuciones, o al menos de las indicadas en el artículo 354 en comento.

No se hará alusión en esta providencia a las alegaciones sustentadas por los apoderados e intervinientes por cuanto, para establecer el parangón exigido por el Código Contencioso Administrativo, no se debe recurrir a puntos de vista y confrontaciones jurídicas o semánticas de los contendientes a propósito de las normas atacadas o de los actos defendidos así sean dichas intervenciones, como deben serlo, muy valiosas, tal como ameritan las tesis controvertidas. Si así se hiciere, se desvirtuaría el carácter de "sencilla comparación" que la norma exige para tomar la medida. No es otra cosa lo que el Tribunal

de lo Contencioso Administrativo de Santander ha hecho y que el superior encuentra jurídicamente respaldable. Lo anterior, dentro de los estrechos límites en que la ley encuadra una medida que es apenas parte contingente del proceso.

Por lo anterior, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

Confirma el auto apelado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La providencia anterior la discutió y aprobó la Sala en su sesión de fecha 25 de noviembre de 1988.

Samuel Buitrago Hurtado, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Ausente; *Guillermo Benavides Melo, Simón Rodríguez Rodríguez.*

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

MONOPOLIO DE LICORES.

En el artículo 31 de la Carta hay que distinguir entre el "establecimiento" del monopolio que corresponde a la ley y su "aplicación" que depende de la determinación de la administración departamental o territorial al escoger entre el impuesto de consumo o el sistema de monopolio.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., nueve de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja.*

Expediente número 995. Actor: Eduardo Enríquez Maya.

Se resuelve de plano el recurso de apelación interpuesto por el demandante, contra el auto de 15 de junio del corriente año, por medio del cual el Tribunal Contencioso Administrativo de Nariño, denegó la suspensión provisional del Acuerdo número 005 de 29 de enero de 1988, proferido por el Concejo Intendencial del Putumayo.

Suspensión provisional:

La aplicación de tal medida fue solicitada y sustentada de modo expreso en la demanda, con fundamento en que el acto cuestionado es violatorio, en forma ostensible, de los artículos 30, 31 y 34 de la Constitución Nacional, "porque estos preceptos garantizan la *propiedad privada* y prohíben la *confiscación*. Si bien es posible que la ley establezca monopolios, como arbitrios rentísticos, solamente pueden ser desarrollados en la medida en que sean indemnizados los particulares que quedan privados de una industria lícita". Agrega el demandante, que el acto acusado *"nada dice* sobre la indemnización de los particulares que distribuyen licores en el Putumayo..." Además sostiene lo siguiente:

"El monopolio que se crea como lo dice el artículo 31 de la Carta, necesita del cumplimiento de tres requisitos sin los cuales carece de legalidad: 1. Debe existir una ley del Congreso, o un decreto-ley con base en expresa autorización. 2. Debe establecerse como arbitrio rentístico y, 3. Sólo puede aplicarse cuando 'hayan sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de ella deban quedar privados del ejercicio de una industria lícita' ".

Decisión del Tribunal de instancia:

Denegó la suspensión provisional con el siguiente análisis:

"...la contradicción entre el acto acusado y las normas superiores violadas, no surgen a primera vista, ya que es menester allegar o aportar al proceso algunas pruebas, principalmente las mencionadas por el actor en el acápite correspondiente. Además y en tales condiciones, la decisión no podrá tomarse sin previo estudio de fondo y, este no es el momento procesal oportuno para enfocar aspectos de indiscutible importancia, siendo la sentencia definitiva, el momento adecuado para fijar el pensamiento del juzgador sobre situaciones de hecho y consideraciones de derecho en que se apoya el demandante para impugnar el acto.

"La anterior consideración es suficiente para descartar la viabilidad de la suspensión provisional en el presente proceso".

El recurso de apelación:

Lo sustenta el demandante en el sentido de que es clara y manifiesta la transgresión de la norma superior, puesto que, a través del texto del acto acusado "se reglamenta dentro de la Intendencia Nacional del Putumayo el monopolio de producción, introducción y venta de licores destilados, el cual será ejercido por el Fondo Rotatorio de Licores del Putumayo, privando de este modo de una industria lícita a los particulares que venían ejerciendo o desarrollando tales actidades".

Repite que en el acto administrativo cuestionado "nada se dijo sobre indemnización", y que el artículo 30 de la Constitución Nacional establece un privilegio para la propiedad privada, derecho que no puede ser desconocido por leyes posteriores, salvo por motivos de utilidad pública o interés social previa la tramitación de un proceso judicial y el pago de la indemnización correspondiente. Y que "al ordenarse un atropello de tal naturaleza lo que produce en la práctica es una confiscación, y ésta al tenor del artículo 34 de la Carta está absolutamente prohibida".

Consideraciones de la Sala:

Sea lo primero anotar, que en el caso de autos, el único análisis posible es el que se desprende de las peticiones del demandante y ahora recurrente, por cuanto la negativa a sus peticiones no tuvieron o merecieron, en la providencia recurrida, ningún análisis que permita a esta Corporación conocer la razón de dicha determinación. No basta, para denegar la suspensión provisional, manifestar escuetamente que "la contradicción entre el acto acusado y las normas superiores violadas no surge a primera vista"; es menester, sin necesidad de análisis profundos, expresar, eso sí, la razón de la expresada afirmación.

Dice el actor que en el caso de autos, el Acuerdo número 005 de 29 de enero de 1988, sancionado el 3 de febrero siguiente, es violatorio de las normas de carácter constitucional anteriormente citadas, por cuanto el artículo 30 establece un privilegio para la propiedad privada

que sólo puede ser desconocido por motivos de utilidad pública o interés social, previa la tramitación de un proceso judicial y el pago de la indemnización correspondiente; el 31 que consagra la indemnización para los individuos que en virtud de una ley deban quedar privados del ejercicio de una industria lícita; y el artículo 34, por cuanto el atropello de la disposición anterior produce la violación de éste ya que equivale a imponer una pena de confiscación.

Sobre el particular observa la Sala, que en el artículo 31 de la Carta invocado en la demanda hay que distinguir entre el *establecimiento* del monopolio que corresponde a la ley y su *aplicación* que depende de la determinación de la administración departamental o territorial al escoger entre el impuesto de consumo o el sistema del monopolio, tal como lo prevé la Ley 11 de 1983 y el Decreto extraordinario número 0469 de 1986.

El establecimiento del monopolio corresponde entonces a un ordenamiento legal vigente y su regulación por parte de la administración departamental o territorial tiene asidero en los dictados del decreto supracitado expedido en uso de las facultades concedidas al Ejecutivo por la Ley 22 de 1985, por medio del cual se autorizó a las Intendencias y Comisarías para regular el monopolio de licores en sus territorios, desarrollado en este caso por medio del Acuerdo 005 de enero de 1988 del Concejo Intendencial del Putumayo. Surge así, la indiscutible legalidad y constitucionalidad del acto acusado en cuanto decidió optar por el monopolio conforme al decreto citado.

Por lo que hace a lo que el actor califica de violación clara de la Constitución (arts. 30, 31 y 34 de la C. N.), ya esta Sala tuvo oportunidad de pronunciarse respecto a la providencia del Tribunal del Valle, citada en la demanda aquí instaurada, en un caso similar, en respaldo de su solicitud de suspensión provisional. En aquella oportunidad se decidió revocar el auto respectivo con la salvedad relacionada con el monopolio de los vinos extranjeros que se incluían entre los licores objeto de monopolio, considerando que la cuestión planteada implicaba un estudio de fondo propio de la sentencia y no a través de tal medida precautelativa que impone la clara y ostensible violación de norma superior que no se observa en el *sub lite* a primera vista.

Es así, como en la providencia de noviembre 22 del año en curso, pronunciada en el expediente 978 en términos que cobran valor en el caso *sub júdice*, la Sala dijo (Publicado en Extractos, noviembre de 1988), entre otras cosas lo siguiente:

"(...) es natural que la introducción y comercialización de licores destilados sea por cuenta del departamento quien podrá disponer de medios eficaces para desarrollarla a través del mecanismo operativo que considere más adecuado.

"El monopolio ha sido de antemano establecido en la ley y los departamentos pueden optar por él, cuando lo estimen conveniente, ciñéndose a la preceptiva del artículo 31 de la Constitución Nacional que presupone la previa indemnización, a partir del momento en que

se pretenda hacerlo efectivo, teniendo en cuenta las distintas situaciones particulares que se presenten al darle aplicación a la ordenanza que así lo disponga.

"Tampoco acierta el Tribunal al estimar a primera vista inconstitucional el parágrafo de dicho artículo 4º, si se tiene en cuenta que la finalidad allí determinada se contrae a facilitar el cumplimiento del monopolio del departamento referente a la introducción y comercialización de licores destilados, por medio de instrumentos viables de compra de las existencias de licores que haya en el departamento y se hubiese pagado impuesto de consumo. Se prevé una o varias modalidades de pago e inclusive, un plazo para la venta de tales licores tendientes a propiciar la entrada en vigor del monopolio establecido sin que estas modalidades impliquen el quebrantamiento de la Constitución".

"(...) Conviene anotar, por último, que como se relaciona en el Capítulo II de esta providencia, las partes han planteado profundos conceptos jurídicos sobre algunos aspectos de la materia *sub júdice* los cuales corresponde analizar de fondo en la sentencia y no en este trámite inicial, de la solicitud de suspensión provisional del acto acusado, que impone para ser decretada precisamente una clarísima violación de la norma superior, no susceptible de los debates interpretativos de que aquí se ha hecho gala. El artículo 152 del Código Contencioso Administrativo exige que la violación surja nítidamente de la simple comparación entre el acto acusado y la norma que se dice quebrantada, lo cual no sucede en el caso *sub lite* a excepción de lo dicho sobre el parágrafo del artículo 4º de la ordenanza demandada, frente a una definición de hondas implicaciones de interpretación constitucional".

Son suficientes las anteriores consideraciones para que el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

Resuelva:

Confirmar el auto apelado.

Ejecutoriada esta providencia, vuelva el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha siete de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Samuel Buitrago Hurtado, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

SUSPENSION PROVISIONAL.— Sustentación.

No es suficiente para un pronunciamiento sobre suspensión provisional que el pedimento de ésta se fundamente en la escuenta manifestación de que los argumentos esgrimidos para ello se encuentran consignados en el cuerpo mismo de la demanda.

REVOCA LA SUSPENSION PROVISIONAL de los efectos del Acuerdo número 001 de abril 9 de 1988 del Concejo Municipal de Circacia (Quindío), ordenada en auto de septiembre 28 de 1988, del Tribunal Administrativo del Quindío.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., diecinueve de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Simón Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Proceso número 1049. Demandante: Omar Rivillas Pineda.

Se resuelve de plano el recurso de apelación interpuesto por el impugnante contra el auto de 28 de septiembre del corriente año, por medio del cual el Tribunal Contencioso Administrativo del Quindío, dentro del proceso de nulidad contra el Acuerdo número 001 de 19 de abril de 1988, proferido por el Concejo Municipal de Circasia, decretó la suspensión provisional de éste.

Suspensión provisional:

Bajo este acápite de la demanda, se limitó el libelista, fuera de transcribir el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, a solicitar la aplicación de dicha medida cautelar con el consiguiente y único planteamiento:

> "Como a lo largo del concepto de la violación expuesto en la demanda, se ha reflejado la manifiesta violación de normas superiores con la expedición del acto acusado, lo que se puede percibir con un sencillo cotejo, sin necesidad de entrar en exámenes profundos que resultan más propios del fallo definitivo".

Decisión del Tribunal:

Se fundamentó, para decretar la suspensión provisional del acto demandado "por medio del cual se toman decisiones sobre el Cuerpo

de Bomberos Voluntarios de Circasia, Quindío", en que dicho acto no fue publicado dentro del término establecido en el artículo 116 del Decreto 1333 de 1986, que dice así:

> "Los acuerdos expedidos por los Concejos y sancionados por los Alcaldes se presumen válidos y producen la plenitud de sus efectos a partir de la fecha de su publicación a menos que ellos mismos señalen fecha posterior para el efecto. La publicación deberá realizarse dentro de los quince (15) días siguientes a su sanción".

Textualmente expuso el Tribunal de instancia:

> "El Acuerdo número 001 de abril de 1987, del Concejo de Circasia, fue sancionado el día 29 de abril de 1988, tal como al folio 11 del cuaderno principal y su publicación se llevó a cabo, a través de la 'Gaceta Departamental del Quindío', visible a folios 14 y siguientes del cuaderno 1, el miércoles 22 de junio de 1988, es decir, 19 días después de haberse vencido el plazo de los 15 días previsto en la norma últimamente transcrita.
>
> "Es clara y manifiesta la violación del artículo 116 del Decreto 1333 de 1986, pues el Acuerdo no fue publicado dentro de los 15 días señalados en él y, por tanto, es procedente decretar la suspensión provisional suplicada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo".

El recurso de apelación:

Argumenta el recurrente que la manifestación hecha por el demandante "no es suficiente para el decreto de la medida previa" puesto que, en dicha petición, no se da el concepto de la violación; circunstancia ésta que no está en consonancia con la siguiente jurisprudencia del Consejo de Estado:

> "...para que pueda prosperar la solicitud de suspensión provisional no basta con afirmar genéricamente que los actos acusados son violatorios en forma ostensible y flagrante de normas superiores de derecho o de las que se señale. Es necesario, además, que en la solicitud de suspensión provisional se concreten las normas que de tal manera se consideran infringidas y se exprese el por qué de cada afirmación. *De no hacerse como quedó indicado la petición de suspensión provisional del acto administrativo NO PUEDE PROSPERAR*" (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto de abril 27 de 1984).

Más adelante, con apoyo en otra jurisprudencia de esta Corporación, agrega que el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo exige que la suspensión provisional se "sustente", es decir, como allí se dice, "no basta simplemente solicitar de manera expresa la suspensión con fundamento en *las razones consignadas en la demanda*".

Argumenta el recurrente que el Tribunal llega a la conclusión de que la medida cautelar es viable únicamente con fundamento en el

artículo 116 del Decreto-ley 1333 de 1986; pero que esta norma, en lo tocante con la publicación, impone la obligación de hacerlo dentro de los 15 días siguientes a la sanción del Acuerdo, término que no es perentorio sin considerarlo suficiente para que se cumpla con la publicación de éste, so pena de implicaciones "de tipo disciplinario o de otro orden, nunca que la no publicación oportuna o no publicación del Acuerdo determine la violación de norma superior, porque esa violación tiene que ser coetánea con el nacimiento del acto administrativo. No se puede dar una violación *a posteriori*".

Se considera por la Sala:

1. Por corresponder a una sana interpretación de la ley, son de recibo y, por ende, aplicables por entero al caso controvertido los argumentos que, con base jurisprudencial de esta Corporación, fueron esgrimidos por el recurrente.

Se reitera que no es suficiente para un pronunciamiento sobre suspensión provisional que el pedimento de ésta se fundamenta en la escueta manifestación de que los argumentos esgrimidos para ello se encuentran consignadas en el cuerpo mismo de *la demanda,* ya que la finalidad que se persigue a través de la acción intentada a través de aquel instrumento es distinta a la perseguida *con la medida de la suspensión provisional.* Así, al paso que con la primera se busca mediante la acción de nulidad —que es la invocada en el caso *sub lite*— la invalidación del acto administrativo por desconocer normas jerárquicamente superiores, la suspensión se dirige a evitar su aplicación en el camino que va de la admisión de la demanda a la sentencia que provea sobre las pretensiones de ésta. De ahí que el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo por tratarse de un expediente que interfiere en la actuación de la Administración y por ello de serias repercusiones en el funcionamiento normal de ésta, exija que la violación del ordenamiento jurídico deba darse manifiestamente, advertible de un solo golpe de vista.

Esto no ha sucedido en el evento *sub júdice,* porque el actor no se tomó el trabajo de señalar de entre todo el elenco de normas citadas en la demanda, aquellas que en verdad pudieran ameritar la medida precautelativa deprecada.

En efecto, citó como transgredidos los siguientes textos:

"Constitución Nacional, artículo 207.

"Acto legislativo número 1 de 1986, artículo 2º.

"Ley 11 de 1986, artículo 41.

"Decreto 1333 de 1986, artículos 106, 289, inciso 1º, 262, 128, 130, 132, numerales 7 y 8, 294, 292, 92 numeral 5º y 116.

"Código Fiscal del Quindío, parágrafo del artículo 817, 818, parágrafo del artículo 742 y 789".

E invocó, sin más ni más, el mismo concepto de violación expresado de esos preceptos para justificar la suspensión provisional solicitada. Era su obligación procesal decir cuáles de ellos, a su juicio, quebrantaba las normas superiores en cuestión de modo flagrante y así no procedió, según se ha explicado.

2. De todos modos erró el Tribunal al disponer la suspensión del Acuerdo 001 de 1988 con fundamento en el artículo 116 del Decreto 1333 de 1986, ya que la falta de publicación de un acto no trae como consecuencia su anulación sino su inoponibilidad. Es esto precisamente lo que estatuye esa norma al decir que "los acuerdos expedidos por los Concejos y sancionados por los Alcaldes se presumen válidos y producen la *plenitud de sus efectos a partir de la fecha de su publicación...*"

Y en el proceso obra el texto de la Gaceta Departamental del Quindío en donde está publicado el Acuerdo 001 (fls. 14 a 25).

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

Resuelve:

1º Revocar el auto de 28 de septiembre de 1988 en cuanto ordenó la suspensión provisional de los efectos del Acuerdo número 001 de 9 de abril de 1988 del Concejo Municipal de Circasia (Quindío) y comunicar esta decisión al Alcalde de esta localidad y al Presidente de su Concejo (arts. 1º y 2º).

2º Comuníquese esta decisión a esas mismas autoridades.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de diecinueve de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

Samuel Buitrago Hurtado, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

CAPITULO III

ACTOS ADMINISTRATIVOS DE OTRAS AUTORIDADES DEL ORDEN MUNICIPAL

ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS.— TRABAJADORES OFICIALES.

Corresponde a los estatutos de los establecimientos públicos municipales la precisión de las actividades que pueden ser desempeñadas por trabajadores oficiales y no a un acto jurídico diferente.

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

Consejera ponente: *Doctora Aydée Anzola Linares.*

Referencia: Expediente número 3458. Apelación interlocutorios. Actor: Departamento de Risaralda. Servicio Seccional de Salud.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto proferido por el Tribunal Administrativo de Risaralda el 24 de febrero de 1988, mediante el cual se negó la suspensión provisional del Acuerdo 05 de 26 de noviembre de 1987 proferido por la Junta Municipal de Beneficencia de Pereira.

Dicho Acuerdo reclasificó como trabajadores oficiales a 20 grupos de trabajadores del Hospital Universitario San Jorge de Pereira.

La providencia apelada consideró que la situación de la naturaleza jurídica de aquel centro hospitalario era tan confusa que fue necesario hacer una consulta al Consejo de Estado y en tales condiciones no era clara la manifiesta violación de las normas invocadas por la parte actora para poder suspender provisionalmente el mencionado Acuerdo.

Para resolver se considera:

La parte demandante ha invocado como norma quebrantada el artículo 292 del Decreto 1333 de 1986, según el cual "los servidores municipales son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. En los estatutos de los establecimientos públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo".

Frente a la norma transcrita, basta la sencilla comparación que exige el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, para advertir su manifiesta violación, en razón de que el Acuerdo 05 no contiene los estatutos del establecimiento público que es el Hospital Universitario San Jorge de Pereira.

La circunstancia de que en alguna época hubiera habido oscuridad sobre la naturaleza jurídica del mencionado Hospital no significa que aclarado el asunto, hasta el punto de que el propio acto acusado parte del supuesto de que se trata de un establecimiento público, puede subsistir duda al respecto.

Conforme al mandato legal transcrito corresponde a los estatutos de los establecimientos públicos municipales la precisión de las actividades que pueden ser desempeñadas por trabajadores oficiales y no a un acto jurídico diferente, como ocurrió en el caso de autos.

No sobra agregar que los estatutos pueden ser reformados por la misma entidad que los haya expedido, pero como ya se observó, en el caso de estudio, los expidió un organismo que no estaba facultado para hacerlo.

En consecuencia, se revocará la providencia apelada y, en su lugar, se decretará la suspensión provisional del Acuerdo impugnado.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda,

Resuelve:

Revócase el auto apelado y, en su lugar, se dispone:

1º Decrétase la suspensión provisional del Acuerdo 05 de 26 de noviembre de 1987, proferido por la Junta Municipal de Beneficencia de Pereira.

2º Por la Secretaría comuníquese esta determinación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal Administrativo de Risaralda.

El anterior proyecto fue estudiado y aprobado por la Sala en sesión celebrada el día 5 de agosto de 1988.

Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna.

Miguel Antonio Perilla P., Secretario.

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO.— VENTAS EFECTUADAS EN OTROS MUNICIPIOS. Base gravable.

De la base gravable industrial, conformada en principio por el total de sus ventas, se puede descontar el valor de aquellas operaciones realizadas directamente por ella misma en otros municipios.

CONFIRMASE LA DECLARACION DE NULIDAD de la proposición "SIN IMPORTAR EL LUGAR DE LA VENTA"; contenido en la circular número 03 de 11 de agosto de 1976 de la División Distrital de Impuestos de la Secretaría de Hacienda del Distrito Especial de Bogotá.

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.*

Referencia: Expediente número 0494. Actor: Pablo J. Cáceres Corrales. Asuntos municipales. Fallo.

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación que en su condición de entidad demandada interpuso el Distrito Especial de Bogotá contra la sentencia de 4 de marzo de 1983 dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el juicio número 1270 promovido por el ciudadano Pablo J. Cáceres Corrales para obtener en acción pública la anulación de parte de la circular número 03 de 11 de agosto de 1976 de la División Distrital de Impuestos (Secretaría de Hacienda del D. E.) que definió la base gravable del Impuesto de Industria y Comercio para "las actividades industriales".

El expediente original fue destruido en el nefando asalto al Palacio de Justicia en noviembre de 1985 y una vez reconstruido conforme al Decreto 3825 de 1985 se procede a decidir, no observándose causal de nulidad procesal que invalide lo actuado.

Antecedentes:

Pidió el actor la declaratoria de nulidad de una parte o párrafo de la circular número 03 de 11 de agosto de 1976 en la cual, la División de Impuestos Distritales "con el ánimo de establecer un criterio uniforme cobre alcances e interpretación de las normas que regulan el Impuesto de Industria y Comercio y, en especial, de su

base gravable" expuso que la base gravable está definida en dos normas: El artículo 9º del Acuerdo 10 de 1974 y el artículo 13 del Decreto 950 de 1975 de conformidad con las cuales la base gravable solamente debe incluir los ingresos provenientes exclusivamente de actividades industriales, comerciales y de servicios. Entró luego a precisar la forma de determinar la base gravable en cada una de las actividades, estableciendo para los comerciales y los de servicios la posibilidad de deducir las ventas u operaciones brutas realizadas para territorios distintos del Distrito Especial de Bogotá que hayan tributado fuera del mismo de acuerdo con la contabilidad de libros legalmente registrados y demostrado mediante la presentación de recibos de pago de los impuestos municipales liquidados fuera del Distrito Especial "ya que este descuento tiene por objeto evitar la doble tributación".

En cambio para la actividad industrial este descuento fue expresamente excluido según el párrafo materia de acusación y cuyo texto es:

...."Actividad industrial ... ...

"Base gravable: El promedio mensual de ventas u operaciones brutas (en el renglón propio de su objeto social) realizadas en Bogotá sin deducir las destinadas a territorios distintos. La base gravable de la actividad industrial se compone de operaciones industriales realizadas en Bogotá sin importar el lugar de la venta. Es decir, no hay lugar a descuentos".

El actor consideró este aparte violatorio del artículo 14 del Acuerdo 10 de 1974 que dispuso:

"Artículo 14. Para determinar el gravamen correspondiente a un establecimiento en donde se ejerzan actividades industriales, se tomará como base el promedio mensual de las ventas u operaciones brutas, realizadas en Bogotá y se ponderará por la tarifa que pertenezca a dicho establecimiento de acuerdo con lo establecido en el artículo 13".

Consideró igualmente que la circular número 03 al no permitir deducir las ventas destinadas a territorios distintos (contra lo que dice el Acuerdo) incurrió en violación de las normas constitucionales que señalan la competencia del Concejo Distrital en especial el artículo 197 numeral 2º, lo cual acarrea nulidad por violación de la jerarquía de las normas a que obliga el artículo 65 del Código Contencioso Administrativo (Ley 167 de 1941).

Con concepto favorable de la Fiscalía, el Tribunal accedió parcialmente a la demanda y declaró la nulidad de la proposición *"sin importar el lugar de la venta"* contenida en la circular 03 de 1976 y que define la base gravable de la actividad industrial.

Los representantes judiciales del Distrito se opusieron a esta solución en el sentido de que la circular no se opone sino que complementa al Acuerdo, pues los artículos 17 y 20 al establecer los gravámenes para las actividades comerciales y de servicios establecen el descuento para las ventas realizadas en territorios distintos al Distrito y, en cambio, para la actividad industrial no lo autorizó pues en ella se tiene en cuenta el total de las ventas porque lo que se grava es

la actividad que recae sobre producción, extracción, fabricación, manufactura y ensamble de cualquier clase de materiales, sin importar el lugar de la venta.

En igual sentido el concepto del Fiscal VI ante esta Corporación (octubre 10 de 1984) lo estrutura partiendo del análisis global del gravamen a cuyo efecto recuerda que según el artículo 1º la materia imponible o hecho económico gravado es la actividad **industrial,** comercial o de servicios y que el ámbito territorial es el Distrito de cuya infraestructura se beneficia quien obtiene la riqueza; que el artículo 9º define la base gravable como el promedio mensual de las ventas u opraciones brutas que realicen los establecimientos cualquiera que sea la actividad o hecho imponible y finalmente que los artículos 14, 17 y 20 fijan los procedimientos de liquidación de impuesto que en síntesis consiste en aplicar la tarifa por mil que corresponda, sobre la base gravable: En general es igual para las tres actividades pero mientras que para la industrial es simple, para la comercial y de servicios admite un proceso de depuración que permite descontar las ventas realizadas para territorios distintos al distrital.

Sobre estas bases no encuentra contradicción con el artículo 14 y concretamente en cuanto a la expresión utilizada por ésta para circunscribir el ámbito territorial del gravamen, discurre así la distinguida Fiscal:

> "Es cierto que en el artículo aparece la frase 'realizadas en Bogotá' pero de ella no puede deducirse la posibilidad de hacer descuentos por razón del destino del producto industrial. De esta expresión simplemente debe colegirse la territorialidad de la actividad industrial o materia imponible que se cuantifica para determinar la base, de manera tal, que cuando la actividad se realice en Bogotá se cuantificará en forma íntegra y cuando se realice fuera del Distrito, como por ejemplo, cuando en Bogotá solamente se realizan labores de gerencia industrial y en sitio distinto la fabricación, confección, preparación, etc., no habrá lugar a la cuantificación de la base imponible".

> "Este régimen como acertadamente lo anotó la parte opositora se compagina con al estructura del tributo dispuesta por el Acuerdo 10 de 1974 y aún con la que dispuso la Ley 14 de 1983, como quiera que siendo la materia imponible *la actividad* a ella debe mirarse para establecer si el hecho o elemento fáctico de la obligación tributaria se verificó en la respectiva jurisdicción municipal".

Por no encontrar violado el artículo 14 del Acuerdo municipal, tampoco considera transgredidos el artículo 197 de la Constitución ni el 65 del Código Contencioso Administrativo.

Para resolver se considera:

La determinación de la base gravable con impuesto de Industria y Comercio en la actividad industrial, concretamente en el aspecto de si admite, como en las actividades comercial y de servicio, el descuento por ventas realizadas en otros municipios, fue objeto del

siguiente pronunciamiento de la Sala en fallo de 21 de octubre de 1988 (Expediente número 036 juicio de revisión de impuestos Fábrica de Café la Bastilla, Medellín).

"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, puede 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 podía 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 su 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 industrial, conformada en principio por el total de sus ventas, se puede descontar el valor de aquellas 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 identidad del sujeto activo, pero sí una multiplicidad de impuestos sobre la misma base con evidente injusticia".

La aplicación de estos criterios al caso concreto que se debate en esta oportunidad inducen a considerar que la interpretación armónica de las disposiciones del Acuerdo 10 de 1974, recordadas por la colaboradora Fiscal, bien podían llevar a la misma conclusión del Tribunal de Cundinamarca, cuando éste expresó que si la circular 03 precisa que la base gravable se compone de las operaciones industriales sin importar el lugar de la venta "se desborda tanto al ámbito del hecho imponible, como el de la base gravable del impuesto".

El concepto de la limitación territorial está expresamente reconocido en el artículo 1º al señalar como hecho gravado "las activi-

dades industriales, comerciales y de servicios con ánimo de lucro que se ejerzan en Bogotá, D. E."; el artículo 9º al definir la base gravable en forma general no hace mención especial de este factor, pero el artículo 14 al fijar el procedimiento para la liquidación de actividades industriales, vuelve a mencionarlo al establecer el promedio de las ventas brutas *realizadas en Bogotá.*

No resulta armónico con esta previsión del Acuerdo, aceptar que el descuento autorizado para determinar la base en las actividades comercial y de servicios tiene por objeto "evitar la doble tributación", mientras que para la actividad industrial "no importa el lugar de la venta", siendo que se dan los mismos presupuestos de hecho a los cuales cobija el mismo principio jurídico de la "realización" en Bogotá. Principio que tiene fundamento constitucional (además del artículo 197 invocado por el actor) en el artículo 5º que le da soporte a la existencia jurídica de las entidades territoriales.

Por todo ello, comparte la Sala el criterio expuesto por el *a quo* al anular la expresión "sin importar el lugar de la venta" contenido en la circular 03 de 1976 acusada. Tal locución es contraria al texto del Acuerdo que menciona las ventas "realizadas en Bogotá".

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

Falla:

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.*

Jorge A. Torrado T., Secretario.

CAPITULO II

ACTOS DE LOS ALCALDES

EMPLEADO PUBLICO.— Suspensión.

El Decreto (el acusado) sí era susceptible de acusación ante esta jurisdicción para su control de legalidad.

EMPLEADO PUBLICO. Suspensión, pago de sueldos y prestaciones sociales.

El pago de éstos le era debido al actor por la administración como consecuencia de la finalización del proceso penal durante el lapso de la duración de éste.

EMPLEADO PUBLICO. INSUBSISTENCIA. Caducidad.

El decreto de insubsistencia ha debido ser demandado dentro de los 4 meses contados a partir de su ejecución.

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 Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

Proyectó: *Doctor Antonio José Arciniegas A.*, Abogado asistente.

Referencia: Expediente número 514. Reconstrucción. Apelación sentencia. Actor: Luis Eduardo Adán Arévalo.

Luis Eduardo Adán Arévalo, a nombre propio y en demanda presentada y corregida ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, solicitó la declaración de nulidad, del Decreto número 1028 de septiembre 27 de 1976 del Alcalde Mayor de Bogotá Distrito Especial, por el cual fue suspendido del cargo de Inspector Distrital de Policía hasta nueva orden, por solicitud de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá; del Decreto 782 de mayo 12 de 1977 del Alcalde Mayor de Bogotá, D. E., por el cual le fue declarado insubsistente su nombramiento como Inspector de Policía de las Alcaldías Menores y de los actos administrativos contenidos en los Oficios números 046 de marzo 15 de 1979 y 074 de abril 16 del mismo año, por los cuales se le negó el reintegro al cargo mencionado.

También se solicitó en la demanda y como consecuencia de la anulación de dichos actos, el reintegro del actor al cargo que ejercía

o a otro igual o superior, que se condene al Distrito Especial de Bogotá a reconocer y pagar al actor los sueldos y prestaciones sociales dejados de percibir desde el decreto de suspensión en el cargo hasta cuando sea reintegrado a él y en forma subsidiaria el reconocimiento y pago de esos sueldos y prestaciones desde el decreto de insubsistencia del nombramiento y que se declare la no solución de continuidad en los servicios del actor y se condene a la demandada a pagar los perjuicios ocasionados.

Esas peticiones se fundamentaron en los siguientes *hechos:*

"1. Por Decreto número 006 de enero 7 de 1975, fui nombrado en propiedad Inspector Distrital de Policía (Inspección Novena A), cargo del cual me posesioné el 15 de enero de 1975.

"2. Mediante el Acuerdo número 37 de 1975 fuí reincorporado en el mismo cargo a partir del primero de enero de 1976.

"3. Por medio de la Resolución número 08 de febrero 6 de 1976, fuí trasladado, con el mismo cargo, a la Inspección 4A Distrital de Policía, a partir de 11 de febrero de 1976.

"4. Por medio del Decreto número 722 de julio 9 de 1976, fui encargado de la Inspección 4C Distrital de Policía, a partir de 9 de julio de 1976, continuando como titular de la Inspección 4A Distrital de Policía.

"5. Por medio del Decreto número 1028 de septiembre 27 de 1976, emanado de la Alcaldía Mayor de Bogotá, D. E., fui *suspendido* del ejercicio del cargo de Inspector de Policía 'hasta nueva orden', a petición hecha por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, dentro del proceso penal que contra mí se adelantó en el Juzgado Primero Penal del Circuito de Bogotá, por los presuntos delitos de abuso de autoridad y prevaricato.

"6. Por medio del Decreto número 782 de mayo 12 de 1977, fui declarado *insubsistente* del cargo de Inspector de Policía, *a partir de día 16 de mayo de 1977.*

"7. Por *sentencia* de fecha noviembre 13 de 1978, proferida por la Sala de Casación Penal de la honorable Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Magistrado doctor Gustavo Gómez Velásquez, fui *absuelto,* en forma definitiva de los delitos de abuso de autoridad y prevaricato por los cuales había sido condenado por la Sala Penal del honorable Tribunal Superior de Bogotá, mediante *revocatoria* de la sentencia *absolutoria* proferida en mi favor en la *primera instancia* por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Bogotá, dentro del ya citado proceso penal adelantado en mi contra.

"8. Al momento de producirse la *suspensión* del ejercicio del cargo mencionado, devengaba un sueldo mensual de ocho mil cincuenta pesos ($ 8.050.00) moneda corriente y,

"9. Al momento de proferirse el Decreto de *insubsistencia* de mi cargo, los Inspectores de Policía del Distrito Especial de

Bogotá, devengaban un sueldo mensual de ocho mil ochocientos noventa pesos ($ 8.890.00) moneda corriente" (fl. 182).

En la demanda corregida, se citaron como normas violadas, con el respectivo concepto de violación, los artículos 2º, 16, 17, 20, 26, 30 de la Constitución Nacional; 11, 12, 13, 14, 15, 25, 26, 29, 57, 58, 61 del Decreto 2400 de 1968; 100, 106, 130, 131, 133, 138, 140, 141, 142, 145, 146, 147, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 170 del Decreto reglamentario 1950 de 1973; 10, 12, 11, 19, 20 del Decreto-ley 2733 de 1959; 62 y siguientes del Código Contencioso Administrativo (fls. 183 a 193).

La primera instancia terminó con la sentencia de 1º de septiembre de 1983, en la cual el Tribunal se declaró inhibido para decidir sobre la legalidad del Decreto acusado 1028 de 17 de septiembre de 1976 y accedió a las demás súplicas de la demanda (fls. 1-15).

Ese fallo fue apelado por el representante judicial del Distrito Especial de Bogotá, originándose la segunda instancia ante esta Corporación, donde el expediente resultó destruido durante los trágicos hechos de 6 y 7 de noviembre de 1985.

Reconstruido el expediente, por auto de 12 de agosto de 1987 se determinó que el proceso quedaba para fallo de segunda instancia, a lo cual se procede no observándose causal de nulidad procesal, mediante las siguientes

Consideraciones:

La sentencia apelada se fundamentó en las apreciaciones siguientes:

"Al examinar el primero de los actos citados, o sea el Decreto 1028 de 27 de septiembre de 1976, mediante el cual fue suspendido el demandante en el ejercicio de sus funciones de empleado público a petición del Tribunal Superior de Bogotá para dar cumplimiento al auto de detención dictado en su contra, considera la Sala que se trata de una providencia no susceptible de ser examinada por la vía administrativa, ya que con ella la entidad nominadora acató la orden judicial dictada en virtud de lo dispuesto por el artículo 449 del Código de Procedimiento Penal, razones que impiden al Tribunal pronunciarse de fondo sobre este acto.

"Con relación al Decreto 782 de 12 de mayo de 1977 que declaró insubsistente el nombramiento del actor debe hacerse el siguiente análisis:

"Cuando se profirió tal acto se encontraba *sub júdice* la situación penal del actor que sólo vino a definirse por sentencia absolutoria de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de 13 de noviembre de 1978, ejecutoriada el 22 de noviembre siguiente.

"El actor pidió su reintegro a la entidad nominadora el 16 de febrero de 1979, interrumpiendo en esta fecha el término de prescripción de la acción de plena jurisdicción. La Administración Distrital, mediante Oficios 046 y 074 de 15 de marzo y 16 de abril de 1979, negó tal petición, y es desde esta última fecha que deben contarse los cuatro meses que señala la ley para la caducidad de la acción administrativa. Teniendo en cuenta que la demanda respectiva fue presentada el 16 de agosto de 1979, precisa concluir que cuando esto ocurrió la acción respectiva se encontraba vigente.

"

"Es cierto que la insubsistencia del actor es aparentemente un acto discrecional dictado en ejercicio de la facultad de libre nombramiento y remoción de que está investido el nominador pues el actor no era un empleado de carrera.

"Sin embargo, la Administración Distrital, consideró que no estaba obligada a mantener una suspensión indefinidamente con deterioro de la marcha normal de la inspección, como lo expresa en los Oficios 046 y 074 que obran a folios 1 y siguientes del expediente, de lo cual se colige que la verdadera razón de la insubsistencia fue la suspensión de que fue objeto el demandante, pues la administración podía proveer el cargo que éste desempeñaba de manera que no se produjera interrupción del servicio público.

"La administración tenía la obligación de esperar los resultados de la acción penal, pues el desvincular de su cargo al doctor Adán le impuso una sanción sin darle la oportunidad de defenderse violando en esta forma el artículo 26 de la Constitución que invoca la demanda.

"Es evidente que la suspensión de los empleados públicos a que se refiere el artículo 449 del Código de Procedimiento Penal es una medida provisional para hacer efectiva la detención del funcionario y facilitar la investigación, pero con ella no se pretende sancionar al funcionario, por lo cual las autoridades administrativas no están autorizadas para convertirla en sanción.

"

"El perjuicio que se causó al actor puede calificarse de irreparable pues siendo inocente se le encarceló, sufrió todas las amarguras que tal situación conlleva, se declaró insubsistente su nombramiento, y como si fuera poco, habiendo sido absuelto, se le negó el reintegro a que sin lugar a dudas tenía derecho.

"Para la Sala es claro que los actos de insubsistencia y los que le negaron el reintegro al actor deben anularse porque son violatorios de normas superiores y en su lugar debe accederse a las peticiones de la demanda, ordenando el reintegro y, como el restablecimiento del derecho debe ser completo, la Administración ha de reconocerle y pagarle la totalidad de los sueldos, pri-

mas y demás prestaciones que dejó de devengar desde que fue suspendido y hasta que sea reincorporado al servicio" (fls. 10, 11, 12, 13).

En su concepto de fondo, la señora Fiscal Quinto de la Corporación solicitó la confirmación de la sentencia apelada en cuanto se inhibió de decidir sobre la legalidad del Decreto 1028 de 17 de septiembre de 1976 y declaró la nulidad de los Oficios 046 y 074 de 15 de marzo y 16 de abril de 1979. Pero pidió la revocación del resto de esa sentencia y que, en su lugar, se declare caducada la acción contra el Decreto 782 de 12 de mayo de 1977, que dispuso la insubsistencia del nombramiento del actor, y se ordene que se le paguen los sueldos y prestaciones dejados de devengar en el lapso entre el 27 de septiembre de 1976, cuando fue suspendido y, el 15 de mayo de 1977, cuando fue retirado del servicio mediante la declaración de insubsistencia de su nombramiento. Este concepto fue sustentado acertadamente en las razones que se transcriben a continuación:

"a) *Decreto 1028 de 27 de septiembre de 1976.*

"El acto por medio del cual, a petición de un Juez Penal se ordena la suspensión de un empleado público, a fin de poder hacer efectivo un auto de detención sí es susceptible de ser acusado ante la jurisdicción contencioso administrativa.

"Pero una vez que se resuelve la situación penal del empleado, como en el caso de autos, queda automáticamente sin efecto la medida, dependiendo el pago de sueldos y prestaciones dejados de devengar, del fallo absolutorio o condenatorio que profiera la justicia penal y no de la legalidad o ilegalidad de la orden de suspensión.

"En el caso de autos, por esa razón y porque además antes de la culminación del proceso penal adelantado contra el actor había terminado su vinculación laboral con la Administración por declaratoria de insubsistencia, la orden de suspensión quedó sin efecto, desapareció de la vida jurídica y por tanto, a juicio de la Fiscalía, es acertado el pronunciamiento inhibitorio del Tribunal frente a ella.

"b) *Decreto 782 de 12 de mayo de 1977.*

"Encontrándose el señor Adán Arévalo suspendido en el ejercicio de sus funciones a petición de un Juez Penal, desde el 27 de septiembre de 1976, sin que hubiera concluido el proceso, fue declarado insubsistente su nombramiento por el Alcalde Mayor, con efectividad al 16 de mayo de 1977.

"A juicio de la Fiscalía, si el demandante no estaba de acuerdo con esa decisión, ha debido controvertirla ante la jurisdicción contencioso administrativa dentro del término de 4 meses señalado en el artículo 83 del Código Contencioso Administrativo, pues la insubsistencia ponía fin a su relación laboral, dejando sin efecto la suspensión que estaba cumpliendo.

"Si la situación de suspensión no hubiera sufrido modificación ninguna, es claro que el señor Adán Arévalo hubiera tenido

que esperar a que el proceso penal culminara, para solicitar, en caso de ser absuelto, el reintegro al cargo y el pago de sueldos y prestaciones sociales dejados de devengar, si la Administración oficiosamente no procedía a ello.

"Pero habiéndose dictado con posterioridad a la suspensión un acto administrativo que lo retiraba definitivamente del servicio, éste podía ser acusado a pesar del proceso penal en curso, para volver las cosas en caso de prosperar la demanda, al estado anterior, o sea al de empleado suspendido, con posibilidad de reintegro y pago de sueldos dejados de devengar, dependiente del resultado de dicho proceso penal.

"La insubsistencia tuvo efectos jurídicos a partir de 16 de mayo de 1977.

"Como acto condición que es, no necesitaba de notificación personal, ni cabían recursos por vía gubernativa, como en numerosas ocasiones lo ha decidido el honorable Consejo de Estado.

"Sin embargo, teniendo en cuenta que el señor Adán Arévalo no se encontraba en ejercicio de sus funciones, es preciso aceptar que debía conocer el acto para poder controvertirlo.

"Como lo anota el señor Fiscal que actuó en la primera instancia, a folio 293 obra copia de un documento mediante el cual el actor solicitar constancia de servicios para efecto de prestaciones sociales, indicando él mismo, de su puño y letra, que se encuentra retirado desde el 16 en una de ellas y desde el 12 de mayo de 1977 en la otra petición, y ambas tienen fecha 25 de julio de 1978.

"O sea, que en esa forma se comprueba que por lo menos desde esa fecha tuvo conocimiento de la insubsistencia.

"Es más, si el 16 de febrero de 1979 estaba presentando una solicitud de reintegro ante la Administración y calificando de irregular e ilegal la insubsistencia, no cabe duda de que la conocía perfectamente.

"Ahora bien, no era ante la Administración en donde debía plantearse la controversia sobre ese acto que no es susceptible de recursos por la vía gubernativa y menos después de dos años de haberse expedido, sino ante esta jurisdicción.

"La Administración siempre estará en imposibilidad de revocar un acto de insubsistencia que pone fin a una relación laboral, pues no le sería dable en ningún caso volver las cosas al estado anterior, lo cual sólo ocurre por sentencia judicial. Lo más que podría hacer sería un nuevo nombramiento, pero jamás con efecto retroactivo.

"Por esa razón la Fiscalía estima que la petición presentada el 16 de febrero de 1979 no interrumpió el término de caducidad de la acción contra el Decreto 782 de 12 de mayo de 1977, y que éste había expirado cuando la demanda se presentó ante el Tribunal, el 16 de agosto de 1979.

"c) *Oficios: 046 de 15 de marzo de 1979 y 074 de 16 de abril de 1979.*

"Fueron la respuesta a la petición de reintegro y pago de sueldos y prestaciones dejados de devengar, presentada el 16 de febrero de 1979, y acusados dentro del término legal.

"En verdad no era el Secretario Ejecutivo del Comité Asesor de la Reforma Administrativa el llamado a responderla, porque el señor Alcalde Mayor es el representante legal del Distrito Especial de Bogotá, quien está facultado para tomar decisiones que obliguen a la Administración Distrital y quien tiene la atribución de nombrar y remover personal.

"Podría sostenerse por tanto, que no son actos administrativos demandables ante esta jurisdicción. Sin embargo, lo cierto es que pusieron fin a la actuación administrativa iniciada por el actor, con la advertencia expresa del agotamiento de la vía gubernativa y que por el solo hecho de haber sido proferidos por funcionario incompetente están afectados de nulidad.

"Era indudablemente el señor Alcalde Mayor del Distrito quien debía resolver las peticiones que a él se habían dirigido, y al no hacerlo dentro del término establecido en la ley, se configuraría el silencio administrativo que equivale a una negativa de las mismas. Pero su negligencia y la presunta aquiescencia ante la actuación de un funcionario que por ser incompetente resulta irregular, no pueden perjudicar al particular interesado ni servir de pretexto para eludir la posible responsabilidad de la Administración.

"En este orden de ideas, estima la Fiscalía que deben determinarse las consecuencias que se deriven de la nulidad de los oficios mencionados, en cuanto al restablecimiento de los derechos que se reclaman.

"Por lo que hace a la negativa de reintegro, es claro que éste no era viable por impedirlo el acto que declaró la insubsistencia, el cual no había sido anulado por la jurisdicción contencioso administrativa ni era susceptible de recursos por vía gubernativa. Además, estando caducada la acción contra él, no podría tampoco ordenarse dentro de este proceso.

"En cuanto al pago de sueldos y prestaciones dejados de devengar opina este Despacho que el actor tenía derecho a ellos desde la fecha en que fue suspendido por el Decreto 1028 de 27 de septiembre de 1976 y el 15 de mayo de 1977, pues a partir de 16 de mayo surtió efectos la insubsistencia, teniendo en cuenta que el proceso penal terminó con un fallo absolutorio proferido por la honorable Corte Suprema de Justicia el 13 de noviembre de 1978 y por tanto la suspensión dispuesta por orden judicial no podía privarlo de sueldos y prestaciones mientras tuviera la calidad de empleado público, aun cuando la decisión de suspensión no hubiera dependido de la voluntad de la Administración ni el

proceso penal se hubiera iniciado por iniciativa suya. Así lo ha resuelto el honorable Consejo de Estado en casos similares" (fls. 92 a 96).

Asiste la razón a la Fiscalía, como se verifica a continuación.

El Alcalde Mayor de Bogotá, Distrito Especial, por Decreto 1028 de 27 de septiembre de 1976 suspendió al actor del cargo que desempeñaba de Inspector Distrital de Policía hasta nueva orden, en acatamiento a la solicitud que en ese sentido le hiciera la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, según el artículo 449 del Código de Procedimiento Penal (fl. 51).

Este Decreto, contentivo de una decisión administrativa relativa al demandante, sí era susceptible de acusación ante esta jurisdicción para su control de legalidad, no obstante que su vigencia debía quedar supeditada a la resolución de la situación penal del actor a través del fallo definitivo de la justicia del ramo.

Sin embargo, antes de que concluyera el proceso penal contra el demandante, el Alcalde Mayor de Bogotá, por Decreto número 782 de 12 de mayo de 1977, declaró la insubsistencia del nombramiento del actor en el cargo del que había sido suspendido, dejando sin efectos ese Decreto. Por esta razón la decisión inhibitoria del Tribunal es acertada (fl. 52).

El decreto de insubsistencia del nombramiento del actor produjo su desvinculación definitiva del servicio y ha debido ser demandado ante esta jurisdicción, dentro de los cuatro meses contados a partir de su ejecución el 16 de mayo de 1977 (fecha aceptada por el demandante, como se constata a fls. 59, 75, 94), de conformidad con el artículo 83 de la Ley 167 de 1941. Pero la demanda fue introducida el 16 de agosto de 1979, después de caducada la acción contencioso administrativa procedente.

Así las cosas, no resulta procedente la demanda de restablecimiento de derechos del actor fundada en la petición de declaración de nulidad de los decretos de suspensión del cargo y de declaratoria de insubsistencia del nombramiento del actor, como atinadamente lo expresa la Fiscalía.

La petición dirigida por el actor el 16 de febrero de 1979 al señor Alcalde Mayor de Bogotá, sobre reintegro al cargo y pago de sueldo y prestaciones dejados de devengar, como consecuencia del fallo de la honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, de 13 de noviembre de 1978 que lo absolvió de los delitos que se le imputaban y en cuya investigación fue suspendido del cargo, fue negada mediante los Oficios 046 de 15 de marzo de 1979 y 074 de 16 de abril de 1979, los cuales sí fueron acusados ante esta jurisdicción antes de que se venciera el término de caducidad de la acción procedente; por lo cual, debe la Sala decidir sobre su legalidad.

En estos oficios, suscritos por funcionario incompetente para decidir en lugar del Alcalde, se contiene la decisión denegatoria del reintegro del actor al cargo que desempeñaba y del cual fue suspendido y luego declarado insubsistente su nombramiento mediante los

decretos ya estudiados y denegatoria del pago de los sueldos y prestaciones dejados de percibir por el actor como consecuencia de la suspensión y luego del retiro de su cargo.

Como ya se dijo, el reintegro al cargo no puede ser motivo de la presente decisión jurisdiccional debido a la caducidad de la acción procedente contra el Decreto que retiró del servicio al actor declarando la insubsistencia de su nombramiento, poniendo fin a la suspensión en el cargo ordenada por el Tribunal Superior de Bogotá.

El pago de los sueldos y prestaciones sociales dejados de percibir por causa de la suspensión en el cargo decretada en cumplimiento de la orden de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, reclamado por el actor y negado mediante los oficios acusados, le era debido al actor por la Administración como consecuencia de la finalización del proceso penal con fallo absolutorio de la Sala de Casación Penal de la honorable Corte Suprema de Justicia de 13 de noviembre de 1978, teniendo presente que la suspensión dispuesta por orden judicial estaba supeditada a ese proceso penal en el que fue absuelto el actor y, por ende, no podía privarlo de los sueldos y prestaciones durante el lapso comprendido entre el 27 de septiembre de 1976 (cuando fue dictado el Decreto de suspensión) y el 15 de mayo de 1977 (fecha de efectividad de la insubsistencia del nombramiento). En esto se dará prosperidad a la demanda.

De acuerdo con lo visto, debe confirmarse la sentencia apelada en cuanto se declaró inhibido el Tribunal para decidir sobre el Decreto 1028 de 27 de septiembre de 1976 y declaró la nulidad de los Oficios 046 y 074 de 15 de marzo y 16 de abril de 1979 y debe revocarse en lo demás, para, en su lugar, declarar caducada la acción contra el Decreto 782 de 12 de mayo de 1977, por el cual se declaró la insubsistencia del nombramiento del actor y ordenar el pago al actor de los sueldos y prestaciones sociales dejados de percibir entre el 27 de septiembre de 1976 y el 15 de mayo de 1977, es decir, mientras conservó la calidad de empleado público. En tal virtud, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

1. Confírmase la sentencia apelada, en cuanto declaró la inhibición para decidir sobre el Decreto 1028 de 27 de septiembre de 1976 proferido por el Alcalde Mayor de Bogotá, Distrito Especial y en cuanto declaró la nulidad de los Oficios 046 y 074 de 15 de marzo y de 16 de abril de 1979 suscritos por el Secretario Ejecutivo del Comité Asesor de la Reforma Administrativa del Distrito Especial de Bogotá.

2. Revócase en lo demás la sentencia apelada.

3. Declárase caducada la acción contra el Decreto 782 de 12 de mayo de 1977, proferido por el Alcalde Mayor de Bogotá, por el cual se declaró insubsistente el nombramiento del actor.

4. Ordénase que el Distrito Especial de Bogotá reconozca y pague al demandante los sueldos y prestaciones dejados de percibir entre el

27 de septiembre de 1976, fecha en que fue suspendido, y el 15 de mayo de 1977, hasta cuando conservó la calidad de empleado público.

Como las peticiones subsidiarias tienen la misma causa y el mismo propósito, no se considera necesario un pronunciamiento separado sobre ellas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 19 de agosto de 1988.

Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Alvaro Lecompte Luna, Guillermo López Guerra, Conjuez, Ausente.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

ALCALDE.— CONSEJOS DIRECTIVOS ENTIDADES DESCENTRALIZADAS. Designación.

La competencia atribuida a los Alcaldes Municipales para designar a los delegados de los usuarios, no puede ser ejercida discrecionalmente, sino que debe sujetarse a las previsiones contenidas en el artículo 13 del Decreto reglamentario 700 de 1987.

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

Consejero ponente: *Doctor Migual González Rodríguez.*

Proyectó: *Doctor Antonio Lizarazo Ocampo.*

Referencia: Expediente número 199. Actor: Liga de Usuarios de las Empresas Públicas Municipales de Medellín. Apelación auto.

Dentro de la oportunidad legal, la demandante interpuso recurso de apelación contra la providencia de 26 de julio del presente año, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en cuanto por ella no se decretó la suspensión provisional de los efectos del Decreto 320 de 7 de junio de 1988, expedido por la Alcaldía Municipal de Medellín, cuya nulidad se solicita dentro del proceso de la referencia.

La apelación fue concedida en el efecto diferido por el *a quo* mediante auto de 10 de agosto de 1988, y corresponde ahora decidirlo de plano a esta Corporación de conformidad con el inciso final del artículo 155 del Código Contencioso Administrativo.

La providencia recurrida negó la suspensión solicitada en el libelo por considerar que no existe la manifiesta violación de las normas que el actor indica como quebrantadas por el acto administrativo acusado, conforme a las siguientes razones:

a) El artículo 13 del Decreto reglamentario 700 de 1987, no fue violado porque se limita a fijar pautas para la designación de los representantes de los usuarios en las Juntas Directivas de las Empresas de Servicios Públicos, y los Alcaldes al hacer tal designación no están obligados "a tener necesariamente que optar por el representante de la liga o entidad cívica que capitalice en su haber los mayores valores y magnitudes de consumo, sino que agrega la posibilidad para el nominador de efectuar la escogencia teniendo en cuenta a quienes considere pueden representar importantes estratos sociales, a los que estime debe darse "participación adecuada en la administración de la entidad";

b) Tampoco se violaron los artículos 172 de la Constitución Nacional; 42 y 65 del "Decreto-ley" (sic) 96 de 1985; 1º, 2º, 3º y 223 del Decreto-ley 2241 de 1987, relativos al sistema electoral, por cuanto las normas que consagran la participación de los usuarios en las Juntas de las entidades prestatarias de los servicios públicos, tales como los artículos 27 de la Ley 11 de 1986, 157 del Decreto 1333 de 1986 y 13 del Decreto reglamentario 700 de 1987, no establecen que la escogencia de los representantes de las entidades cívicas o de usuarios de tales servicios, deba efectuarse mediante una elección y, por lo mismo, no son aplicables las normas que regulan el régimen electoral colombiano.

Por su parte, el apelante sustenta su recurso acudiendo básicamente a dos argumentaciones que se pueden sintentizar así: a) Que la competencia atribuida a los Alcaldes para designar a los Representantes de los usuarios en las Juntas Directivas de las empresas de servicios públicos no es discrecional sino "declarativa", porque "el legislador en ningún momento consideró que correspondía al Alcalde hacer la designación sino tan solo corraborar (sic) una situación jurídica dada", es decir, que la ley "otorgó una función electoral en cabeza del Alcalde, como autoridad declaratoria de la elección...", y b) Que tal designación de los representantes de los usuarios que se realiza mediante unas sumas de cupones implica la "elección de unos representantes de la colectividad", y que, por consiguiente, se deben aplicar los principios del derecho electoral consagrados en la Constitución Nacional, la Ley 96 de 1985 y el Decreto-ley 2241 de 1987.

Para resolver, se *considera:*

El artículo 27 de la Ley 11 de 1986 (art. 157 del C. de R. M.) estableció que la tercera parte de las Juntas o Consejos Directivos de los establecimientos públicos y de las empresas industriales o comerciales encargados de la prestación directa de los servicios municipales, estará integrada por *delegados de entidades cívicas o de usuarios* del servicio o servicios cuya prestación corresponda a los citados establecimientos o empresas (Subraya la Sala).

Luego vino el Decreto reglamentario 700 de 1987, por cuyo artículo 13 se dispuso:

> "*Artículo 13.* Con base en los *candidatos posutlados* por las entidades cívicas y por las ligas de usuarios..., el Alcalde Municipal *designará* los candidatos que sean más representativos de la comunidad servida. Para este fin tendrá en cuenta los siguientes criterios:
>
> "1. Valores y magnitudes de los consumos representados.
>
> "2. Derecho de los diferentes estratos sociales usuarios del servicio a una participación adecuada en la administración de la entidad.
>
> "Parágrafo: La *designación* se hará mediante decreto, que será comunicado a la entidad descentralizada respectiva y publicado conforme a los términos de la Ley 57 de 1985".

Lo primero que cabe señalar es que las normas precitadas, que consagran el derecho de los usuarios de los servicios municipales a

estar representados en las Juntas o Consejos Directivos de las entidades prestatarias de tales servicios, previeron en forma clara que la escogencia de los delegados de los mismos se hará por el Alcalde Municipal de entre los candidatos postulados por las entidades cívicas y las ligas de usuarios. Es evidente, en consecuencia, que su designación no requiera necesariamente una elección, como lo pretende el recurrente, y, por lo mismo, no son aplicables al caso las normas que regulan el sistema electoral colombiano, como bien lo afirma la providencia recurrida.

Pero es claro, también, que la competencia atribuida a los Alcaldes Municipales para designar a los delegados de los usuarios no puede ser ejercida discrecionalmente sino que, por el contrario, ella se sujetará a las previsiones contenidas en el artículo 13 del Decreto reglamentario 700 de 1987.

En efecto, dicha norma establece los límites dentro de los cuales pueden los Alcaldes Municipales ejercer tal competencia nominadora, a saber:

1. Los candidatos los postulan las entidades cívicas y las ligas de usuarios del servicio o de los servicios de que se trate.

2. Corresponde a al entidad prestataria del servicio o servicios, certificar la aptitud de las entidades cívicas y ligas de usuarios para postular candidatos a su Junta o Consejo Directivo, y,

3. El Alcalde sólo podrá designar los candidatos más representativos de la comunidad servida, postulados por entidades cívicas y ligas de usuarios respecto de las cuales la entidad prestataria del servicio o servicios haya certificado la aptitud a que se refiere el numeral anterior.

La misma norma se encarga de señalar los criterios que deben seguirse para determinar la representatividad de los diferentes candidatos, y por lo tanto, al hacer la designación, los Alcaldes Municipales tendrán en cuenta los "valores y magnitudes de consumos representados" por cada uno de ellos, así como el "derecho de los diferentes estratos sociales usuarios del servicio a una participación adecuada en la administración de la entidad".

En consecuencia, es viable suspender los actos administrativos mediante los cuales se designen por los Alcaldes Municipales los Representantes de los usuarios en las Juntas o Consejos Directivos de las respectivas entidades de servicios, cuando quiera que tal competencia se ejerza con desconocimiento de las pautas consagradas en el artículo 13 del Decreto reglamentario 700 de 1987.

Sin embargo, el quebrantamiento de la norma antecitada sólo puede surgir del examen de las pruebas relacionadas con la representatividad de los candidatos, aportadas oportuna y regularmente al proceso, y como en este caso el actor no acompañó la correspondiente prueba idónea ni acreditó que la administración se la hubiese negado a pesar de la petición oportuna de la misma, no procedía la suspensión

provisional solicitada, como lo decidió el Tribunal Administrativo de Antioquia, razón por la cual habrá de confirmarse la providencia apelada.

Finalmente, cabe observar que esta Corporación en providencia de 12 de agosto de 1988, dictada por la Sala Unitaria del señor Consejero integrante de la Sección Primera, doctor Guillermo Benavides Melo, la cual no se encuentra ejecutoriada en el momento de adoptar la decisión que corresponde para resolver el recurso de apelación ejercido en este proceso, decidió suspender provisionalmente, entre otros, el artículo 13 del Decreto reglamentario 700 de 1987 que se ha dejado analizado y que le sirve de fundamento a la actora para impetrar el decreto de suspensión provisional del acto acusado. Sin embargo, dicha decisión no se tendrá en cuenta, en primer lugar, porque la norma hoy suspendida se encontraba vigente —y aún lo está hasta el momento de la ejecutoria de la providencia de esta Corporación que lo suspendió, si es que no llegare a suplicarse ante la Sala de Decisión, y si de efectuarse ello, aquélla confirmara la providencia suplicada— en el momento en que se profirió por el señor Alcalde de Medellín el decreto acá demandado y como tal era de obligatoria observancia para todas las autoridades administrativas del país, según lo preceptuado por el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, y porque de otro lado, analizada la providencia de 12 de agosto del corriente año, no se encuentra cuál sería entonces el mecanismo jurídico para determinar cuáles son los legítimos representantes de las entidades cívicas o de los usuarios de los servicios públicos, en el evento de existir, como parece acontecer en el caso de la ciudad de Medellín, 5 o más entidades que agrupan a personas, todas ellas, usuarios de los servicios públicos que prestan las denominadas "Empresas Públicas de Medellín", y de ser *"elegidos* libremente por los ciudadanos usuarios", sin injerencia alguna de autoridad pública que tenga intervención en la determinación sobre a quiénes va a corresponder, en definitiva, llevar esa representación ante las Juntas o Consejos Directivos de las entidades descentralizadas del orden municipal responsables de la prestación de los servicios públicos locales. Es decir, cómo es va a asegurar la participación efectiva de la comunidad en el manejo de los asuntos públicos de carácter local, cuando, de un lado, no hay un proceso electoral realizado y supervigilado ante y por los organismos de la Rama Electoral del Poder Público en el país, con aplicación del sistema electoral vigente, y cuando de otro lado la ley no le impone, a los usuarios de esos servicios públicos, la obligación de constituir y agruparse en una sola confederación, liga, asociación, o fundación de usuarios de los mismos servicios, que haga la correspondiente designación o elección.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

Resuelve:

Confirmar la providencia de 26 de julio de 1988, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en cuanto no decretó la suspensión provisional del acto acusado.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada el día treinta y uno (31) de agosto de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Amado Gutiérrez Velásquez, Euclides Londoño Cardona, Jorge Penen Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

REVOCACION DE ACTOS ADMINISTRATIVOS.— PODER DE POLICIA. Permisos.

El "permiso" de que trata el artículo 14 del Código Nacional de Policía resulta ser eminentemente revocable o sometido a caducidad o a una especie de condición resolutoria.

Revoca la sentencia del Tribunal de origen que declaró la nulidad de la Resolución 877 de diciembre 30 de 1985 expedida por el Alcalde de Bucaramanga y LEVANTA LA SUSPENSION PROVISIONAL decretada.

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

Consejero ponente: *Doctor Guillermo Benavides Melo.*

Referencia: Expediente número 689. Actor: Willianson Chahin Correa.

1. Antecedentes:

Por intermedio de apoderado y en acción de restablecimiento del derecho, el señor Willianson Chahin Correa demandó, ante el Tribunal Administrativo de Santander la nulidad de la Resolución número 877 de 1985 (diciembre 30), expedida por el Alcalde de Bucaramanga, así como el restablecimiento del derecho que el actor consideró lesionado, y el pago de perjuicios ocasionados por el acto administrativo. Igualmente solicitó el decreto de suspensión provisional. El Tribunal de instancia admitió la demanda y dispuso la medida cautelar. El Municipio de Bucaramanga se constituyó en parte impugnadora y apeló del auto admisorio de la demanda en la parte que decretó la suspensión, recurso que fue resuelto por el Consejo de Estado en el sentido de mantener aquella. Cursado el proceso conforme a las disposiciones legales pertinentes, las partes y el Ministerio Público alegaron de conclusión en primera instancia, y el Tribunal dictó sentencia, despachando favorablemente las pretensiones del actor. Inconforme el municipio con los resultados del pleito, interpuso y sustentó recurso de apelación, recurso que origina el presente pronunciamiento.

2. El acto acusado:

El texto de la Resolución número 877 de 1985 es del siguiente tenor:

"Cancela un permiso concedido por medio de la Resolución número 741 de funcionamiento de los juegos 'ESFERODROMO' y 'BLAK JAK'.

"EL ALCALDE DE BUCARAMANGA,

"en uso de sus facultades legales y de conformidad con el artículo 7º de la Resolución 741 de 1983 y del Decreto número 234 de octubre 7 de 1985,

"RESUELVE:

"A partir del día 1º de enero de 1986 cancélase el permiso concedido al señor Héctor Octavio Díaz, para el funcionamiento de los juegos denominados 'ESFERODROMO' y 'BLAK JAK' o '21 AMERICANA', en la calle 33 número 17-44 de esta ciudad, por medio de la Resolución número 741 de noviembre 9 de 1983.

"Comisiónase a la Inspección Municipal de Policía, adscrita a la Secretaría de Hacienda Municipal (juegos, rifas y espectáculos) para velar por el cumplimiento de la presente Resolución.

"Copia de la presente disposición será enviada a las autoridades de Policía, para los fines a que haya lugar.

"Contra la presente Resolución no procede ningún recurso".

3. La demanda:

El actor presenta los hechos que en la siguiente síntesis se expresan: La Alcaldía de Bucaramanga mediante Resolución 741 de 1983 (noviembre 9) otorgó al señor Héctor Octavio Díaz permiso para el funcionamiento de los juegos a que se ha hecho mención y estableció un impuesto mensual que ha sido cancelado rigurosamente; mediante la Resolución acusada, el Alcalde canceló ilegal e inconstitucionalmente el permiso, tomando como antecedente la Resolución número 741 de 1983 y el Decreto 234 de 1985, fuerzas de policía ejecutaron el acto acusado que no fue notificado a los interesados; el actor adquirió el derecho por copra a quien inicialente fue concedido el permiso.

Como normas violadas se mencionan los artículos 17, 26 y 39 de la Constitución Política; 28, 44, 47, 48, 50, 73, 74 y 76 del Código Contencioso Adminisrtativo. Las razones de la violación las hace consistir en que el acto acusado, lejos de proteger el trabajo, lo impide; pretermitió en su expedición todos los procedimientos administrativos ordenados por la ley; restringió el ejercicio de una profesión lícita. Por otra parte, nunca fue comunicada al actor la actuación administrativa que culminaría con la Resolución materia del proceso; ésta no fue notificada y sin embargo la administración municipal procedió a su ejecución y complimiento; impidió dicha reparticición el ejercicio de los recursos a que tenía derecho el actor. Además, la Resolución 741 de 1983, revocada por el acto acusado, había creado a favor del demandante una situación jurídica particular y concreta, traducida en el reconocimiento de un derecho que no podía ser desconocido sin el consentimiento expreso y escrito del titular del mismo. A la decisión acusada llegó la Alcaldía sin satisfacer el procedimiento que el artículo

74 del Código Contencioso Administrativo establece para la revocatoria de actos particulares, no motivó su contenido y ordenó el cumplimiento de la misma sin que se hallara ejecutoriada legalmente.

En el alegato de conclusión el apoderado del actor ratifica los puntos anteriores y afirma que los hechos aducidos en la demanda se encuentran suficientemente demostrados sin que, a su turno, la administración haya podido desvirtuarlos. Centralmente, invoca las providencias del Tribunal de instancia y de esta Corporación cuando decidieron sobre la suspensión provisional, para concluir que deben ser despachadas favorablemente sus pretensiones. Durante la segunda instancia, ratificó sus puntos de vista. No se tendrán en cuenta memoriales presentados extemporáneamente por el actor.

4. La impugnación:

El Municipio de Bucaramanga, a través de apoderado impugnó la demanda y apeló del auto admisorio de la misma, en relación con la suspensión provisional, recurso que fue resuelto en el sentido de confirmar la decisión de primera instancia. En tiempo oportuno, el Municipio alegó de conclusión, resaltando los siguientes puntos: a) El actor carece de legitimación en la causa, toda vez que el permiso otorgado por el municipio no es endosable o traspasable a terceros, como ocurrió en este caso; b) El Código Contencioso Administrativo no es aplicable al caso concreto porque el acto acusado es un acto de policía sometido a régimen especial conforme al Código de la materia, expedido para el Departamento de Santander, por virtud de lo dicho en el inciso tercero del artículo 1º del Código Contencioso Administrativo, según el cual, las normas del primer Libro de ese estatuto no se aplican a los procedimientos de policía, que requieren decisiones de ejecución inmediata, para evitar o remediar una perturbación del orden público; c) Dicho Código Departamental prevé situaciones como la que es materia de la controversia; d) El fundamento de la cancelación del permiso otorgado se encuentra en el hecho de haberse extinguido el reglamento en el cual se fundó, por virtud de la expedición de normas que convirtieron el juego de "esferódromo" en prohibido; e) La censura por falta de notificación de la Resolución acusada no es de recibo por cuanto siendo la notificación distinta y posterior al acto administrativo, mal puede acusarse éste por cuestiones que no le son intrínsecas y sustanciales; f) Mal podía ser notificada la Resolución al actor, cuando éste no era el titular del permiso ni registró su nombre como tal en las dependencias municipales competentes; g) No siendo los recursos parte del acto administrativo, la falta de indicación sobre éstos no implica nulidad de aquél; h) La motivación del acto no era indispensable; pero de todas maneras, al señalar el mismo que la decisión se adoptó con fundamento en unas normas concretas de superior jerarquía, se estaba fundamentando la parte resolutiva; i) Como el Libro Primero del Código Contencioso Administrativo no es aplicable en este caso, no es legítimo invocar los artículos 73 y 74 que regulan un fenómeno ajeno a la situación generada por el acto controvertido en el proceso. Estos mismos argumentos, debidamente desarrollados, fueron repetidos en el alegato de la segunda instancia.

5. El concepto del Ministerio Público:

El señor Fiscal ante el Tribunal de instancia considera procedentes las pretensiones del actor por cuanto: a) La Resolución acusada despojó al demandante de un derecho adquirido conforme a la ley; b) Este acto administrativo se expidió sin motivación alguna y sin advertencia o comunicación en la cual se expusiera razón alguna para proceder como lo hizo el Alcalde de Bucaramanga; c) El Municipio recibió los impuestos asignados al demandante, y ello constituye consentimiento para que el permiso otorgado continúe en vigencia; d) Para la cancelación de dicho permiso no medió consentimiento expreso y escrito de su titular; e) La Administración no dio satisfacción al procedimiento consagrado en el artículo 74 del Código Contencioso Administrativo para proceder a la revocación directa de un acto particular; f) La Resolución no fue notificada. El concepto considera que las razones anteriores fundamentan la razón de la demanda que debe despacharse favorablemente.

Por su parte el señor Fiscal Primero ante el Consejo de Estado conceptúa en el sentido de confirmar la sentencia apelada porque, como el demandado, encuentra que el actor carece de legitimación en la causa. Para ello se fundamenta en normas del Código Nacional de Policía y del Código de Policía del Departamento de Santander, al tenor de las cuales el permiso concedido para actividades como la considerada en este proceso, resulta intrasferible. Razona así:

"...ocurre que dentro de los distintos permisos que la Administración concede a los particulares, se distinguen aquellos que se conceden a las personas naturales en atención a sus particulares calidades y teniendo en cuenta el tipo de actividades que se está autorizando (v. gr. el porte de armas), de aquellas que se otorgan a personas jurídica o a establecimientos comerciales.

"Es innegable que el permiso concedido al señor Díaz corresponde a la primera de las modalidades citadas; y es que cuando se trata de un establecimiento en donde se van a ofrecer al público unos servicios de distracción que por sus particulares características y consecuencias, juegos de azar que se pueden convertir en vicios, suelen ser restringidos a un grupo seleccionado de persona (mayores de edad), es indispensable, a nuestra manera de ver, que sea una persona que reúna unas calidades especiales para que pueda ser beneficiario de tal permiso y en tal virtud a él y sólo a él se le permite tal actividad".

Con fundamento en esos razonamientos el señor Agente del Ministerio Público considera que debe levantarse la suspensión provisional de los efectos del acto acusado, anularse la sentencia recurrida y en su lugar, declararse inhibido el Consejo para fallar en el fondo por ineptitud sustantiva de la demanda.

6. Consideraciones del Consejo de Estado:

6.1. La legitimación de la causa. Frente a las peticiones de la parte demandada y del Fiscal Primero de la Corporación en el sentido

de que se declare carencia de legitimación en la causa por parte del demandado, es preciso averiguar si, al momento de la expedición del permiso para el funcionamiento de los juegos a que se refiere el acto acusado, alguna norma legal o reglamentaria lo consideraba intransferible. Como quiera que el Código de Policía del Departamento de Santander inició su vigencia el 1º de abril de 1985, sus disposiciones no gobernaron la expedición y regulación del permiso a que se refiere la Resolución número 741 de 9 de noviembre de 1983, y como en el proceso no obra disposición ordenanzal distinta y anterior al Código citado, es necesario apoyarse solamente en el Código Nacional de Policía, que en el artículo 16 establece cómo el permiso es personal e intrasferible "cuando se otorga en atención a las calidades individuales de su titular", lo cual significa que cuando esas calidades no son requeridas de manera expresa por la ley, el permiso no puede ser objeto de una restricción como la propuesta. Además, no deben confundirse las calidades del permisionario, con la actividad que ha de desarrollar en ejercicio de la autorización concedida, como parece indicarlos la Fiscalía al hacer énfasis en la necesidad de prevenir y vigilar de manera especial, juegos que si bien, permitidos, pueden inducir a vicios. Si la restricción a las libertades ha de estar expresamente autorizada por la ley, y ésta no lo ha hecho en casos como el que es materia de juzgamiento, no es lícito al sentenciador hacer extensiva a situaciones no señaladas directamente, las prohibiciones o limitaciones establecidas para otros hechos. Para que pudiera entenderse que resulta otorgado el permiso de funcionamiento de los juegos en razón de las calidades del primer beneficiario, habría necesidad de hallar las disposiciones que lo dijeran y, naturalmente, las que establecieran cómo se acreditan esa calidades personales tan especiales que sólo quienes las demuestren pueden llegar a obtener la autorización de que se trate. Como evidentemente esta no es la situación que se analiza, ha de convenirse, y así lo declara el Consejo, que la cesión de la licencia de funcionamiento o permiso fue válida y que, por consiguiente, el actor goza de personería sustantiva o legitimación en la causa.

6.2. La situación jurídica creada por la Resolución número 741 de 1983 que concedió el permiso de funcionamiento. Sostienen la parte actora y el Ministerio Público, que la Resolución número 741 de 1983 expedida por el Alcalde de Bucaramanga creó a favor del actor, y obviamente de su cedente, una situación jurídica particular y concreta amparada por el artículo 73 del Código Contencioso Administrativo contra la revocación directa y que, en consecuencia, el acto acusado violó dicha disposición. En igual sentido se pronunciaron el Tribunal de instancia y esta Corporación al resolver sobre la suspensión provisional de la Resolución número 877 de 1985, acusada. Pero considera ahora la Sala que, como lo advierte el impugnador, existe error en la interpretación de las normas legales que tal conclusión sentaron, si bien es cierto que, no la tiene cuando afirma que el caso no se regula por las otras disposiciones del Código Administrativo.

En efecto, el "permiso", que la doctrina "perfila hoy como un acto de la administración por el que ésta consiente a un particular el ejercicio de una actividad inicialmente prohibida" (García de Enterría), y que el artículo 14 de nuestro Código Nacional de Policía establece,

resulta ser eminentemente revocable o sometido a caducidad o a una especie de condición resolutoria, como se desprende de los artículos 16, 17 y 18 del Código citado, y según los cuales, el permiso debe expresar con claridad las condiciones de su caducidad (art. 16); la ley o el reglamento señalarán el término por el cual se otorga y las causas de su revocación (art. 17); la revocación compete, por regla general a la misma autoridad administrativa que otorgó el permiso. Es decir, que la vigencia del permiso, sometida a las normas anteriores, constituye una negación a la posibilidad de que genere situaciones inmodificables o, como suele decirse impropiamente, derechos adquiridos no revocables sino en virtud de consentimiento expreso y escrito de su titular (C. C. A., art. 73). Esa condición se desprende también del artículo 15 del Código Nacional de Policía, ya que, cuando la ley o el reglamento subordine el ejercicio de una actividad o ciertas condiciones o al cumplimiento de ciertos requisitos, dicha actividad no podrá ejercerse sino mediante el correspondiente permiso otorgado previa la comprobación de aquéllas o el cumplimiento de éstos. Si condiciones y requisitos para el desempeño de una actividad se requieren al ser autorizada ésta, es obvio que al desaparecer unas u otros, la actividad dejó de enmarcarse en las posibilidades que permitieron su autorización y, por consiguiente, dejó también de ser legítima, cuestión que desde un principio estaba señalada como una especie "de regla de juego" para el ejercicio de la facultad. Por ello resulta aplicable a nuestro derecho el siguiente comentario de E. García de Enterría sobre el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955 (España):

"El artículo 16 de el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales establece en su número 1 que 'las licencias... deberán ser revocadas cuando desaparecieren las circunstancias que motivaron su otorgamiento o sobrevinieren otras que, de haber existido a la sazón, habrían justificado la denegación', revocación que, además, no tiene que ser indemnizada por la administración, como resulta o *contrario sensu* de lo dispuesto en el numeral 3 del mismo artículo. El precepto en cuestión rompe, pues, con el tópico principio de la intangibilidad de los actos declarativos de derechos y lo hace a partir de un hecho capital: La vinculación necesaria de este tipo de autorizaciones a las circunstancias concurrentes al momento en que se otorgaron y el implícito condicionamiento de las mismas a la permanente compatibilidad de la actividad autorizada con el superior interés público, cuya prevalencia no puede quedar subordinada al resultado de una valorización inicial inmodificable" (Curso de Derecho Administrativo, 2ª Edición, Civitas, Madrid, 1982, Tomo Segundo, página 126).

En providencia de 14 de noviembre de 1986 (Expediente número 49; Actor Fabio Tobón Jaramillo), el ponente en este proceso tuvo ocasión de precisar el punto en caso semejante, y dijo:

"Si se observa la naturaleza del visto bueno otorgado por la Federación, se encuentra que dicho acto no crea ninguna situación jurídica de carácter particular y concreto, ni reconoce un derecho de igual categoría de aquellos a que se refiere el artículo 73 del Código Contencioso Administrativo. La verdad es que ese acto de la Federación Nacional de Cafeteros envuelve una condición resolutoria, figura que

no por venir del derecho privado deja de tener fisonomía y aplicación en el derecho administrativo. En efecto, el visto bueno que permite la inscripción en el registro de exportadores de café en el Incomex, ha de suponer, por lo menos en principio, que el solicitante acreditó sus calidades como exportador y que, una vez inscrito, las mantiene, y por ello puede continuar siendo exportador. Mas cuando desmerece como tal, según lo establecido por la Federación, se cumple la condición resolutoria que quita el fundamento al visto bueno; de donde puede válidamente deducirse que éste constituye un acto con vigencia sometida a la satisfacción contínua de los requisitos que sirvieron de base para su expedición.

"En cambio, las situaciones particulares y el reconocimiento de derechos a que se refiere el artículo 73 del Código Contencioso Administrativo, resultan de actos administrativos no condicionados a ninguna conducta específica del beneficiario, una vez creadas o modificadas por ellos y, por tanto, no son actos administrativos 'precarios', como los llama la doctrina, sino definitivos, en el sentido de no depender, desde el momento de su firmeza, de acontecimientos posteriores a ella.

"Como consecuencia de lo anterior, puede decirse que la revocación directa, con las restricciones predicadas por el artículo 73 en cita, sólo es posible en relación con actos administrativos que tengan el carácter de definitivos, y por causales específicas también señaladas en el artículo 69 del mismo estatuto. Estas, evidentemente no podrían predicarse de actos como el que es obejto de la presente acción, porque las razones de ilegalidad, inconstitucional o inconveniencia en que se apoya el texto del artículo 69, no son predicables... del acto que concede el visto bueno".

Dijo también el Consejo: "A juicio de la Sala, la Resolución impugnada no es un acto de revocación del permiso otorgado, sino la cancelación del mismo. El acto de revocación se funda en circunstancias anteriores o coetáneas al acto que se revoca, constitutivas de vicios que afectan su validez o legitimidad. En cambio, la cancelación se produce por circunstancias sobrevinientes y que, por lo mismo, surgen durante la ejecución del permiso, que no afectan su validez sino que impiden que continúe su ejecución. En el caso de autos se trata de un acto de cancelación por hechos sobrevinientes constitutivos de incumplimiento de obligaciones derivadas del permiso, y por esta razón no se configura violación del artículo 24 del Decreto 2733 que regula un fenómeno jurídico diferente, como es el de la revocación directa" (Sentencia, agosto 30 de 1978, Sección Primera, *Anales*, Tomo XCV, página 180).

Se ajustó a tales apreciaciones y conceptos, la Resolución 741 de 1983 "por la cual se concede permiso y se fija el impuesto municipal al señor Héctor Octavio Díaz por el funcionamiento de los juegos denominados 'esferódromo' y 'blak jak' ", cuando dispuso en el artículo 7º la reserva del derecho de cancelación de tal permiso, para cuando la Alcaldía, por cualquiera circunstancia de orden legal, social o de conveniencia administrativa, lo considerara del caso. Bien cierto es que tal cancelación o revocación del acto por el cual se expidió la licencia no podría haberse ejecutado como consecuencia del ejercicio

de una ilímite facultad discrecional de la autoridad, pero también lo es que, si de conformidad con normas legales pertinentes, aparece la posibilidad de ejercer la competencia en tal sentido, no viola ley quien así la emplea. En el presente caso, la autoridad precedió a la aplicación concreta de la facultad contenida en el mencionado artículo 7º de la Resolución permisoria, el Decreto número 234 de 1985 (octubre 7) expedido por la Alcaldía de Bucaramanga, no acusado en esa acción, y por medio del cual el denominado juego de "esferódromo" resultó clasificado como de suerte y azar, "y como tal, prohibido su funcionamiento en toda la jurisdicción del Municipio de Bucaramanga".

Ahora bien, el artículo 1º del Decreto legislativo 28 de 1906, prohibió en todo el territorio de la República los juegos de suerte y azar; y el artículo 17 del Decreto 1986 de 1927 señaló como juegos prohibidos, en concordancia con la norma anterior, aquellos en que la ganancia depende exclusivamente de la suerte y el azar, sin que los jugadores mediante su habilidad y buena fe, puedan hacer inclinar la fortuna favorablemente. No dispusieron más las normas nacionales en esta materia. Pero el artículo 98, numeral 42 del Código de Régimen Político y Municipal, reproducido por el artículo 62, numeral 18 del Decreto-ley 1222 de 1986, otorgó a las Asambleas Departamentales la facultad de "reglamentar y gravar los juegos permitidos", reglamentación que, a la luz de las disposiciones nacionales arriba mencionadas, bien pueden entenderse, para los efectos de esta providencia, como la facultad de definir en los casos concretos si un juego determinado es de suerte y azar o no, para, en consecuencia, situarlo inmediatamente en la clasificación de permitido o prohibido. Si no existen normas de más alta jerarquía, y no podría existir, que clasifiquen todos y cada uno de los juegos imaginables entre de suerte y azar, o de habilidad y buena fe, es lógico sostener que esa tarea concreta de ir clasificando cada juego en algunas de las dos categorías, cabe perfectamente dentro de la facultad otorgada a las Asambleas y cuyo ejercicio comienza con dicha clasificación y se desenvuelve a través de la reglamentación de la forma como ha de ejercitarse la habilidad y la buena fe en relación con aquellos juegos que por no ser de suerte y azar, resultan permitidos.

De lo anterior se deduce también que no es facultad de los Alcaldes hacer tal reglamentación. Pero como ya se advirtió, el Decreto municipal número 234 de 1985 en el cual se funda y apoya directamente la Resolución que canceló el permiso para el funcionamiento del juego de esferódromo, no fue atacado por ilegal. Y como la justicia administrativa es rogada, no le es dable al Consejo en este momento manifestar su facultad jurisdiccional en relación con ese acto administrativo no sometido a controversia, lo cual conduce a considerarlo amparado aún por la presunción de legalidad que se extiende a todos los actos administrativos. Que es lo mismo que ocurre en relación con el alcance de la cancelación del permiso, extensiva al juego de "black jak" o "21 americana", no comprendido entre los de suerte y azar, y cuyo funcionamiento también fue eliminado.

La cita de los Decretos 28 de 1906 y 1986 de 1927 hecha con anterioridad, sirve para señalar cómo las condiciones legítimas y válidas existentes al momento de la concesión del permiso para el

funcionamiento del juego de "esferódromo", desaparecieron antes de la expedición del acto acusado, porque, si bien dicho juego era permitido cuando el Alcalde expidió la Resolución 741 de 1983, se convirtió en prohibido a partir de 7 de octubre de 1985, fecha en la cual fue dictado por el mismo Alcalde el Decreto 234 que tal clasificación del juego hizo, fecha anterior a la del acto acusado, que, como también se ha dicho, encontró su apoyo y fundamento en aquel Decreto.

Aplicando los principios anteriores el caso materia de la controversia, se deduce lo siguiente: a) El permiso contenido en la Resolución 741 de 1983 no creó situación jurídica amparada por el artículo 73 del Código Contencioso Administrativo; b) Como permiso o autorización que era, desde un comienzo estuvo condicionado en su vigencia temporal, a la permanencia de las circunstancias que le dieron origen; c) En el momento de su otorgamiento, el juego de esferódromo era permitido en el Municipio de Bucaramanga; d) Dicho juego se convirtió en prohibido a partir de 7 de octubre de 1985, fecha en la cual fue expedido el Decreto municipal 234; e) A paritr de esa fecha o de la de promulgación del Decreto, el Alcalde de Bucaramanga estaba, no sólo facultado sino obligado, a cancelar el permiso de funcionamiento del juego, porque así lo ordenan los Decretos 28 de 1906 y 1986 de 1927; f) La motivación o razón de ser de la medida que ahora se juzga se halla contenida en los Decretos mencionados y en el artículo 7º de la misma Resolución 741 de 1983; g) La cancelación del permiso, por no relacionarse con derecho adquirido alguno, tampoco genera obligación indemnizatoria para la Administración, en este caso el Municipio de Bucaramanga; h) Por ser la justicia contenciosa administrativa rogada, no habiendo sido objeto de demanda el Decreto 234 de 1985, el Consejo se halla en imposibilidad de pronunciarse sobre su legalidad y tal decreto goza de la presunción correspondiente; i) De igual manera, si bien el citado Decreto sólo prohibió en el Municipio de Bucaramanga el juego denominado esferódromo, y la Resolución atacada hizo extensiva la prohibición al llamado "black jack", por no haber sido considerada esta situación en la demanda, tampoco es posible referirse a tal extremo.

6.3. La falta de notificación. El acto de notificación, como el de promulgación o publicación, no es acto administrativo definitivo ni preparatorio, de trámite o ejecución, de aquellos que puedan ser materia de pronunciamiento por parte de la jurisdicción en lo contencioso administrativo. Por consiguiente, no puede prosperar el cargo de nulidad de la Resolución acusada por el hecho de no haberse surtido tal requisito, indispensable para que al acto administrativo produzca efectos, pero no integrante ni consustancial al mismo. Si el acto administrativo es ejecutado sin que lo preceda la mencionada notificación, contrariando así lo dispuesto por el artículo 48 del Código Contencioso Administrativo, otra clase de acciones, distintas a la de restablecimiento del derecho o la de simple de nulidad, otorga la ley al gobernado para conseguir la reparación del daño que le haya podido ocasionar la administración. De igual manera, el incumplimiento por parte de ésta, al no enterar al destinatario del acto, sobre los recursos que contra el mismo proceden (C. C. A., art. 47) o al decirle que ninguno procede, no afectan la validez del mismo, porque dichos recursos son externos al acto administrativo y pueden ser ejercitados

por quien tiene derecho e interés en hacerlo, así como acudir al Juez, con prescindencia de lo que haya dicho la entidad que expidió la providencia. Por ello es que el artículo 135 del Código permite ocurrir ante la jurisdicción cuando "las autoridades no hubieren dado la oportunidad de ejercer los recursos existentes" (numeral 2). El acto es nulo o anulable, no porque se haya prescindido de su notificación o porque se haya impedido el ejercicio de los recursos (no advirtiéndolos o negándolos expresamente), sino porque en su elaboración se haya incurrido en alguna de las causales que indica el artículo 84 del Código.

Los anteriores planteamientos son suficientes para señalar cómo la Resolución 877 de diciembre 30 de 1985 no violó ninguna de las disposiciones citadas y examinadas por la demanda en el concepto expuesto sobre transgresión de las mismas, todo lo cual permite al Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, dictar el siguiente

Fallo:

Primero. Revócase la sentencia pronunciada por el Tribunal Administrativo de Santander el día 17 de junio de 1987 y por medio de la cual fue declarada la nulidad de la Resolución número 877 de 30 de diciembre de 1985, expedida por el Alcalde de Bucaramanga y, como consecuencia, se ordenó el restablecimiento del derecho en favor del actor y fue condenado el Municipio de Bucaramanga a indemnizar perjuicios supuestamente causados al mismo demandante. Levántase la suspensión provisional decretada.

Segundo. Niéganse las pretensiones de la demanda.

Tercero. Condénase en costas a la parte actora. Tásense.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha nueve de septiembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Samuel Buitrago Hurtado, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

SUSPENSION PROVISIONAL.— Procedencia.

No debe invocarse, en respaldo de la suspensión provisional, disposiciones ya derogadas.

REVOCA SUSPENSION PROVISIONAL decretada por el Tribunal Administrativo de Neiva, respecto del artículo 2º del Decreto 088 de 15 de dicimebre de 1987.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., primero de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja.*

Expediente número 954. Actor: Luis Alfredo Perdomo Ramírez.

Se resuelve de plano el recurso de apelación interpuesto por el representante legal del Municipio de Gigante (Huila), contra el auto de 23 de marzo del corriente año, por medio del cual el Tribunal Contencioso Administrativo del Huila, dentro del juicio de nulidad contra el artículo 2º del Decreto número 088 de 1987 (diciembre 15), expedido por el Alcalde del municipio mencionado, decretó la suspensión provisional de dicho acto.

Suspensión provisional:

Bajo este acápite de la demanda se sustentó su aplicación en la siguiente forma:

El decreto inicialmente citado, por medio del cual se expidió y liquidó el presupuesto de rentas e ingresos y apropiaciones para el Municipio de Gigante, vigencia de 1988, determina en su artículo 1º, numeral 36, que por concepto de impuesto a las ventas para dicho año, el municipio ha de recibir $ 61.347.894. De este guarismo, según el artículo 6º de la Ley 12 de 1986 y artículo 250 del Decreto 1333 de ese mismo año, "el 25.8% de la cesión por concepto del IVA que llega a los municipios, se destinarán *para gastos de funcionamiento e inversión*" (Subrayas de la demanda). Y agrega: "Las mismas normas en su inciso segundo, disponen que la diferencia entre este valor y el tope de la asignación del IVA se destinarán *exclusivamente en gastos de inversión*" (Subrayas de la demanda), o sea el 74.2% equivalente a $ 45.520.137, y como el acto cuestionado sólo destina $ 22.221.523

para gastos de inversión, éste resulta violatorio de las citadas disposiciones legales; argumento que aceptó el *a quo* para decretar la suspensión provisional recurrida.

Apelación:

No se fundamenta en consideraciones legales, sino de orden prioritario en cuanto a las necesidades del municipio, para su mejor desarrollo, y en el hecho de que el máximo fiscalizador de Gigante, que es el Departamento Administrativo de Planeación Departamental, certificó en su Oficio DAP-947 que el cuestionado presupuesto de inversión y ejecución, para la vigencia fiscal de 1988, está conforme con el Decreto 77 de 1987, artículos 90 y 91, "y cumple con los fines establecidos en la Ley 12 de 1986, en torno a los proyectos a ejecutar con los recursos del IVA".

Consideraciones de la Sala:

No cabe duda que en el caso *sub júdice* el actor se equivocó al invocar en respaldo de la suspensión provisional decretada, disposiciones ya derogadas. Es así como en la demanda se señala la violación de los artículos 250 y 251 del Decreto 1333 de 1986 y el artículo 6º de la Ley 12 de 1986, normas estas que fueron expresamente derogadas por el artículo 100 de la Ley 75 de 1986, el cual no aparece citado en la demanda y que es del tenor siguiente: "Artículo 100. El artículo 6º de la Ley 12 de 1986, quedará así:

"Los ingresos adicionales provenientes del incremento de la cesión del impuesto a las ventas de que trata la presente ley se destinarán a gastos de inversión".

El artículo 250 del Decreto 1333 de 1986 contenía el mismo texto del artículo 6º de la Ley 12 y el 251 fue subsumido en el artículo 7º de la misma, luego también fueron derogadas.

Esta misma Sala ha dicho que no basta con afirmar genéricamente que los actos acusados son violatorios en forma ostensible y flagrante de normas superiores de derecho, sino que es necesario, que en la solicitud se encuentren las normas que de tal manera se consideren infringidas y se exprese el por qué de cada afirmación. Si se repara en los autos, se verá que las normas que se consideraron infringidas ya no existen y por consiguiente su comparación con el acto acusado, el decreto del Alcalde que liquidó el presupuesto de renta y gastos del Municipio de Gigante para la vigencia del año en curso, carece de objeto para los efectos de la suspensión solicitada.

En mérito de lo brevemente expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

Resuelve:

1º *Revocar* el auto proferido por el Tribunal Administrativo de Neiva, en cuanto dispuso suspender provisionalmente el artículo 2º del Decreto 088 de 15 de diciembre de 1987, de que trata el presente proceso.

2º En consecuencia, comuníquese esta providencia al Consejo y al Alcalde del Municipio de Gigante.

3º Ejecutoriada esta providencia, 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 su sesión de fecha treinta y uno de octubre de mil novecientos ochenta y ocho.

Samuel Buitrago Hurtado, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, No asistió; *Simón Rodríguez Rodríguez.*

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

DECRETOS METROPOLITANOS.— ACUERDOS METROPOLITANOS.

No puede el Municipio adoptar decisiones contrarias a lo prevenido en acuerdos y decretos metropolitanos.

CONFIRMA LA SUSPENSION PROVISIONAL de la Resolución número 438 de junio 29 de 1988 expedida por el Alcalde del Municipio de Itagüí (Antioquia).

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., dos de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Consejero ponente: *Doctor Simón Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Proceso número 1010. Demandante: Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Limitada.

Se decide de plano el recurso de apelación interpuesto por el Municipio de Itagüí a través de su Alcalde, representante legal del mismo y quien confirió poder a abogado, contra el auto de 22 de julio de 1988 proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia y por el cual luego de admitir la demanda decretó la suspensión provisional de la Resolución número 438 de 29 de junio de 1988 expedida por el señor Alcalde del referido Municipio "por medio de la cual se suspende la obra de construcción con destino al tren metropolitano en el Municipio de Itagüí".

Acto acusado:

Lo es la Resolución número 438 de 29 de junio de 1988 que ordena lo siguiente:

"RESUELVE:

"*Artículo primero:* Suspender las obras que a la fecha viene realizando el tren metropolitano, hasta tanto obtengan la respectiva licencia de construcción por parte de la Dirección de Planeación Municipal de Itagüí y hasta tanto se garantice que no habrá derrame de valorización o plusvalía al Municipio de Itagüí.

"*Artículo segundo:* Para dar estricto cumplimiento a esta providencia comisiónase a la Secretaría de Gobierno Municipal para

que por medio de las Inspecciones Municipales, proceda a tomar las medidas pertinentes para la suspensión material y efectiva de las obras.

"*Artículo tercero:* La presente Resolución rige a partir de la fecha de su expedición.

"Comuníquese y cúmplase".

Sentencia del Tribunal:

Este proveyó a la admisión de la demanda y a la suspensión del acto impugnado y para adoptar esta última medida adujo las siguientes consideraciones:

"Consideraciones del Tribunal.

"1. En ejercicio de las facultades conferidas por la Ley 61 de 1978 fue expedido el Decreto 3104 de 1979, 'por el cual se dictan normas para la organización y funcionamiento de las Areas Metropolitanas'.

"En su artículo 4º establece que 'el Gobierno y la Administración de las Areas Metropolitanas estarán a cargo de una Junta y un Alcalde Metropolitano' expiden acuerdos y decretos metropolitanos, respectivamente, artículos 6º y 10.

"El artículo 6º, numeral 1, literal e), señala como función de la Junta Metropolitana, por medio de acuerdos metropolitanos:

" 'Adoptar el Plan Vial y los Planes Maestros de Servicios Públicos para el Area'.

"Al referirse a las relaciones del Area Metropolitana y los municipios que la conforman, el artículo 3º, establece:

" '*Los acuerdos y decretos metropolitanos serán obligatorios para las autoridades municipales del Area y no podrán, en consecuencia, ser desconocidos mediante actos administrativos de los Concejos y Alcaldes de los municipios que la conforman*' Subrayas del Tribunal.

"Posteriormente el Decreto 1333 de 1986, 'por el cual se expide el Código de Régimen Municipal', incluyó las disposiciones transcritas anteriores (arts. 352, 354, 358 y 351, respectivamente).

"2. Como lo afirma la entidad demandante, el proyecto vial y de transporte del corredor del río Medellín, a que se refieren los planos anexados (fls. 1, 2, 3 y 4), fue adoptado para el Area Metropolitana mediante Acuerdo metropolitano número 8 de 1981.

"Mediante Acuerdo metropolitano 8 de 1984, se encomendó al Departamento Administrativo de Planeación Metropolitana la definición que haya de asumirse respecto al Plan Maestro del sistema de transporte masivo del Area Metropolitana del Valle del Aburrá y sus etapas de desarrollo. Además se dispuso que, para el cumplimiento de las funciones decisorias asignadas, este departamento elabore conjunta y armónicamente (debidamente

fundamentados), con la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Ltda., los proyectos requeridos, para lograr decisiones óptimas encaminadas al desarrollo del Area Metropolitana.

"Tal como se dispone en el artículo 1º de la Ordenanza número 34 de 1980, *el Municipio de Itagüí forma parte del Area Metropolitana del Valle del Aburrá* ('CRONICA METROPOLITANA', 1984, páginas 83, 84, 331, 332 y 47).

"En el artículo 1º de la Resolución acusada, el Alcalde municipal de Itagüí dispuso:

" 'Suspender las obras que a la fecha viene realizando el tren metropolitano, hasta tanto obtengan la respectiva licencia de construcción por parte de la Dirección de Planeación Municipal de Itagüí y hasta tanto se garantice que no habrá derrame de valorización o plusvalía al Municipio de Itagüí' (fl. 9).

"3. Como se deduce de las normas relacionadas y transcritas en el numeral anterior, no puede el Alcalde, ni las demás autoridades de los municipios que conforman el Area Metropolitana, tomar decisiones que contraríen lo establecido en los acuerdos y decretos metropolitanos".

Sustentación del recurso:

En extenso escrito el señor apoderado del Municipio de Itagüí pide que se revoque el auto apelado y para ello en razones que encasilla en el punto "primero" divaga sobre lo que es un "área metropolitana como institución" y en el punto "segundo" sostiene que "el Decreto 080 de enero 15 que entró a reglamentar la Ley 12 de 1986 en su artículo 13, otorgó ciertas prerrogativas a los municipios en relación con el transporte público urbano y suburbano; desplazando unas funciones que antes estaban en cabeza del INTRA a los entes territoriales municipales quienes asumen las nuevas funciones en especial lo relativo a la reglamentación del transporte y es así como el artículo 1º del Decreto 080 de 1987 le concede potestades a los municipios y al Distrito Especial de Bogotá, que luego de transcurrido un (1) año de vigencia del Decreto las ejercen plenamente a partir de comienzos del presente año el Municipio de Itagüí, a través del ejecutivo municipal ha comeznado (sic) la aplicación de la disposición referida" "...porque el Decreto 080 de 1987 es tajante en la forma de atribuir las competencias en estos casos y compete a los municipios a través de sus autoridades locales disponer la reglamentación en todo lo que al transporte urbano y suburbano atañe; y lógicamente lo que se pretende con la construcción del tren metropolitano tiene relación o incidencia con el *transporte terrestre* de pasajeros y ello es facultativo de la administración municipal; porque el fin primordial del proyecto de poner en marcha el tren metropolitano de Medellín, es para trasladar, o movilizar un gran número de personas que podrán utilizar este servicio, y si se aplican con criterios de interpretación lógicos y jurídicos la competencia para el permiso o visto bueno especial de transporte, éste se trasladó al INTRA y todo (sic) su organización a nivel nacional, departamental y municipal al ejecutivo municipal".

Consideraciones de la Sala:

No podía el Municipio de Itagüí, como lo hizo mediante la Resolución número 0438 de 29 de junio de 1988 objeto de impugnación, adoptar decisiones contrarias a lo prevenido en acuerdos y decretos metropolitanos, cual sucedió en el evento *sub lite*, y según lo prescribe el Decreto-ley 3104 de 1979 "por el cual se dictan normas para la organización y funcionamiento de las Areas Metropolitanas" en su artículo 3º transcrito en la providencia del Tribunal y que es reiterado en el artículo 351 del Decreto 1333 de 1986 "por el cual se expide el Código de Régimen Municipal", del siguiente tenor:

> "Los acuerdos y decretos metropolitanos serán obligatorios para las autoridades del Area (metropolitana, se anota) y no podrán, en consecuencia ser desconocidos mediante actos administrativos de los concejos y alcaldes de los municipios que la conforman".

En efecto, por medio de la Resolución 0348 se pretende *desconocer* lo ya decidido en el ordenamiento metropolitano respecto de las obras que deben realizarse en jurisdicción del Municipio de Itagüí y relacionadas con la construcción del tren metropolitano para el Area Metropolitana del Valle de Aburrá, a saber: El Acuerdo número 08 de 1981, Acuerdo número 08 de 1984 en armonía con el Acuerdo número 11 de 1984, todos de la Junta Metropolitana y además, la Ordenanza 34 de 1980 de la Asamblea Departamental de Antioquia, que en cumplimiento del artículo 16 del Decreto 1304 de 1979 dispuso el funcionamiento del Area Metropolitana en cuestión compuesta, entre otros municipios, por el de Itagüí.

Que la Resolución 438 se pudiera ajustar al Decreto 80 de 1987 en cuestión que no es dable dilucidar en este estado procesal, primero porque aquélla no lo cita entre los fundamentos legales que le sirven de apoyo y porque a primera vista se ve que tal Decreto trata de una cuestión distinta: Funciones dadas a los municipios en relación con el transporte urbano, a la que ahora se dilucida y relacionada con la construcción del tren metropolitano que rebasa los lindes municipales.

Se habrá de confirmar así la providencia apelada, que a su vez acoge los planteamientos del actor, porque, según se vio, sin mayores esfuerzos y de un solo golpe de vista, se advierte el quebranto por la Resolución acusada de normas de superior jerarquía que debe respetar, dándose por ende los presupuestos que tipifican el fenómeno procesal de la suspensión provisional según el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, decide confirmar el auto apelado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de treinta y uno (31) de octubre de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

Samuel Buitrago Hurtado, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

TITULO V

INDEMNIZACIONES

CAPITULO I

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

CONTRATO DE OBRA PUBLICA.— Perjuicios a terceros.

La persona que se dice lesionada nada tuvo que ver con el convenio; el que al ser ejecutado le produjo unos perjuicios que deben ser reparados por los responsables de los mismos.

RESPONSABILIDAD SOLIDARIA. Fundamento legal.

La solidaridad pretendida con su enfoque extracontractual tiene fundamento en el ordenamiento jurídico colombiano, en especial en su artículo 2344 del Código Civil.

RESPONSABILIDAD POR TRABAJOS PUBLICOS. Carácter.

La responsabilidad derivada de los trabajos públicos es objetiva. Causado el daño a un tercero la entidad dueña de la obra deberá resarcirlo.

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

Consejero ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente número 5084. Indemnizaciones. Actor: Alberto Romero Mendoza.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto tanto por la demandante como por la demandada contra la sentencia de enero 19 de 1987, dictada por el Tribunal Administrativo de Córdoba.

Mediante ese proveído dispuso el *a quo:*

"1º La Nación —Fondo Vial Nacional— es responsable de los daños y perjuicios causados al señor Alberto Romero Mendoza, con el señalamiento, extracción y aprovechamiento de materiales, tierra y piedra, de la cantera 'Cerro de Petrona', ubicada a seis kilómetros de Coveñas, para la construcción, reconstrucción y pavimentación de la carretera Nacional Lorica Tolú, sector Coveñas, ruta número 21, tramo 18 y espolones en enrocado en el Golfo de Morrosquillo.

"2º Condénase a la Nación, Fondo Vial Nacional, a pagar al señor Alberto Romero Mendoza, la suma de $ 5.098.416.00 pesos, por concepto de perjuicios materiales.

"3º Condénase a la Nación —Fondo Vial Nacional a pagar los intereses aumentados en la variación promedio mensual del índice al por mayor entre la fecha de la ejecutoria de la sentencia y su cumplimiento.

"4º Deniéganse las demás súplicas de la demanda.

"5º La Nación —Fondo Vial Nacional— dará cumplimiento a esta sentencia dentro del término a que se refiere el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo".

En el libelo narró en síntesis, los siguientes hechos:

1. Que previa Licitación número 529 de 1981, la Nación, Ministerio de Obras Públicas, Fondo Vial, celebró el contrato 223 de 1982 con el consorcio formado por José Sidney Martínez A. y la sociedad Aguilar y Cía. Ltda. Construcciones "para la construcción, reconstrucción y pavimentación del sector: Coveñas-Tolú, de la carretera Lorica-Tolú, ruta número 21, tramo 18", por un valor de $ 670.000.000.00.

2. Que en dicho contrato se previó la utilización de más de 300.000 metros cúbicos de material de cantera para la ejecución de la obra.

3. Que en el pliego de condiciones (1.4.2.) se señalaron por la entidad contratante las siguientes fuentes de materiales:

"2.1. *Cantera Vía Coveñas-Hueso:* Ubicada aproximadamente a 4.5 kilómetros de Coveñas, el material de esta fuente es apto para *terraplenes.*

"2.2. *Cantera Toluviejo:* Ubicada aproximadamente a 20 kilómetros de Tolú, *suministra material de base y para tratamiento superficial doble.*

"2.3. *Cantera La Perdiz:* Localizada aproximadamente a 1 kilómetro de la abscisa K 86+000 de la vía Coveñas-Tolú, el material es apto para *terraplenes.*

"2.4. *Cantera Cerro de Petrona:* Ubicada a 6 kilómetros de Coveñas, suministra *material para pedraplenes y enrocado".*

4. Que todo el material utilizado fue tomado, sin autorización, de la cantera Cerro de Petrona.

5. Que dicha cantera se encuentra ubicada en el predio "No hay como Dios", vereda El Aserradero del municipio de Purísima, de cabida aproximada a las 22 hectáreas y cuyos linderos se observan en el hecho 2.4.1.

6. Que el saqueo de la propiedad del demandante le causó no sólo perjuicios morales sino también materiales; aquéllos por la angustia que le produjo "el ver a las autoridades en esas actividades; sin mediar permiso o autorización"; y materiales traducidos en el valor de la piedra y tierra extraída de su predio para la ejecución del

contrato; en el valor de la compensación económica por la salida de esos materiales y el agotamiento de la cantera; el valor de los frutos del capital representativo de los materiales; los honorarios de abogado y "especialmente: 2.6.1. del señalamiento, de parte del Fondo Vial, de la cantera Cerro de Petrona, de propiedad privada del demandante dueño del predio 'No hay como Dios', donde se encuentra, como fuente de materiales; 2.6.2. de su extracción por parte del consorcio contratista, José Sidney Martínez Aguilar y Aguilar y Cía. Ltda. Construcciones; y 2.6.3. de su aprovechamiento de parte de la Nación, dueña de la obra".

En el capítulo los "elementos de derecho" se explica con amplitud la fundamentación jurídica de las pretensiones, en torno a los artículos 2º, 16, 20, 30 y 51 de la Constitución; 86 del Código Contencioso Administrativo; 659, 843, 1494, 1613, 1615, 1617, 2341, 2343, 2344 y 2447 del Código Civil; 8º de la Ley 153 de 1807; y 106 del Código Penal. Cita, además, los Decretos 2862, 3160, 153 y 154 de 1968, 1970 y 1976, de la Ley 64 de 1967 y la Resolución ejecutiva 09 de 12 de abril de 1928 del Ministerio de Minas y Petróleos.

De esa parte de la demanda se destaca como *causa petendi:*

"Pues bien:

"Si las *canteras* son del dueño del fundo, del predio o de la finca; y si la *cantera Cerro de Petrona* queda situada en predio adjudicado por el Estado, a través del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, 'INCORA', al señor Alfredo Romero Mendoza, desde hace más de 14 años, resulta palmar que al señalar el Fondo Vial Nacional como fuente de materiales para la ejecución del contrato 223 de 1982 entre la entidad y el *consorcio constructor,* sin contar con el dueño, sin pagarle y sin adquirir sus derechos, violó nuestro ordenamiento jurídico, especialmente los artículos 2º, 16, 20, 30 y 51 de la Constitución Nacional, lo que es suficiente para que sea condenado de dejar totalmente indemne al reclamante.

"El Fondo Vial Nacional en vez de producir el desconocimiento de la ajena propiedad estaba y está en la obligación de reconocerla y protegerla y, antes de señalarla como fuente de materiales, de incitar a su invasión y saqueo, sin contraprestación, tenía la obligación de entrar en arreglos con el dueño para pagarle sus derechos de salida de materiales, el valor de la piedra y tierra a utilizar en la construcción de la obra o comprarla, de acuerdo con las disposiciones legales que lo crearon y disciplinar sus funciones. En ejercicio de ellas *el Fondo debe,* según se lee en la página 367 del Manual de Organización de la Rama Ejecutiva del Poder Público (1978). "Adquirir todas las...*canteras*...*necesarias* para la construcción, mejoramiento y ensanche de las carreteras nacionales..."

"De este ilícito comportamiento del Fondo, a sabiendas, se han venido lucrando la Nación, dueña de la obra, y, desde luego, el Consorcio Contratista, José Sidney Martínez Aguilar y Aguilar y Compañía Limitada Construcciones, ejecutor directo y material del saqueo de la *cantera* de mi poderdante, razones suficientes

para que, de acuerdo con la sabia disposición del artículo 2344 del Código Civil, deban responder, *solidariamente*, con el Fondo Vial Nacional, de la totalidad de los perjuicios causados al señor Romero Mendoza.

"El Estado y el Consorcio Contratista no pueden ser socialistas en relación con el señor Romero Mendoza y capitalistas para todos los demás. Los artículos 2º, 16, 20, 30 y 51 de la Carta, para no mencionar otras disposiciones legales de variada índole, pero especialmente el 30, *garantizan su propiedad*, adquirida con justo título, *con el sudor de su frente, con su trabajo*, tanto que por ello, el propio Estado, por medio del 'INCORA' se la adjudicó".

El Tribunal de Córdoba, como se dijo, condenó sólo a la Nación —Fondo Vial Nacional—, por cuanto consideró que, no se daban los supuestos de la responsabilidad del consorcio. De los considerandos del fallo recurrido cabe destacar los siguientes apartes:

"Es ciertamente incuestionable, que de la cantera Cerro Petrona, se extrajo por parte de los contratantes un material para la construcción de una obra pública, así lo admite tanto la Nación, como los contratistas. De manera que sobre este punto del debate no existe problema alguno.

"Lo que sí importa determinar, habida consideración de que nos encontramos en presencia de la utilización por parte de la Nación, Fondo Vial Nacional y los contratistas particulares, Sociedad Aguilar y Compañía Limitada, Construcciones y José Sidney Martínez Aguilar de unas canteras, Cerro Petrona ubicadas en predio de propiedad privada, si las canteras mencionadas pertenecen a la Nación o son de propiedad del dueño del inmueble; si por haber sido adquirido el inmueble por el propietario mediante adjudicación que la Nación le hizo como baldío, la Nación se reservó las canteras allí existentes; quien debe, si hay lugar a ello, reparar los perjuicios causados y cuál es su monto.

"El primer punto de este debate, fue clarificado suficientemente por el honorable Consejo de Estado cuando el señor Ministro de Minas y Energía elevó consulta a la Sala de Servicio Civil y Consulta del alto Tribunal en este sentido y dicha entidad en lo pertinente, después de un amplio estudio del tema expresó en lo pertinente:

"

"Lo anterior quiere decir, que cuando las canteras se encuentran ubicadas en terrenos de propiedad privada, pertenecen al propietario del bien y no a la Nación.

"Por otra parte es un hecho cierto, que la cantera Cerro Petrona, se encuentra ubicada en un predio de propiedad privada. En el proceso reposa el título respectivo. La Resolución por medio de la cual el Instituto de la Reforma Agraria INCORA, le hizo la adjudicación del terreno baldío en donde se encuentra situada dicha cantera al señor Alberto Romero Mendoza.

"El título de ajudicación, por haberlo explotado por más de diez años, inicialmente se hizo con una cabida de veintidós hectáras, de las cuales, el adjudicatario, cedió a título de venta parte de ellas, según información suministrada por él a los señores peritos y debidamente constatado por el Tribunal en diligencia de inspección judicial.

"Pues bien en la Resolución de adjudicación hecha por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, no consta que el estado se hubiese reservado las canteras en él existentes, lo que quiere decir, que ella es de propiedad privada, parte ubicada en el predio 'No hay como Dios' de propiedad del demandante y parte de un colindante.

"Visto lo anterior, en resumen, se tiene, que las canteras situadas en propiedad privada, pertencen al dueño del fundo respectivo, que la cantera Cerro Petrona, se encuentra ubicada parcialmente en el predio 'No hay como Dios' de propiedad del señor Alberto Romero Pineda (sic) que de ella se hizo uso el Fondo Vial Nacional, la Nación y los contratistas de la obra, entonces, quién debe indemnizar?

"En el pliego de condiciones que el Fondo Vial Nacional dio a la luz para efectos de la licitación pública para adjudicar la construcción de la obra en el numeral 1.4.1., se dice:

"Materiales pétreos.

"El Fondo Vial Nacional ha calculado su presupuesto oficial siguiendo el plan utilización de fuentes y acarreos de materiales del pliego de condiciones.

"El proponente debe estudiar, preparar y presentar su propuesta con base en la utilización de las mismas fuentes de materiales y acarreos del presupuesto oficial, dando sus precios unitarios y el valor de los *item* de pago correspondientes.

"En el numeral 1.42 se dijo:

"Fuentes de materiales.

"Cantera Cerro Petrona: Ubicada a 6 kilómetros de Coveñas suministra material para pedraplenes y enrocado.

"En el Capítulo III del mismo pliego bajo el título de especificaciones particulares, párrafo final, se dice:

"Las especificaciones generales de construcción de febrero de 1970, se modificaron en las partes pertinentes, de acuerdo con la cláusula décimaquinta de la minuta de contrato, en el siguiente sentido:

" 'Será por cuenta del Fondo Vial Nacional la adquisición de zonas para la vía y el pago de perjuicios ocasionados a terceros cuando no se deban a culpa del contratista. Será por cuenta del contratista los costos de construcción, mejoramiento y conservación de las vías de acceso a las fuentes de materiales y demás gastos necesarios para la producción de éstos; los derechos de

explotación de préstamos y sus correspondientes servidumbres así como la obtención de los permisos y servidumbres que sean necesarios para estos casos, será responsabilidad del Fondo Vial'.

"Resulta de una claridad meridiana, que el Fondo Vial Nacional, se hizo responsable en el pliego de condiciones para la licitación de la obra pública, del costo de los materiales adquiridos de la cantera Cerro Petrona, y así resultó plasmado en el contrato respectivo.

"Pero es que de todas maneras en sentir del Tribunal, la responsabilidad de la entidad oficial, como 'dueña' o beneficiaria o por cuya cuenta se ejecutó la obra y se utilizaron los materiales, resulta evidente, pues el particular afectado, no tiene porqué conocer las relaciones contractuales entre la Nación y el contratista. A lo más la entidad pública en caso de pactar otra cosa, podría repetir lo pagado contra el contratista.

"En estas condiciones es claro, que siendo únicamente la responsabilidad de la Nación, debe prosperar la excepción propuesta por el señor apoderado de los contratistas y deberán ser absueltos".

"

"El valor de estos materiales con el precio, deducido en el informe es:

"Tierra = 99.583.44 a $ 6 m³	$ 43.816.50
"Roca = 202.184.50 a $ 25 m³	$ 5.054.606.00

"Avalúo total del material sacado de la finca 'No hay como Dios' del 'Cerro de Petrona' como dueño el señor Alberto Romero Mendoza es de ...$ 5.098.416.00 son: Cinco millones noventa y ocho mil cuatrocientos dieciséis pesos moneda corriente. Superficie dañada 2 hectáreas, 7.092 metros cuadrados.

"En cuanto a los perjuicios morales, se tiene, que ellos se producen cuando afecta los atributos de la personalidad, como el derecho a la vida, a la integridad personal, a un buen nombre, a una profesión, a la tranquilidad. Es decir que los perjuicios morales se producen cuando el daño o la lesión está íntimamente ligado a un derecho personal. Cuando se ocasiona un daño a una cosa o a un derecho real, no se dan los perjuicios morales, por cuanto los sentimientos afición (sic) no son compartidos por las cosas, lo que equivale a decir que para que surjan estos perjuicios deben existir relaciones afectivas mutuas. Por eso, cuando se menciona la posibilidad de un dolor por la pérdida o deterioro de una cosa, por mucho cariño que se le tenga no existen perjuicios morales por no existir reciprocidad".

Inconformes las partes con lo decidido (la Nación —Fondo Vial— y el señor Alberto Romero Mendoza) interpusieron recurso de apelación y lo sustentaron en forma adecuada.

Cumplido el trámite de la segunda instancia es oportuno entrar a decidir. Para ello, se considera:

Para la señora Fiscal la sentencia deberá ser revocada, para en su lugar absolver de toda responsabilidad a la Nación y al Fondo Vial Nacional y condenar al consorcio demandado.

Del concepto Fiscal de febrero 17 del presente año, que obra a folios 234 y siguientes, se destaca el siguiente aparte:

"Revisadas las pruebas allegadas al proceso, este despacho encuentra demostrada la propiedad del inmueble denominado 'No hay como Dios' en cabeza de Alberto Romero Mendoza a quien le fue adjudicado por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria mediante Resolución número 024054 de 3 de octubre de 1968, y registrada en la Oficina de Instrumentos Públicos Seccional Lorica según aparece en el certificado visible al folio 31 del cuaderno 1.

"Mediante la práctica de la diligencia de inspección judicial ordenada y decretada en el curso del proceso, se pudo constatar que la cantera correspondiente a 'Cerro Petrona' se encuentra ubicada dentro de los predios 'No hay como Dios' y Juan Arroyo y ha sido explotada en una extensión aproximada de 400 metros de largo por unos 180 de ancho, correspondiendo al predio 'No hay como Dios' aproximadamente 300 metros de largo por el mismo ancho (fl. 8, cuaderno 1).

"El origen de la explotación se encuentra en el pliego de condiciones de la Licitación pública número 529 para la construcción, reconstrucción y pavimentación de la carretera Coveñas-Tolú, que fue adjudicada por el Ministerio de Obras a través del Fondo Vial Nacional al consorcio conformado por José Sidney Martínez y Aguilar y Cía. Construcciones, y en el cual en el punto 1.4.1 referente a los materiales de la obra se dice que el Fondo Vial Nacional calculó el presupuesto oficial siguiendo el Plan Utilización de fuentes y acarreos de materiales al cual se debería ceñir el contratista, dentro del cual se contó con la explotación de la cantera Cerro Petrona ubicada a 6 kilómetros de Coveñas de donde se extraería material para pedraplenes y enrocado (pliego de condiciones).

"Lo anterior demuestra que una vez celebrado el respectivo contrato y puesto en ejecución se procedió a la explotación de la cantera de propiedad del señor Romero Mendoza a quien según se afirma nunca le pagaron sus derechos.

"El señalado contrato de obra celebrado por el Fondo Vial Nacional y el consorcio contratista tiene como característica ser de aquellos denominados contratos a precio unitario, que según el artículo 89 del Decreto 222 de 1983 se define como 'aquellos en los cuales se pacta el precio por unidades o cantidades de obra y su valor total es la suma de los productos que resultan de multiplicar las cantidades de obra ejecutadas por el precio de cada una de ellas, dentro de los límites que el mismo convenio fije.

" 'El contratista es el único responsable por la vinculación de personal, la celebración de subcontratos y la adquisición de ma-

teriales, todo lo cual realiza en su propio nombre y por su cuenta y riesgo, sin que el dueño de la obra adquiera responsabilidad alguna por dichos actos'.

"Acorde con la disposición se pactaron en el contrato las cláusulas sexta con sus parágrafos cuarto y tercero en los cuales se estableció que el consorcio contratista sería el único responsable entre otras cosas por la adquisición de materiales lo que se haría a su nombre y por su cuenta y riesgo, sin que el Fondo Vial hubiera adquirido responsabilidad alguna por dichos actos.

"Es claro entonces que la responsabilidad por las extracciones de material de la cantera, radica en cabeza del consorcio contratista quien por virtud del pacto contractual se obligó a suministrar los materiales por su cuenta y riesgo; el valor de lo extraído estaba incluido en el valor total del contrato.

"Está establecido que las canteras situadas dentro de terrenos de propiedad privada pertenecen al dueño del terreno, en este caso la cantera explotada por la firma contratista pertenece al señor Romero Mendoza por ser legítimo propietario del terreno; en esta forma le asiste todo el derecho para reclamar el valor del material extraído y como ya se vio, quien tiene que responder por este valor y el de los perjuicios que le fueron ocasionados por no haberse cancelado en su oportunidad, es el consorcio contratista según lo estipulado en el contrato de obra que diera lugar a la explotación de la cantera.

"Por lo expuesto se concluye que ni la Nación —Ministerio de Obras Públicas y Transporte—, ni el establecimiento denominado Fondo Vial Nacional, son responsables por los perjuicios que se hayan podido ocasionar por la explotación de la cantera, por lo tanto deberán ser exonerados de toda responsabilidad".

Historiado lo anterior, la Sala procede a exponer las razones de su decisión, siguiendo este orden: a) La demanda; b) La parte demandada y la solidaridad propuesta; c) La competencia de esta jurisdicción; d) La responsabilidad; e) El perjuicio; y f) El fallo de instancia.

a) La demanda.

Interpretada la demanda en su conjunto se infiere que mediante ella se pretende responsabilizar a la parte demandada por los daños causados a un tercero por la ejecución de una obra pública, o en otros términos, se quiere hacer efectiva esa responsabilidad por trabajos públicos.

Así se deslinda y destaca en el libelo el vínculo contractual que existió entre el Fondo Vial y el consorcio contratista (en virtud del contrato 223 de 1982 para la ejecución de la obra atrás mencionada, con sus cláusulas limitativas o exonerativas de responsabilidad) de la relación extracontractual que se conformó entre el tercero dueño de la cantera de la que se tomó el material para esa obra y los constructores dueños de la misma.

Si la controversia versara en torno a la primera relación, sería de índole contractual y su definición estaría gobernada casi con exclusividad por la cláusula 6º del contrato 223, y por el pliego de condiciones (P.1.4 y 1.4.1), en armonía con el artículo 78 del Decreto 150 de 1976. Pero la persona que se dice lesionada nada tuvo que ver con dicho convenio; el que al ser ejecutado le produjo unos perjuicios que deben ser reparados por los responsables de los mismos.

b) La parte demandada y la solidaridad.

Tal como se desprende de la transcripción que se hizo atrás, el señor Romero Mendoza demandó a la Nación, Fondo Vial Nacional, a José Sidney Martínez A. y a la sociedad "Aguilar y Cía. Ltda. Construcciones" *como solidariamente responsables* de los daños que se le causaron con el señalamiento, extracción y aprovechamiento de materiales, tierra y piedra de la cantera "Cerro de Petrona" para la construcción, reconstrucción y pavimentación de la carretera nacional Lorica-Tolú.

Para la Sala la solidaridad pretendida, con su enfoque extracontractual, tiene fundamento en el ordenamiento jurídico colombiano, en especial en su artículo 2344 del Código Civil; por cuanto los hechos pusieron en evidencia que el daño alegado por el señor Romero se debió a la actividad ilegal concurrente de las personas demandadas; en razón, unas, por ser propietarias de la obra y otra, por ser ejecutoria de la misma por cuenta de las primeras.

En este orden de ideas, la Sala ratifica en esta oportunidad la jurisprudencia elaborada en asunto similar y en relación con la responsabilidad por trabajos públicos.

Así, en sentencia de octubre 9 de 1985 (Procesos 4556, actora Gladys Mamby de Delgado) sostuvo al respecto:

"La responsabilidad por trabajos públicos fue consagrada por la Ley 167 de 1941 para la protección exclusiva de la propiedad inmueble. Mediante el contencioso regulado en los artículos 261 y siguientes se preveía la indemnización de los perjuicios causados bien por la ocupación permanente o transitoria de la propiedad inmueble o por los daños producidos por la misma. Merced a la sentencia de 20 de junio de 1955, que declaró la inexequibilidad de los artículos 261 a 268 en cuanto tocaron con la ocupación permanente, la acción quedó circunscrita a la ocupación transitoria y a los daños en los inmuebles.

"En un primer período (desde 1941 hasta la expedición del Decreto 528 de 1964) la indemnización por otros daños (muerte o lesiones personales causadas por esos trabajos públicos, por ejemplo) debía exigirse ante la justicia ordinaria.

"Luego, con la expedición del Decreto citado, la responsabilidad por esos trabajos quedó así: La ocupación transitoria y los daños en la propiedad inmueble, sujeta al contencioso especial de trabajos públicos; la indemnización por muerte, lesiones personales y las demás lesiones sufridas en otros bienes o derechos, sometida a la acción extracontractual de reparación directa (arts. 31 y 32 del Decreto 528).

"En la actualidad y gracias al nuevo código (administrativo, se entiende o Decreto 01 de 1984) la indemnización por trabajos públicos, cualquiera sea el derecho lesionado, se somete a las reglas generales propias de la responsabilidad estatal. Así, hoy no existe un contencioso separado y la acción de reparación directa y cumplimiento se somete a un mismo procedimiento (arts. 217 y ss.).

"Se hace el recuento histórico para ver que no existía una esencial justificación para el trato discriminatorio entre las acciones de responsabilidad comunes u ordinarias y la especial por trabajos públicos. Quizás la única justificación era de carácter histórico.

"Con todo, las construcciones doctrinarias y jurisprudenciales que se elaboraron en torno a la figura de los trabajos públicos conservan aún su vigencia, sobre todo en lo que tocan con la entidad pública dueña de la obra y con su ejecución directa o a través de contratistas suyos.

"Fueron unánimes tanto la doctrina extranjera como la nacional, así como la jurisprudencia, en sostener que el trabajo no dejaba de ser público por el hecho de que lo ejecutara un contratista particular a nombre de la entidad pública. En sentencia de 20 de marzo de 1956, esta Corporación destacó entre los elementos tipificantes de esos trabajos públicos que éstos fueran efectuados por cuenta del Estado, 'ya directa o indirectamente' y que el trabajo tuviera una finalidad de interés público o social.

"No tendría sentido alguno la afirmación de que cuando esa indemnización se refiera a daños en la propiedad inmueble o a su ocupación transitoria, la persona responsable puede ser la entidad pública así haya ejecutado directamente el trabajo o a través de un contratista suyo, pero cuando la lesión recaiga en otros derechos de mayor significación (la vida o la integridad personal, por ejemplo) sólo responde por lo que haga directamente. Lo planteado carecería de significación ética. Además, donde existe la misma razón debe existir similar disposición, según enseña una regla de interpretación racional.

"Cuando la administración contrata la ejecución de una obra pública es como si la ejecutara directamente. Es ella la dueña de obra; su pago afecta siempre el patrimonio estatal y su realización obedece siempre a razones de servicio y de interés general. El hecho de que no la ejecute con personal vinculado a su servicio obedece, la más de las veces, a insuficiencia o incapacidad técnica de su propio personal o a falta de equipo adecuado. Por tal razón la administración, sin que por eso pierda la actividad el carácter de público, debe acudir a la colaboración de los particulares para el cumplimiento de ciertos cometidos de servicio. La colaboración en el caso de obra pública no vuelve privada esa actividad, como no le quita el carácter de público al trabajo así ejecutado. Esa colaboración por participación cuando es voluntaria, caso del concontratante de la administración cuya actividad tienda a la prestación o ejecución de un servicio público, hace a este particular partícipe ocasional de la función pública no en calidad de agente o funcionario sino como un órgano más de la gestión estatal.

"En otros términos: El contratista de una obra pública no se vuelve agente de la administración ni funcionario suyo; es ella misma la que actúa. Hay aquí una ficción de orden legal. Ni siquiera puede hablarse que la entidad contratante responda en forma indirecta por el hecho del contratista. No, la responsabilidad es simplemente directa, así como lo es la responsabilidad estatal por el hecho de un funcionario o empleado público. No puede olvidarse que no obstante que todo comportamiento o conducta estatal es obra de un servidor público, en principio, el Estado es el responsable de las consecuencias dañosas de ese comportamiento. Responsabilidad que en todos los casos es directa, no indirecta, a pesar de que el perjuicio se haya producido por la actuación de una persona vinculada a la administración, la que no es propiamente un mandatario o representante del Estado, sino órgano suyo, integrante en esta calidad de la estructura misma del ente estatal. Por tal motivo la conducta o actuación de dicha persona es la conducta o actuación del Estado mismo. De allí que sostenga la doctrina que sería un contrasentido hablar de responsabilidad indirecta, pues los servidores públicos no son terceros respecto del Estado, sino partes del mismo, ejecutores de la actividad estatal, la que no se concibe sino a través de las acciones u omisiones de las personas vinculadas a su servicio.

"Es frecuente observar que en los contratos de obra pública se pacte que el contratista será el responsable de los daños a terceros; pero esto no quiere decir que la administración no responda frente a éstos. Es quizás esta creencia la que produjo la desviación del Tribunal en el fallo que se revisa y en el concepto de la Fiscalía.

"En primer término, debe observarse que la cláusula así concebida (la vigésimacuarta o de indemnidad) no puede interpretarse como exonerante de responsabilidad para la empresa. Si así lo fuera sería absolutamente nula. La cláusula vale entre las partes, pero no es oponible a los terceros. Cualquier convención que suprima la responsabilidad extracontractual (la de los contratantes frente a los terceros lo es) es por consiguiente ilícita en todos los campos, o sea por actos personales o ajenos, por obra de las cosas o de los animales.

"Aunque la cláusula esté pactada contractualmente, la responsabilidad frente a terceros sigue siendo extracontractual: Es una responsabilidad de esta índole reglamentada por un contrato y descartada para una de las partes por una cláusula de no responsabilidad.

"La cláusula así convenida obliga a las partes. Pero ella es *'res inter alios acta'* frente a los terceros. Por ese motivo, la demandante al accionar contra la empresa lo hizo correctamente. Como también habría podido demandar sólo a Conciviles o a esta sociedad solidariamente con la empresa. La validez de la cláusula entre las partes es la que le permitirá a la entidad pública, en el evento de que la condena se estime procedente, reclamar a Conciviles por el valor de lo reconocido.

"El punto relacionado con el alcance de cláusulas de exoneración de responsabilidad frente a terceros no es nuevo en la jurisprudencia del Consejo de Estado. En un asunto donde ser discutía el alcance de una cláusula similar a la pactada en el contrato número 3009 (la

vigésimacuarta) la Corporación definió, en providencia de 20 de junio de 1973, que tal cláusula no eximía al Municipio de Medellín por los daños causados a terceros durante la ejecución del contrato y expresó:

> "'Lo normal es que quien infiere daño —por acción o por omisión— sea la persona obligada a su resarcimiento. Y en el caso que nos ocupa, por aplicación del artículo 2347 del Código Civil la responsabilidad le cabría al arquitecto empresario, quien debe responder igualmente de los daños producidos por quienes obran como empleados o dependientes suyos. Sin embargo, la prestación de los servicios públicos es la obligación primordial del Estado y sólo a él cabe responsabilidad por mala prestación de los mismos; tal alcance tiene el artículo 16 de la Constitución Nacional al decir (...). Entonces, puede el Municipio contratar con particulares la construcción o reparación de una calle; pero no termina por eso su responsabilidad frente a los administrados (...)'.

"La responsabilidad de las partes de un contrato de obra pública frente a terceros es de orden legal; de allí que no pueda ser objeto de convención entre los contratantes. La administración en forma alguna pueda ser exonerada de su responsabilidad extracontractual. Ella es la responsable de los servicios públicos y puede ver comprometida su responsabilidad porque el servicio no funcionó, funcionó mal o inoportunamente. Esta responsabilidad no puede desaparecer convencionalmente y como si fuera otra persona la responsable del servicio público".

Lo expuesto permite afirmar que la demanda estuvo bien formulada, ya que los demandados individualmente considerados están legitimados en la causa. La Nación, por ser propietaria de la obra construida por el consorcio demandado, ya que la carretera así construida es un bien de uso público, o bien público del territorio (art. 674 del C. C.). El Fondo Vial, por ser el establecimiento público competente, según la ley, para la construcción y sostenimiento de las vías públicas nacionales (Leyes 64 de 1967, 30 de 1982 y Decreto 878 de 1979) y por haber suscrito el contrato 223 de 1982 con el mencionado consorcio; y éste, por ser el ejecutor de la obra nacional.

Pero esa demanda conjunta pudo hacerse por el hecho de que las distintas personas que conforman la parte demandada concurrieron, con causalidad eficiente, a producir el daño; concurrencia que, según la ley, creó solidaridad pasiva entre ellas. Por esa misma razón también pudo haberse demandado a una sola por el total.

La solidaridad pretendida por la parte demandante tiene en el presente caso apoyo legal; el que no es otro, como se expresó, que el mandato contenido en el artículo 2344 del Código Civil. Fundamento legal que junto con la convención y el testamento son las únicas fuentes de la solidaridad en el sistema colombiano, en el que por norma expresa se dispone así mismo que dicho fenómeno no se presume, tal como lo enseña el artículo 1568 *ibídem,* inciso final que a la letra dice:

> "La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley".

c) La competencia.

En la forma como fue presentada la demanda, es decir como acción de reparación directa por hechos de la administración, es clara la competencia de esta jurisdicción. Y como existe la solidaridad legal, por fuero de atracción se entiende bien conformada la demandada con los dos entes públicos (la Nación y el Fondo Vial) y las dos personas privadas (el señor Sidney Martínez A. y la Sociedad Aguilar y Cía. Construcciones).

Se habla del fuero de atracción en razón de esa solidaridad no sólo porque, en principio, las personas privadas no pueden demandarse en acción de reparación directa ante esta jurisdicción, sino porque cuando el particular ejecuta una obra a nombre y para el Estado es como si éste lo hiciera directamente.

d) La responsabilidad.

La responsabilidad derivada de los trabajos públicos es objetiva en el derecho colombiano. Por esa razón, causado el daño a un tercero la entidad dueña de la obra deberá resarcirlo, sin poderse exonerar alegando la diligencia y cuidado en la ejecución de la obra. En otros términos, no tendrá el perjudicado que probar la culpa o falla de la administración, el daño y su relación de causalidad, sino únicamente los dos últimos extremos.

Se habla de responsabilidad en cabeza de la propietaria de la obra, sin que con esto se excluya la responsabilidad de los ejecutores de la misma, como se explicó atrás.

Muestran los hechos que el consorcio, quien contractual y legalmente tenía que suministrar los materiales adecuados para la ejecución de la obra y adquirirlos por su cuenta y riesgo (cláusula 6ª del contrato 223 de 1982) los tomó de la cantera "El Cerro de Petrona" de propiedad del demandante. Recuérdese que esta fuente fue una de las señaladas en el punto 1.4.2 del pliego de condiciones.

Así mismo muestran esos hechos que el dueño toleró esa extracción sin exigir contraprestación. No existe prueba de que hubiera ejercido alguna de las acciones policivas o posesorias protectoras de su derecho de propiedad ni que la Nación tuviera algún derecho en la cantera utilizada.

Para la Sala se produjo, en cierta forma, un despojo de propiedad particular y con éste un perjuicio equivalente a su dueño. Despojo que presenta una relación causal con la ejecución de la obra de propiedad, como se dijo, de la Nación. Y que muestra la conducta irregular del consorcio, el que debía adquirir por su cuenta y riesgo los materiales necesarios para la obra pública, porque el Fondo, a su turno, tenía que reconocérselos.

Esto da pie para afirmar que fue la conducta particularizada del consorcio la causa del perjuicio y que si no hubiera sido por la solidaridad existente, ni la Nación ni el Fondo Vial habrían podido ser vinculados a la controversia que aquí se desata.

Se insiste en que la conducta lesiva o perjudicial fue cumplida por el consorcio, porque la administración en forma alguna propició

o favoreció la toma de los materiales *"manu limitari"*, contra la voluntad del dueño de la cantera. No existe prueba alguna que evidencie tal circunstancia.

La administración al elaborar el pliego de condiciones se limitó a señalar las distintas fuentes de materiales, sin alegar derechos sobre ellas. Su intención fue informativa, dando a entender sólo que en esas canteras podía conseguirse el material requerido para la obra, así: Que la cantera vía Coveñas-Hueso, ubicada aproximadamente a 4.5 kilómetros, poseía material apto para terraplén; que la cantera Tolúviejo, a unos 20 kilómetros, suministraba material de base y para tratamiento superficial doble; que la cantera La Perdiz, a 1 kilómetro de la abcisa K 86 + 000 de la vía Coveñas-Tolú, tenía material apto para terraplenes; y que la cantera Cerro de Petrona, a 6 kilómetros de Coveñas, suministraba material para pedraplenes y enrocado.

El perjuicio.

Se comprobó adecuadamente que la cantera el Cerro de Petrona se encuentra ubicado en un inmueble de propiedad del demandante conocido como "No hay como Dios".

Dentro del acervo probatorio se observa el título de propiedad (Resolución 024054 de 3 de octubre de 1968) expedido por el INCORA, acompañado del certificado del señor Registrador de Instrumentos Públicos de Lorica (fls. 28 y ss. del cuaderno número 1). En ese título de adjudicación no se hace reserva alguna a favor de la Nación.

Nadie discute que de la fuente del señor Romero Mendoza fueron tomados los materiales para la ejecución de la obra pública señalada en los autos.

Tal como lo dice el Tribunal en su fallo con apoyo en el dictamen pericial, que merece acatamiento también para esta Sala por lo bien razonado y fundamentado, que según las actas de obra se extrajo un volumen de 309.269 metros cúbicos, en el que está incluida la cantidad de 7.500 metros cúbicos suministrada por un propietario vecino, el señor Juan Arroyo B.; dando a entender así que de la aludida cantera se utilizaron 301.768 metros cúbicos, de los cuales 99.583.44 correspondieron a tierra y el resto, o sea 202.184.50, a roca. Los totales así obtenidos tienen respaldo en prueba documental y coinciden con el dictamen pericial.

Esas cantidades multiplicadas por $ 6 y $ 25, el estimativo, en su orden, del valor por metro cúbico de tierra y de roca, da la cantidad de $ 5.652.113.00.

Se hace la rectificación porque tanto los peritos como el Tribunal se equivocaron al multiplicar 99.583.44 metros cúbicos de tierra por el valor de cada unidad, o sea $ 6. Mientras que el valor real es de $ 597.500.64, el dictamen y el fallo del *a quo* hablan de $ 43.816.50.

El Tribunal hizo la condena en una cifra única (5.098.416.00) y condenó por concepto de lucro cesante al reconocimiento "de intereses aumentados en la variación promedio mensual del índice al por mayor entre la fecha de la ejecutoria de la sentencia y su cumplimien-

to". Se equivocó en este extremo, porque eso no fue lo pedido por la parte actora. Esta solicitó, en otros términos, como lo permite la ley, la actualización de la condena y el pago de los intereses del capital.

La jurisprudencia de esta Sala, elaborada con base en el nuevo Código Administrativo (art. 178), en forma reiterada ha accedido a esa petición, mediante la aplicación de la fórmula $Vp = vh \frac{ind.\ f}{ind.\ i}$ en la cual Vp = valor actualizado o presente; vh o valor histórico inicial o que se actualiza; ind. f índice final, el vigente a la fecha de la ejecutoria de la sentencia; e indi. i o índice inicial, el vigente cuando se produjo o concretó el daño, lo que para el caso será diciembre de 1985.

Aunque la actora pide en forma principal que la fecha real sea la de aprovechamiento de los distintos materiales, no podrá accederse a esto por la imposibilidad de determinar en cada uno de los casos cuándo se produjo su utilización discriminada y en qué volúmenes. Tampoco podrá accederse a la petición subsidiaria, o sea con base en la fecha del dictamen pericial (octubre de 1985), porque ésta sería meramente arbitraria.

No obstante, la Sala tomará una fecha que no deja margen a dudas, o sea la de finalización del contrato número 223, señalada en el de prórroga número 286, como diciembre de ese mismo año. Esa fecha da certeza y muestra que de allí en adelante el perjuicio tenía un valor total de $ 5.652.113.00.

Como en otros casos similares, la condena se hará en concreto, mediante la aplicación de la fórmula que se deja explicada. Para el efecto, una vez ejecutoriada la sentencia, la cuenta de cobro deberá acompañarse con los índices de precios al consumidor certificados por el DANE.

Así mismo el valor histórico devengará intereses por lucro cesante a la tasa del 6% anual. Este interés puro o efectivo, exento de todo efecto devaluativo, se aplicará sobre el valor histórico y correrá desde diciembre de 1985 hasta la ejecutoria de este fallo. Además, no es incompatible con la actualización monetaria.

La Sala reitera su jurisprudencia de que, en principio, ante la pérdida de bienes materiales no cabe hablar de perjuicios morales y menos en casos como el actual, donde es fácil pensar que el dueño de la cantera nada hizo para impedir la toma de sus materiales.

Se hace la afirmación precedente porque no existe prueba alguna que demuestre que el señor Romero Mendoza siquiera intentó ejercer las acciones policivas y posesorias que para la defensa de su propiedad le brindaba la ley. Esta conducta revela cierta culpa o negligencia que debe rebajar un tanto la condena que aquí se hará.

La Sala estima que en un 25% se debe sancionar la culpa de la víctima; o sea, que en tal porcentaje deberá rebajarse la condena total.

Por lo expuesto, la sentencia del Tribunal deberá modificarse, ya que la condena será solidaria y en contra de la Nación, el Fondo Vial Nacional y el consorcio conformado por José Sidney Martínez Aguilar y la sociedad Aguilar y Cía. Ltda. Construcciones. Se corregirá el error jurídico cometido por el Tribunal al confundir la Nación con el Fondo Vial, olvidando que son dos entes distintos, dotados de personería jurídica propia y autonomía.

Igualmente deberá modificarse el valor histórico de $ 5.098.416.00, ya que el definitivo será cinco millones seiscientos cincuenta y dos mil ciento trece pesos moneda corriente ($ 5.652.113.00); todo debido al error aritmético cometido en el fallo que se revisa.

El ordinal 3º, también sufrirá cambios, no sólo por que el valor histórico deberá actualizarse, sino porque éste devengará intereses a la tasa del 6% anual.

Dada la relación contractual que se dio entre el Fondo Vial y el consorcio contratista, en caso de que la entidad pública (para el caso el mismo Fondo o la Nación) pagare el total de la condena que aquí se impondrá, podrá repetir contra el mencionado consorcio, puesto que suya era la obligación de suministrar los materiales necesarios para la obra.

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

Falla:

Modifícase la sentencia de enero 19 de 1987 dictada por el Tribunal Administrativo de Córdoba, la que quedará en los siguientes términos:

1. Declárase que la Nación, el Fondo Vial Nacional y el consorcio conformado por José Sidney Martínez Aguilar y la sociedad Aguilar y Cía. Ltda. Construcciones, son solidariamente responsables de los daños causados al señor Alberto Romero Mendoza por la ejecución de la obra pública mencionada en la demanda.

2. En consecuencia, se condena en concreto a las indicadas personas a pagar al señor Alberto Romero Mendoza, la suma que resulte de actualizar cinco millones seiscientos cincuenta y dos mil ciento trece pesos moneda corriente ($ 5.652.113.00), mediante aplicación de la fórmula señalada en la motivación y con sujeción a los índices de precios al por mayor que certifique el DANE con relación a diciembre de 1985 y a la fecha de ejecutoria de este fallo.

Así mismo se les condena a pagar los intereses a la tasa del 6% anual sobre dicho valor histórico ($ 5.652.113.00) desde diciembre de 1985 hasta la ejecutoria de este fallo.

3. Por la culpa de la víctima, del monto total que resultare al liquidar el numeral anterior, se descontará un 25%.

4. Deniéganse las demás súplicas de la demanda.

5. Este fallo deberá cumplirse dentro de los términos de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo y la condena devengará intereses comerciales a partir de su ejecutoria y moratorios luego.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 30 de junio 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.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO.— FALLA DEL SERVICIO.

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 esto debe entenderse dentro de las peculiares circunstancias de cada momento y sin que se la pueda encasillar en moldes de derecho privado.

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

Consejero ponente: *Doctor Simón Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Proceso número R-029. Actora: Ligia Calderón de Córdoba. Recurso extraordinario de anulación (Reconstrucción).

La señora Ligia Calderón de Córdoba, en su propio nombre y en el de sus hijos menores Margarita Rosa, Ana María y Beatriz Alicia Calderón, demandó, por medio de apoderado judicial, a la Nación ante la Sección Tercera del honorable Consejo de Estado para que hiciera las siguientes declaraciones y condenas:

"1. La Nación es responsable de la totalidad de los daños y perjuicios causados a las demandantes con la muerte del doctor Efraín Córdoba Castilla, Presidente del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, ocurrida en dicha ciudad, en las primeras horas de la noche del día 15 de septiembre de 1979, por manifiesta desprotección de las autoridades.

"1.1. Condénase a pagar a doña Ligia Calderón de Córdoba y a sus hijas Margarita Rosa, Ana María y Beatriz Alicia Córdoba Calderón:

"1.1.1. Daños y perjuicios materiales (incluyendo en el lucro cesante los intereses —frutos— de los que sumen, desde la fecha de su causación y hasta la de fijación de la indemnización), en la cuantía que resulte de las bases que se prueben en el curso del proceso.

"Su pago se hará con moneda en curso, es decir, con pesos que tengan el mismo poder de compra que los de la fecha de causación de los daños y perjuicios.

"1.1.2. Daños morales con el equivalente en pesos de la fecha del fallo de mil gramos oro fino, y,

"1.1.3. Gastos del proceso.

"1.2. La Nación dará cumplimiento a la sentencia dentro de los términos señalados en los artículos 121 y 122 del Código Contencioso Administrativo. Si no lo hiciere así, pagará intereses técnicos del 30% anual, 6% de interés puro más 24% de corrección monetaria, a partir de la presentación de la solicitud de pago" (fl. 70) (Tomado de la sentencia de 16 de febrero de 1983 que dirimió el litigio).

Los hechos de la demanda de instancia son los siguientes:

"1. En las primeras horas de la noche del día 15 de septiembre de 1979 murió acribillado a balazos frente a su casa de habitación, de la calle 13, número 6-55, el Presidente del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, doctor Efraín Córdoba Castilla.

"2. El hecho se debió a falta o falla de la Administración. En efecto:

"2.1. Años atrás, el 22 de marzo de 1976, le pusieron una bomba que destruyó el salón de estudio que tenía en su residencia. El doctor Córdoba Castilla y su esposa pidieron protección policiva y no se las (sic) dieron.

"2.2. Más recientemente y a raíz de numerosos atentados mortales contra Jueces y la Magistrada Presidenta del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, doctora Perla Betty Vélez de Prada, la Asociación Nacional de funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y la Corte Suprema de Justicia solicitaron del Gobierno nacional que cumpliera con su deber fundamental de protegerlos pero todo fue en balde.

"2.3. Ya en vísperas del sacrificio del Presidente del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar el señor Gobernador del Departamento del Cesar convocó a una rueda de prensa en su despacho y dio a periodistas de diversos medios de información nacional y local, que la difundieron ampliamente, la noticia de un plan terrorista para celebrar el aniversario del paro nacional de 14 de septiembre de 1977 con el asesinato del propio Gobernador, de Magistrados, Jueces, del Alcalde y otros altos funcionarios, y ni la inminencia del peligro, ni las peticiones de ayuda del Magistrado Presidente y de la Juez Tercera Superior de Valledupar movieron a las autoridades a prestarles la protección requerida.

"2.4. Mes y medio antes del asesinato del doctor Efraín Córdoba Castilla mataron en Valledupar al celador del edificio en donde funciona el Tribunal Superior, y, pocas horas después de haber caído aquél, apareció muerto el Gerente de la Caja de Crédito Agrario del Municipio de San Diego y, dos días después, el 17 de septiembre de 1979, Heriberto Ramírez, quien estuvo vinculado como sindicado al proceso por homicidio del General del Ejército Ramón Arturo Rincón Quiñones.

"3. El doctor Efraín Córdoba Castilla 'consagró su meritoria existencia a la judicatura, la ejerció con brillo y la enalteció con su ilustración, rectitud, eficiencia y carácter', durante más de diesiseis (sic) años.

"3.1. Su última asignación mensual fue de cuarenta y cuatro mil cien pesos ($ 44.100.00) más las doceavas partes de las primas de navidad, semestral, vacacional, ascensional, de servicios y antigüedad.

"4. El doctor Efraín Córdoba Castilla había nacido en Valledupar el 23 de julio de 1936; contaba al morir 43 años de edad.

"4.1. A la persona que ha llegado a la edad de 43 años le quedan en nuestro país 36 años más de vida, de acuerdo con la tabla de mortalidad de los activos afiliados al Instituto Colombiano de Seguros Sociales.

"4.2. El 20 de febrero de 1971 contrajo matrimonio con la señora Ligia Calderón Brugés, nacida en 1950, y de la unión nacieron y sobreviven:

"4.2.1. Margarita Rosa, el 2 de octubre de 1972;

"4.2.2. Ana María, el 22 de diciembre de 1973, y

"4.2.3. Beatriz Alicia, el 19 de junio de 1975.

"5. La muerte del doctor Efraín Córdoba Castilla causó a su viuda y a sus hijas menores de edad, que son personas sin bienes ni rentas de capital, pobres y necesitadas de ayuda, daños y perjuicios materiales y morales.

"5.1. Materiales, como resultado:

"5.1.1. De la privación de la asistencia económica que regular y oportunamente les venía suministrando y que, con toda seguridad, les iba a dar en el futuro de no haber mediado su trágica y prematura desaparición.

"5.1.2. De la demora en pagarles la indemnización causada desde la fecha de la muerte de su protector, perjuicios equivalentes, cuanto menos, a sus frutos, a sus intereses legales, en pesos corrientes de la fecha de su exigibilidad sustancial, claro está, y,

"5.1.3. De los gastos hechos y asumidos para iniciar y llevar a cabo el proceso de reclamación judicial de lo que les debe la Nación.

"5.2. Morales, a raíz del dolor, de la aflicción, de la congoja pasada y futura, pero siempre presente, que, para toda la vida, ha dejado en ellas la carencia definitiva del esposo y del padre, del apoyo material y del aliento espiritual, de encausamiento y dirección en la existencia, y que se presumen entre cónyuges por la muerte de uno de ellos, y, entre los hijos por la del progenitor.

"6. Daños y perjuicios ligados causalmente con la *manifiesta desprotección*, en que las autoridades de la República, contra el

clamor de la Corte Suprema de Justicia, de la Asociación Nacional de Funcionarios y Empleados de la Rama Jurisdiccional, de los Tribunales, de los Jueces y de los hechos cumplidos, dejaron al señor Presidente del Tribunal del Distrito Judicial de Valledupar" (fls. 71 a 74) (Tomados estos hechos de la antes citada sentencia de 16 de febrero de 1983).

El Consejo de Estado, por conducto de su Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo profirió sentencia el 16 de febrero de 1983 que decidió negar las pretensiones de la demanda.

A su vez este fallo fue materia de recurso extraordinario de súplica, el cual fue desatado por sentencia de 12 de junio de 1984 —Expediente número 11014 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo— en el sentido de declarar la no prosperidad del recurso (*Anales,* Tomo CVI, números 481-482, págs. 887-911).

Interpuso el presente recurso de anulación contra la sentencia de 16 de febrero de 1983 de la Sección Tercera, el Consejero sustanciador de aquél consideró que no era procedente porque ya se había instaurado y decidido el recurso extraordinario de súplica contra aquella providencia. Mas la Sala de lo Contencioso Administrativo al resolver el recurso ordinario de súplica contra esa negativa, decidió que sí debía tramitarse el de anulación (fls. 198 a 223).

Sentencia de 16 de febrero de 1983, objeto del recurso extraordinario de anulación.

Como se dijo no accedió a las peticiones de la demanda, con salvamento de voto del honorable Consejero doctor Carlos Betancur Jaramillo, y para ello se fundó en las siguientes consideraciones:

"La falla del servicio.

"La demanda la hace consistir en la 'omisión' del Estado, policía y ejército al no haber prestado protección especial al Presidente del Tribunal Superior de Valledupar, doctor Efraín Córdoba Castillo, muerto violentamente, por desconocidos, frente a su propia residencia el 15 de septiembre de 1979.

"1. Sobre la falla del servicio por omisión, esta Corporación ha dicho lo siguiente:

"E. Desde hace mucho tiempo la jurisprudencia civil acogió la tesis expuesta por los autores —Joserand entre ellos—, de que no sólo por los hechos activos se compromete la responsabilidad, sino también por *la abstención,* por la inercia. En 1937 expresó la Corte Suprema que se responde por el hecho negativo consistente 'en la inejecución de ciertas obligaciones positivas impuestas en favor del público a determinadas personas o empresas, o bien en la omisión de un acto o en la falta de una intervención o de una iniciativa, cuando se les considera como deberes jurídicos positivos' (G. J., Tomo XLV, número 1927, pág. 420). Y en 1946 dijo la misma Corporación: 'A la falta positiva viene a oponerse y agregarse la *falta negativa,* que consiste en abstenerse de un acto, de una intervención, de una iniciativa que se estiman obli-

gatorias. Podemos pecar por abstención, tanto como por acción; por inactividad, como por agitación' (G. J., Tomo 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 determinadas circunstancias: Solicitud expresa de intervención dirigida a la autoridad con capacidad funcional, de conformidad con las exigencias y formalidades establecidas en las leyes. No se puede, pues, predicar omisión, generadora de responsabilidad, cuando el funcionario competente necesita de requerimiento para actuar en ejercicio de sus atribuciones y el particular interesado se abstiene de ejercer el derecho de pedir la intervención de acuerdo con las disposiciones legales pertinentes.

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

"Como es obvio, para que esa posibilidad de configuración de la falta de servicio se convierta en real, es indispensable la existencia de la obligación de actuar; de tal manera que si la ley ha reglamentado el procedimiento en determinada materia, con la exigencia de la querella para que se ponga en movimiento la administración a través del funcionario respectivo, resulta ineludible el formal requerimiento pues de lo contrario no surge la obligación y sin ésta tampoco aparece el primer elemento axiológico de la responsabilidad extracontractual o sea la falta o falla administrativa.

"'...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 falla 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 (Sentencia de julio 16 de 1980. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Expediente 10134, Consejero ponente doctor Jorge Dangond Flores)'.

"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 ciudadano 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'.

"3. De ahí que tratándose de la falla del servicio originada en la 'omisión' de la administración, sea absolutamente necesario demostrar en forma fehaciente que se pidió concretamente la protección de la autoridad ante determinadas amenazas o ante fundados y razonados temores, sin que tal protección o vigilancia se haya prestado por el Estado.

"4. Al folio 122 del expediente, aparece oficio de la Policía Nacional —Departamento del Cesar—, que dice:

" 'Valledupar, 14 de diciembre de 1981.

" 'Número 3453. DECES-COMAN-701.

" 'Asunto: Referencia Oficio número 1845.

" 'Al: Señores Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.

" 'Bogotá, D. E.

" 'En atención al oficio de la referencia en el asunto, me permito informar a ustedes que revisados los archivos que se llevan en esta Unidad; no aparecen antecedentes sobre el particular; no hay solicitudes de protección y en el momento en que ocurrieron los hechos, la situación de orden público era normal. El servicio de vigilancia con personal uniformado se efectuaba mediante patrullajes y revistas exporádicas tanto al despacho como a la residencia del funcionario.

" 'Atentamente,

" 'Mayor Benjamín Góngora Useche.

" 'Comandante (E) Departamento'.

"No hay, pues, constancia en el Departamento de Policía del Cesar, de que el doctor Efraín Córdoba hubiera pedido protección o hubiera comunicado a dicha dependencia las razones que pudiera tener para temer un ataque contra su integridad personal.

"5. A folio 166 del proceso, aparece la respuesta a solicitud de esta Corporación, dada por el Comandante del Batallón La Popa, de Valledupar:

" 'Señores

" 'Sala de lo Contencioso Administrativo.

" 'Sección Tercera.

" 'Bogotá, D. E.

" 'De conformidad con lo solicitado a este Comando mediante Oficio número 1846 de 9 de noviembre de 1981, con el presente me permito informar a los señores del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera:

" '1. Revisados detalladamente los archivos de esta Unidad no aparece solicitud de custodia personal al señor doctor quien en vida respondía al nombre de Efraín Córdoba Castilla.

" '2. Como es bien conocido esta misión corresponde al Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), por lo tanto le sugerimos solicitar dicha información a ese Organismo.

" 'Teniente Coronel Juan Mora Diaz.

" 'Comandante del Batallón La Popa'.

"Tampoco hay, pues, constancia de que la víctima hubiera pedido protección a las fuerzas militares.

"6. Hay abundante prueba en el plenario sobre el atentado sufrido por el doctor Efraín Córdoba en marzo de 1976, en que estalló una bomba en su residencia y destruyó su propia alcoba. Por espacio no menor de 8 meses, posteriores al atentado, la víctima se trasladaba con su familia todas las noches a casa de su suegra, por el temor a la repetición del atentado. En los primeros días se le prestó vigilancia directa con un policía, en la casa, pero luego se abandonó tal precaución y fue así como el doctor Córdoba, durante esos 8 meses siguientes tuvo como celador privado de su casa, al señor Pedro Antonio Mendoza Amaya, quien vencido ese lapso, ocasionalmente era buscado por el doctor Córdoba para que cuidara la casa, cuando salía de vacaciones o tenía una fiesta; era pues celador de la residencia no guardaespaldas (Pedro Antonio Mendoza Maya, fl. 231, Luz Heladia Castillo, fl. 256, Alix Cecilia Daza, fl. 261, Alais Habid Molina, fl. 265 y Jorge Saade Márquez, fl. 269).

"7. Pedro Antonio Mendoza, folio 231, quien cuidó la casa por los ocho meses posteriores al atentado de marzo de 1976 y en ocasiones posteriores cuando el doctor Córdoba salía a vacaciones o asistía a fiestas, declara que el 15 de septiembre de 1979, día en que fue asesinado el doctor Córdoba, fue requerido por

éste para que le cuidara esa noche su residencia, pues debía asistir a una fiesta, para lo cual lo recogió a las 6:30 p.m. y lo trasladó a la residencia de la víctima, que luego salió en su carro a llevar a una de sus pequeñas hijas a casa de su suegra y regresó por su esposa a la que esperó frente a la casa y en su automóvil, por algunos minutos. Como ella no saliera, el testigo, sentado al pie del portón, vio como el doctor Córdoba salió del vehículo y trató de rodearlo por la parte delantera, para entrar a la casa, cuando fue apresado por tres sujetos, quienes lo tumbaron al suelo y no obstante los gritos de auxilio de la víctima, le dieron muerte de varios balazos y huyeron en el propio automotor de la víctima, todo ello en presencia del celador declarante, que, posiblemente, por no desempeñar las funciones de guardaespaldas sino las de simple vigilante del inmueble, debía estar desarmado.

"8. Cierto que pocos días antes de 15 de septiembre de 1979, día en que fue cobardemente sacrificado el doctor Efraín Córdoba, se difundió por las distintas emisoras la noticia dada por el Gobernador del Departamento del Cesar de que había sido descubierto y debelado un plan terrorista que debía realizarse el 14 de dicho mes y año para celebrar un nuevo aniversario del célebre paro nacional de 1977, el cual incluía la muerte de distinguidas personalidades del Departamento, incluido el Gobernador (Casi todos los testigos así lo afirman y muy especialmente Santiago Calderón Díaz (fl. 245) y Gustavo José Cuello (fl. 249).

"9. Pero, ya se dijo, las autoridades tomaron las medidas que consideraron pertinentes, el orden público fue normal el 14 de septiembre de 1979, el servicio de vigilancia se prestó con personal uniformado 'mediante patrullajes y revistas esporádicas tanto al despacho como a la residencia' de los funcionarios y no hubo petición especial de protección por parte del doctor Córdoba (fls. 122 y 166).

"10. La doctora Luz Heladia Castillo, Fiscal 2º del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar (fl. 256), dice:

" 'No puedo precisar en virtud del tiempo transcurrido porque (sic) emisora me enteré del plan terrorista debelado por el señor Gobernador del Cesar en ese entonces, José Guillermo Castro Castro, pero de todas maneras fue por una emisora local. A pesar del gran despliegue que se hizo y de los muchos comentarios que suscitó tal revelación no se prestó ninguna clase de protección a los emanazados. Es más, en mi calidad de Juez Tercera Superior en ese entonces, dirigí una solicitud, no recuerdo si a la Policía o al Ejército para que se nos prestase protección el día en que se conmemoraba el segundo aniversario del paro nacional, protección que no se prestó. Aclaro que precisamente mi solicitud fue motivada por el comentario que al respecto me hiciera el doctor Córdoba Castilla, quien me manifestó que había hecho telefónicamente solicitud de protección a los mandos del Ejército o de la Policía'.

"Lo anterior, en el mejor de los casos, probaría que el doctor Córdoba dijo lo que la testigo afirma que le dijo, pero no que efectivamente se hubiera solicitado la aludida protección.

"Y es que en esta parte, la citada declaración debe tomarse como formando una unidad con la certificación jurada que ratifica, según la cual:

" 'La noticia sobre las ambiciones terroristas, para conmemorar el aniversario del paro nacional de 1977, se comentó entre el gremio de abogados y fue así como discutimos la posibilidad de su realización, con el doctor Efraín Córdoba Castilla, en la oficina del doctor Luis Rodríguez Varela, a donde llegué en procura de realizar una llamada telefónica a mi residencia, por carecer mi despacho de tal artefacto. El doctor Córdoba Castilla, víctima en años anteriores de una bomba de alto poder explosivo colocada en uno de los domitorios (sic) de su residencia y que causó enormes destrozos, me comentó escépticamente que era perder tiempo pedir protección policiva porque sí había desidia en el despliegue de la misma ante los hechos dados, como había ocurrido en los angustiosos días posteriores al atentado de que había sido objeto, mayor sería ante una mera expectativa' (fl. 214).

"Y aquí ya menciona que el doctor Córdoba le comentó que había llamado a la Policía a averiguar sobre las noticias sobre el plan terrorista.

"Y al folio 53, obra copia autenticada de un oficio dirigido por la doctora Luz H. Castillo de Castro, Juez 8ª Superior del Distrito Judicial de Valledupar, al Comandante de la Policía del Cesar pidiendo vigilancia para su Juzgado ante el temor de disturbios del orden público, pero no hay constancia de su presentación o recibo en la Comandancia de la Policía, por lo que cobra mayor valor probatorio la certificación del folio 122 de que no hubo solicitud de protección especial:

" 'Valledupar, septiembre 13 de 1979. OFICIO 528.

" 'Señor Comandante de la Policía Nacional. E.S.D.

" 'Como es de su conocimiento, existe la posibilidad de que en el día de mañana catorce de septiembre, se presenten disturbios de orden público que puedan afectar los Despachos Judiciales. Ante la imposibilidad de mantener cerrado el Juzgado precisamos de su colaboración en el sentido de facilitarnos vigilancia.

" 'Agradecemos desde ya su valiosa ayuda.

" 'Fdo. Luz H. Castillo de Castro. Juez Tercero Superior'.

"Ya se vio que la vigilancia se prestó mediante patrullajes y que el 14 de septiembre de 1979, el orden público en Valledupar fue normal.

"11. Por último, el doctor Alais Habid Molina (fl. 265) compañero de Magistratura del doctor Efraín Córdoba, por la época de su sacrificio, declara:

" 'Igualmente si la memoria no me falla, más o menos como los días 12, 13 ó 14 de septiembre del año de 1979, con ocasión de una revuelta estudiantil, se supo por la calle que uno de los estudiantes del colegio Loperena aprehendido por el Ejército, había manifestado a dichas autoridades la existencia de un plan subversivo en el cual se atentaría contra altos funcionarios del Departamento del Cesar, incluyendo el propio Gobernador, quien si mal no recuerdo dio declaraciones por una de las emisoras locales de Valledupar, en el sentido de que se había debelado el complot. Frente a esta situación yo como Magistrado me puse en contacto con el doctor Efraín Córdoba Castilla, quien era mi compañero de Sala en el Tribunal y charlamos sobre la necesidad de pedir protección policiva, dado que a él como Presidente del Tribunal en ese entonces le correspondía hacerlo conocer. Posteriormente él me comunicó que había hablado con la doctora Luz Heladia Castillo de Castro, quien parece que se dirigió a las autoridades policivas, pidiendo protección. Esto no me consta directamente porque a mí no me lo comunicó la doctora Luz Heladia, sino el doctor Efraín Córdoba quien había quedado conmigo en dirigirse a la Policía solicitando protección. No se si él lo hizo verbalmente o por escrito, más lo cierto sí es que en las primeras horas de la noche del día 15 de septiembre del año de 1979 fue vilmente asesinado en la puerta de su casa de habitación'.

"Si la solicitud de protección, como parece fue la suscrita por la doctora Luz H. Castillo, ya se analizó su poder probatorio y desde luego, no implicaba ni una protección especial e individual para un Juez determinado y mucho menos para el doctor Córdoba.

"12. No obstante que varios declarantes afirman que el doctor Córdoba era persona tímida, nerviosa y temerosa de un nuevo ataque a su vida, su conducta el día de los hechos, su desplazamiento después de las 6:30 a llevar a una de sus hijas a casa de su suegra, sólo en su automóvil, su regreso a la casa y su permanencia por varios minutos frente a ella, dentro del vehículo, no obstante la falta de suficiente iluminación del sector, lo muestran sereno y seguro, ajeno a la natural aprehensión que tendría cualquiera que temiera un peligro inminente.

"13. No se ve la falla del servicio o de la administración. Resulta doloroso y conmovedor el sacrificio de un abnegado, inteligente y honesto servidor de la justicia, posiblemente por razones de sus propias funciones, pero no había una razón especial para que oficiosamente se le prestara protección personal, individual, el 15 de septiembre de 1979, ni ella fue solicitada. La vigilancia se prestó como los encargados del servicio lo consideraron conveniente, pues se repite, no es posible pretender que el Estado preste la protección debida a cada ciudadano mediante un guardaespaldas individual" (fls. 140 a 161).

De la decisión *sub exámine* se separó el honorable Consejero doctor Carlos Betancur Jaramillo quien sostiene que debió decidirse favorablemente las súplicas de la demanda.

El recurso extraordinario de anulación, alcance de la impugnación:

Interpuso recurso de anulación el apoderado de Ligia Calderón de Córdoba, el cual admitido por esta Sala de lo Contencioso Administrativo y debidamente tramitado, se decidirá previo estudio de la demanda extraordinaria y tras haberse reconstruido previos los trámites del Decreto 3825 de 1985 debido a que el expediente correspondiente se incineró como consecuencia de los insucesos de noviembre de 1985 del Palacio de Justicia.

Persigue el recurrente que el Consejo de Estado anule la sentencia objeto del recurso y que "como consecuencia de su prosperidad, a que la Sala proceda a reponerla condenando a la Nación a indemnizar a los demandantes en la forma pedida en la demanda inicial del proceso" y que se expresa concretamente en los folios 1 y 2 de este fallo.

Los hechos que expone el recurrente ya han sido reseñados en apartes anteriores.

Con fundamento en la causal de anulación contemplada en el artículo 197 del Decreto 01 de 1984 (C. C. A.) formula un solo cargo, así:

Cargo único:

Acusa la sentencia de ser directamente violatoria de los artículos 16 de la Constitución Nacional, por interpretación errónea, y, 32, 1º y 5º del Código Nacional de Policía; 109 del Decreto 522 de 1971, que modificó el artículo 30 del Código Nacional de Policía; 68 del Código Contencioso Administrativo anterior al vigente; 1612 a 1615 del Código Civil; 106 del Código Penal y 8º de la Ley 153 de 1887 por falta de aplicación.

Explica el concepto de violación de este modo:

1. Errónea interpretación del artículo 16 de la Constitución Nacional.

Discurre el recurrente al respecto como sigue:

"El artículo 16 de la Constitución Nacional no es, no podría serlo, un discurso vacío, sino un *principio*, general como el que más, de la organización fundamental de nuestro país. Vé en la República, que en otras concepciones es apenas un sujeto titular de derechos, a un sujeto de imputación normativa, también con *cargas y obligaciones sociales, que se desdoblan, dialécticamente, en derechos de los individuos que en élla viven.*

"Fue el progreso mismo de la sociedad, como bien lo anota el voto de minoría de la Sección, el que impuso, a través del Constituyente Primario, del propio pueblo colombiano, pues no hay que olvidar los orígenes y ratifiación (sic) plebiscitaria de nuestra Carta de 1886, el cambio y el criterio, según el cual, si el máximo titular de derechos es el Estado, tiene, necesariamente, que ser también y al mismo tiempo, el máximo sujeto de deberes.

"Dentro del natural laconismo de una Constitución eso quiere decir que las autoridades de la República están instituidas *'PARA* PROTEGER' ... y, como si fuera poco, *'PARA* ASEGURAR'... Sostener que la motivación, sin más, de la protección o de la seguridad, que de la protección resulta, depende del particular y no del Estado es, prácticamente, invertir la carga de la prueba y, aún más, la carga de la obligación que en virtud de ese principio que la organiza, tiene la República y, de modo alguno, el particular.

"Y que no se venga a decir que esto es fruto del individualismo liberal como lo proponen algunos distraídos profesores deslumbrados por la enmienda constitucional de 1936. En cuanto toca con los deberes sociales ello es mérito del Congreso constituyente de tal época, no cabe duda. Pero, desde mucho tiempo atrás, desde 1886, el caletre privilegiado de los señores CARO y NUÑEZ había concebido el *principio* de manera mucho más drástica con referencia al deber de velar por la vida de los ciudadanos que, repito, no es obligación de éstos, sino función pública de toda República civilizada:

" 'CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. 1886.

" ' .....

" 'Artículo 19. Las autoridades de la República están instituídas para PROTEGER a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes y ASEGURAR el respeto recíproco de los derechos naturales, *PREVINIENDO Y CASTIGANDO LOS DELITOS'*.

"Desde entonces y con la notable adición, *'deberes sociales'*, de la Reforma del año 36, han pasado y pasarán numerosas enmiendas a la Carta, 64 hasta la fecha, pero ninguna podrá presentarse con visos de sabiduría para cambiar la sindéresis y contenido y contenido (sic) del *principio* republicano que, junto con su historia, recoge el actual artículo 16 de la Constitución Nacional.

"Claro que en el texto original del 86 se hacía mayor énfasis, que en el reformado de hoy, en el deber estatal de protección de la vida, que fue lo que perdió el Magistrado por cuya familia abogo. Pero, en uno y otro textos, *el espíritu es el mismo: La protección que la República le debe a todos los residentes en el país y el correlativo derecho que éstos tiene a que sus atoridades (sic) los protejan eficazmente, porque para eso es, precisamente, el Estado.*

"Ahora bien:

"La interpretación dada por la mayoría de la Sala reduce al absurdo el principio republicano de la PROTECCION *PARA* LA QUE EN UNA DEMOCRACIA ESTAN INSTITUIDAS LAS AUTORIDADES con el fin de inferir que en tal supuesto habríase de poner 'un guardaespaldas a cada ciudadano', o, cada residente, hubiera podido decir, y, también, a todos los hombres, mujeres,

niños, ancianos, obreros, ejecutivos, etc., y, por este camino, en escalada, a cada policía, que es un residente y es también un ciudadano, otro policía que le vigile y proteja y asegure su vida, *previniendo* y castigando los delitos, y así, hasta el infinito, lo cual, de veras, es absurdo.

"Pero resulta, señores Magistrados, que la *'protección' no es un concepto retórico que apenas sirva para entusiasmar multitudes.* La *'protección'*, como obligación social de la República, del Estado democrático y derecho del residente en élla, es un concepto con contenido histórico que debe aplicarse *'en situación'* por lo mismo que el simple sentido común indica que no se protege lo mismo a un infante que a un adulto, o a éste que a un anciano, a un soldado que a un general, al ciudadano común que al Presidente de la República, y, ciertamente, no es lo mismo proteger a un ganadero que a un Magistrado de la Nación.

"La *'protección'*, en síntesis, es una categoría conceptual que tiene un contenido histórico variable y que, repito, es preciso analizar 'en situación' para establecer siquiera el *mínimun* a que está obligado el Estado. Pero interpretar y postular que ese mínimo es igual para todos y que es suficiente protección para un Magistrado honrado, en un medio mafioso, y en 'situación de perturbación del orden público', bajo la vigencia del *Estatuto de Seguridad,* que ha sido señalado como blanco de la anarquía, según revelación de las propias autoridades, el patruyaje (sic) normal de las calles y las visitas esporádicas al despacho y a la casa del Magistrado, es todavía más absurdo en términos de lógica jurídica, de simple lógica formal, del sentido común y de respeto por la Carta, convertida, de esta guisa, en rey de burlas.

"Cuál, pues, el contenido histórico concreto, para que yo afirmara que la República dejó desprotegido al doctor Efraín Córdoba Castilla, Presidente del Tribunal del Distrito Judicial del Cesar. No fue el solo hecho de su muerte, como se puede deducir de la civilista distinción entre obligaciones de medio y de resultado. No. Fueron las consideraciones advertidas de peligro inminente e indefensión en que se encontraba el 'Juez' para cumplir con sus funciones de administrar justicia. Que él no pidió, concretamente, la protección? Que la protección, dentro de una condición histórica debe ser rogada? Entonces es interpretar el artículo 16 cambiando por completo la filosoría (sic) que se deduce del progreso social recogido por las reformas del 86 y 36, hoy vigente: El Estado estaría por encima de los individuos que lo componen e incluso de sus propios órganos. El Estado lo sería todo y sus individuos 'la nada'.

"Qué es preciso demostrar una falla en el servicio? Predicamento el cual, aparentemente, me pondría en dificultades sobre el supuesto de que el Magistrado murió acribillado a balazos, como ocurrió recién al Ministro de Justicia, pero no estaban en su Despacho redactando una sentencia o una resolución administrativa. La *guarda,* qué es la proyección conceptual civilista de

la *protección* de la vida, no podría extenderse más allá de los límites espaciales y temporales que determinan que un Magistrado sea, como tal, Juez de la República.

"Pero, otra vez, surge el interrogante: Es justo interpretar el artículo 16 de nuestra Carta en forma tal que, históricamente, hoy, en 1984, un Magistrado acaba con los riesgos que como Magistrado tiene, contra su vida, en el momento mismo en que cierra su Despacho y se despide de su secretario y toma la calle? O, más bien, los riesgos aumentan?

"Independiente de todo dramatismo, en un caso que no puede ser más dramático, permítaseme preguntar si a la luz del Estatuto que regula la conducta pública y privada de los Jueces, quienes, con razón o sin ella, ante la mirada de ese Decreto no pueden ser ebrios ni jugadores habituales, ni homoxesuales, ni promover conductas privadas que escandalicen, puede sostenerse que un Magistrado no obstenta (sic) siempre su dignidad, y, en consecuencia, su propio mérito y corre con el mismo riesgo, cuando a las siete de la noche llega a su casa donde lo esperan su esposa y sus tres hijos, intenta abrir la puerta y es acribillado a balazos, por la espalda, sin motivo de deuda, venganza privada, odio personal, distinto a los expedientes que había dejado en su mesa de Magistrado? Para qué insistir en el estado de alarma en que vivía la región, reconocido por los Jefes de Policía como el Gobernador. Para qué pedir la protección, que se debe, repito, ante un peligro que estaba de sobra reconocido, que era notorio?

"Dentro de ese orden de ideas y en una interpretación radicalmente lesseferiana del artículo 16, quizás la única protección efectiva del doctor Efraín Córdoba Castilla, hubiera sido *dársela el mismo, RENUNCIANDO AL CARGO Y YENDOSE A VIVIR AL EXTERIOR,* A SUIZA, A INGLATERRA, donde los Jueces tienen la protección de toda la sociedad y por esa razón no se las (sic) tiene que dar el Estado, qué es lo que van a tener que hacer los Magistrados y los Jueces de la República de mantenerse la doctrina del Consejo según la cual en su lucha contra el delito no tienen ni siquiera la esperanza de una indemnización, para su viuda e hijos, si sucumben en el combate.

"Pero como dijo la Sección, en otros tiempos en que la Jurisdicción ponía por encima de la defensa del Presupuesto Nacional la defensa de los ciudadanos, 'cuando quiera que se vea que el ente estatal ha dejado de cumplir con la obligación de defender la vida, honra y bienes de las personas residentes en Colombia y, por ende, ha incumplido con los deberes sociales impuestos por la Constitución y las leyes ...*debe declararse su responsabilidad y condenarse al pago de perjuicios sufridos por la víctima.*

" 'Si habiéndose solicitado amparo o *encontrándose en la posibilidad de hacerlo y en este evento aunque no se hubiera en forma expresa pedido la protección,* las autoridades estatales de-

jaran de actuar *eficazmente* como es su deber y por ello no protegieren la vida de una persona residente en el país o permitiesen que otra destruya sus bienes o la despoje de los mismos, o en el caso de que sean ellas quienes los destruyan o arrebaten, tiene que concluirse que con esa conducta violan el artículo 16 de la Constitución Nacional, imponiéndose por esa razón, sin necesidad de entrar a averiguar la posibilidad de otros medios de defensa que pudiera tener el particular lesionado, la declaratoria de la responsabilidad pública, ...pues... se repite:

" 'La *responsabilidad estatal surgirá siempre que las autoridades pudiendo y debiendo hacerlo para el caso específico, dejen que se desconozcan los derechos a la vida, honra y bienes de las personas residentes en el país por parte de otras personas,* o cuando el mismo estado vulnera tales derechos'.

"(Cfr. sentencias de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de 4 de noviembre de 1975, José Ignacio Arboleda, contra la Nación, y de 7 de diciembre de 1977, Flota La Macarena, contra la Nación).

"Claro que el Estado que tenía, además, de la Policía, acantonado todo un Ejército en Valledupar, estaba en condiciones de prestarle algo más que vigilancia con visitas esporádicas de una patrulla volante por el Despacho y su casa, al Magistrado Presidente del Tribunal que las autoridades sabían, de antemano, habían amenazado las fuerzas disolventes del desorden y de la anarquía. Porque no se trataba, ciertamente de ponerle un 'guardián', en la transferencia civilista, repito, de la 'garantía' y 'seguridad' constitucionales, a cada habitante del país, ni siquiera del Cesar, o de Valledupar, sino de *proteger* la vida de un ciudadano, de importancia excepcional en el país, del Presidente, amenazado, reitero, del Tribunal del Distrito Judicial de Valledupar.

" 'Suele ocurrir que los rigorismos seudo-jurídicos conduzcan a las más flagrantes violaciones de la equidad, y a que se desconozca el derecho por pretender trabajar con el espíritu propio de las ciencias exactas en un campo donde no existen ni fórmulas algebráicas, ni instrumentos de precisión, ni máquinas que proporcionen la imagen fiel de las verdades jurídicas. Es lo que expresa el antiguo adagio al decir que exagerar el derecho es producir la injusticia, y lo que se significa hoy al afirmar que *con el espíritu de la geometría no puede trabajar el que administra justicia'.*

"(Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Expediente número 414, Alfonso Salazar y otros, contra la Nación, Magistrado ponente doctor Gabriel Rojas Arbeláez).

" 'Con el espíritu de la geometría no puede trabajar el que administra justicia', sobre todo cuando debe dispensarla a la viuda y a los hijos de quien murió, impartiendo justicia' (fls. 15 a 22).

2. Falta de aplicación de los artículos 32, 1º y 5º del Código Nacional de Policía; 109 del Decreto 522 de 1971; 68 del Código Contencioso Administrativo anterior al vigente; 1612 a 1615 del Código Civil; 103 del Código Penal y 8º de la Ley 153 de 1887.

Sobre lo cual argumenta el censor así:

"La sentencia recurrida, como anoté desde un principio, acepta 'que pocos días antes de 15 de septiembre de 1979, día en que fue cobardemente sacrificado el doctor Efraín Córdoba, se difundió por las distintas emisoras la noticia dada por el Gobernador del Departamento del Cesar de que había sido descubierto y debelado un plan terrorista que debía realizarse el 14 de dicho mes y año para celebrar un nuevo aniversario del célebre paro nacional de 1977, el cual incluía la muerte de distinguidas personalidades del Departamento, incluido el Gobernador, es decir, que las autoridades tenían conocimiento de la especial situación de peligro que se cernía sobre el señor Presidente del Tribunal del Distrito Judicial del Cesar; acepta, además, que con anterioridad el Magistrado Presidente, había sido víctima de un atentado con bomba en su residencia y que la protección policiva apenas se le prestó por unos pocos días, razón por la cual tuvo que pagarse con su escaso sueldo un celador, y resulta indiscutible que, por entonces, el país se encontraba en estado de sitio, debido a la perturbación del orden público y aún más, bajo el Estatuto de Seguridad, expedido por el Gobierno *para proteger* a los residentes del país'.

"Y también acepta el fallo recurrido que la protección al Magistrado, lo que implica que las autoridades sí sabían que estaba en peligro, se le prestó 'mediante patrullajes y revistas esporádicas tanto a la casa como al despacho de los funcionarios'.

"Ahora bien: Frente a tal situación de hecho reconocida por la Sección falladora, debió aplicar los artículos 32, 30, modificado por el artículo 109 del Decreto 522 de 1.71 (sic) y 1º y 5º del Código Nacional de Policía, a cuyo tenor:

" 'Artículo 32:

" 'Los funcionarios de policía están obligados a dar sin dilación el apoyo de su fuerza *POR PROPIA INICIATIVA* o porque se les pida directamente de palabra o por voces de auxilio, a toda persona que esté urgida de esa asistencia para proteger su vida, o sus bienes, o la inviolabilidad de su domicilio, o su libertad personal, o su tranquilidad'.

"Y, dicho apoyo, no puede ser cualesquiera ayuda o *protección,* sino *la ayuda eficaz,* como se sigue de la lectura de su otro artículo 30, que *obligan a las autoridades de policía a EMPLEAR LOS MEDIOS EFICACES, PARA PREVENIR LA INFRACCION PENAL,* artículo 5º *ibídem,* y el Magistrado Presidente del Tribunal del Distrito Judicial del Cesar fue, precisamente víctima de una infracción penal, de un homicidio, con el fin, como reza el artículo 1º de dicho Código, *'...de proteger a los habitantes del territorio colombiano en su libertad y los derechos que de ésta se derivan...'*

"Pero como no los aplicó, resulta palmario que, por no haberlo hecho, los violó directamente.

"Y, como consecuencia, violó, también, de rebote o contragolpe, los artículos 68 del anterior Código Contencioso Administrativo; 1612 a 1615 del Código Civil; 106 del Código Penal y 8º de la Ley 153 de 1887, pues los dejó de aplicar, siendo pertinentes a la solución del caso debatido' (fls. 23, 24 y 25).

3. Incidencia de las violaciones denunciadas en la parte resolutiva del fallo recurrido.

Sobre este aspecto de la incidencia exigido por el numeral 3 del artículo 199 del Código Contencioso Administrativo, expresa el recurrente lo siguiente:

"El error de interpretación del artículo 16 de la Constitución Nacional en que cayó la Sección al fallar este proceso, y la falta de aplicación de los artículos 1º, 5º, 30 y 32 del Código Nacional de Policía; 68 del Código Contencioso Administrativo; 1612 a 1615 del Código Civil; 106 del Código Penal y 8º de la Ley 153 de 1887, la llevaron a denegar todas las súplicas de la demanda inicial del proceso. Que la mayoría de la Sección hubiera interpretado correctamente, como así lo hizo el Magistrado disidente, el artículo 16 de la Carta, y hubiera aplicado los artículos 1º, 5º, 30 y 32 del Código Nacional de Policía, que los hechos y circunstancias aceptados reclamaban, habría aplicado, también, los artículos 68 del Código Contencioso Administrativo anterior; los artículos 1612 a 1615 del Código Civil; 106 del Código Penal y 8º de la Ley 153 de 1887 y, así, necesariamente, debería de haber condenado a la Nación a indemnizar a los reclamantes.

"De donde, el error de interpretación, y la falta de aplicación alegados, no sólo ha quedado demostrado, sino que es trascendente a la parte resolutiva del fallo acusado y como tal impone a la Sala la obligación de anular la sentencia recurrida, para que, en su lugar, proceda a reponerla y con respeto por la Constitución y la ley, condene a la Nación a indemnizar a los demandantes, en la forma en que lo han pedido" (fls. 25 y 26).

Alegato de la señorita apoderada de la Nación - Policía Nacional:

1. Sobre la infracción al artículo 16 de la Carta Política que la demanda endilga a la sentencia objeto del recurso sostiene que se hace un juicioso e histórico análisis del mismo "pero, volviendo al punto debatido y fallado en súplica, de si la obligación del Estado, es de medio o de resultado".

Y continúa:

"Sobre este aspecto —aunque resulte doloroso en tratándose de la muerte de un probo Juez de la República— ya la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera del honorable Consejo de Estado, ha tenido oportunidad de pronunciarse, sobre el punto específico referente a la obligación de medio que asume

el Estado, a través del artículo 16 de la carta fundamental, cuando en fallo de noviembre 17 de 1967, expediente número 414, Consejero ponente doctor Gabriel Rojas Arbeláez, dijo:

"'...sería un absurdo que se pretendiera exigir del Estado la protección individual hasta el último riesgo y hasta la más imprevisible amenaza, constituiría esto una nueva versión del Estado —Gendarme, tan peregrina como imposible; equivaldría a solicitar del Estado la aplicación de atributos mágicos de que indudablemente carece—. No se puede responsabilizar al Estado por la actividad furtiva y esporádica de los delicuentes. Se le responsabiliza cuando el desorden causante del daño se hace empresa pública, y aquel no intenta siquiera contrarrestarlo...'

"En Colombia, hay que admitirlo, aunque nos produzca dolor y vergüenza, la delincuencia ha alcanzado proporciones alarmantes, a punto tal, que bien puede afirmarse, sin incurrir en error de cálculo, que más del 50% de los Jueces de la República han sido o son amenazados, por diferentes motivos. Sin embargo, no todas las amenazas se han cristalizado. Por tal razón es imposible, para la autoridad como tal, acudir a todos los llamados, estableciendo vigilancia, ante la más leve amenaza.

"Teniendo en cuenta las anteriores circunstancias, resulta imposible —'aplicación de atributos mágicos'— solicitar del Estado, protección durante 24 horas y para siempre" (fls. 258 y 259). A renglón seguido cita pasajes de la obra El Nombre de la Rosa de UMBERTO ECO.

2. Conviene advertir que el motivo fundamental por el cual se separan las pretensiones de la demanda no fue otro que la ausencia de pruebas, según se lee en el siguiente aparte del fallo recurrido:

"He ahí que tratándose de la falla del servicio asignada en la 'omisión' de la administración, sea absolutamente necesario demostrar en forma fehaciente que se pidió concretamente la protección a la autoridad ante determinadas amenazas o actos fundados y razonados temores, sin que tal prestación y vigilancia se haya prestado por el Estado".

Según puede observarse, en el curso del proceso no se demostró palmariamente que se hubiese solicitado la protección necesaria; se limita simplemente a indicar que porque el doctor Córdoba era el Presidente del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar era obvio que oficiosa y permanentemente tuviese a su servicio protección contínua, lo cual resulta imposible dadas las tareas múltiples que debe cumplir la Policía.

En tales condiciones es claro que el punto del debate se contrae a la apreciación de la prueba que hizo la Sala, "violación que no puede ser otra que indirecta y por ende, no susceptible de discutirse en anulación. La única causal de anulación que puede tener éxito es la de tener la sentencia una violación directa de la constitución y de la ley sustancial. No cabe pues, pedir anulación de una sentencia por cuanto aquella contenga una infracción indirecta".

Cita sobre este punto la sentencia de 25 de junio de 1986 (Expediente número 4803) y comentarios del doctor Miguel González Rodríguez en su libro "Derecho Procesal Administrativo, Tomo II".

El caso *sub júdice* gira alrededor de la discrepancia del actor en la presente controversia con la posición de la Sala frente al requisito *sine qua non* de pedir protección específica y que ésta no se le hubiere deparado para que se configure la falla del servicio por omisión. "No consideró la Sala —desde la fecha del fallo impugnado— que la protección de la vida del Magistrado era oficiosa para la Policía, sin solicitarla, partiendo de la obligación de 'resultado' que le 'imprime el artículo 16 de la Constitución Nacional' ".

Igualmente la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado estuvo de acuerdo en que la obligación del Estado surgida del artículo 16 de la Constitución Nacional es de medio y no de resultado. Tal se sostuvo en sentencia de 12 de junio de 1984 (Expediente número 11016) que resolvió el recurso extraordinario de súplica contra el fallo ahora recurrido en anulación, así:

> " '. . .y precisamente determina cómo la responsabilidad no es absoluta e 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. . .*'
>
> ". . .Es indiscutible por lo tanto que no solamente no hay contradicción doctrinal entre las sentencias mencionadas por el recurrente y la recurrida, sino por el contrario, hay una posición consecuente *con la doctrina reiterada sobre la necesidad de cumplir algunos requisitos para derivar responsabilidad del Estado* por falta del servicio por omisión. . ." (Subrayas fuera del texto).

Y concluye que al no prosperar el cargo de violación directa del artículo 16 de la Constitución Nacional por interpretación errónea, no puede prosperar tampoco el de falta de aplicación de los demás artículos citados por militar similares consideraciones a las ya anotadas.

Alegato de la Fiscal Segunda ante el honorable Consejo de Estado:

Para esta Agente del Ministerio Público los cargos formulados por la parte recurrente deben prosperar, por las siguientes razones:

> "Tratándose de funcionarios públicos encargados de administrar justicia y muy en especial la justicia *penal*, como en el caso que se estudia, la protección que se debe recibir debe ser constante y además oficiosa.
>
> "En la descomposición social que estamos viviendo, donde han desaparecido del catálogo de valores el respeto por la vida; en donde el delicuente cree, equivocadamente, en su afán de venganza y persistiendo en su errado proceder, que debe eliminar a todo aquél que interfiere en su proceder criminal, la cabeza más protuberante y al alcance de su mira es obviamente el Juez

que lo investiga, que lo juzga y lo condena. No puede pues exigírsele a un Juez que además de administrar justicia con todos los inconvenientes, riesgos y dificultades que ello implica, tenga también que implorar de las autoridades respectivas la protección. Protección esta que por las especiales circunstancias que estamos viviendo y que es de todos conocida, es hoy más que nunca necesaria, casi que implícita e inherente a la administración de justicia.

"La cuestión pues no es puramente teórica sobre si se solicita o no se solicita la mencionada protección. Las circunstancias de emergencia que se viven en el país han hecho del oficio de administrar justicia un riesgo permanente y de ello están y han estado conscientes los estamentos policivos y militares.

"En el caso concreto que se estudia quedó plenamente establecido el especial momento que se vivía en la capital del Cesar. El mismo Gobernador de entonces se refirió a la perturbación del orden y a las amenazas existentes según el plan terrorista descubierto en esos momentos. Tenemos pues que si al cotidiano estado de peligro en que se vive, se le agrega un complot organizado como el que fue descubierto en el Departamento del Cesar, es claro, que la obligación del Estado de impartir efectiva protección al Presidente de la Sala Penal del Tribunal Superior del Cesar, era realmente necesaria y oficiosa.

"La especial circunstancia de ser la víctima un Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior, debe ser tenida en cuenta. El peligro inminente e inherente al cargo, colocaba al doctor Córdoba en una situación enteramente diferente a la de un ciudadano común. Este, si en un momento dado y por excepción se siente amenazado, debe avisar y solicitar del Estado una especial protección, en su caso la amenaza a su vida es una situación excepcional y por ello resulta lógico y explicable que así lo exponga ante las autoridades para obtener la protección pero cuando se trata de un Juez penal el raciocinio que se debe hacer es otro muy diferente.

"La Constitución Nacional en su artículo 16 no establece condiciones para otorgar la seguridad y la protección, ella en principio debe prodigarse a quienes la necesiten. Como se dijo antes la tarea que desempeñan los Jueces y muy especialmente los penales, requiere de esa protección estatal.

"En el caso que se estudia, la sentencia exigió unas condiciones que no aparecen en la norma constitucional ni que se pueden deducir del caso concreto por tratarse de una víctima que pereció por su condición de Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior y en el ejercicio de su cargo.

"Por lo anterior, esta Fiscalía considera, que el presente recurso debe prosperar, pues la sentencia recurrida violó en forma directa el artículo 16 de la Constitución Nacional. En consecuencia se permite solicitar al honorable Consejo de Estado, se anule la sentencia de febrero 17 de 1983 proferida por la Sección III de esta Corporación en el juicio de la referencia" (fls. 269 a 270).

Consideraciones de la Sala:

Plantea la demanda extraordinaria como cargo único la violación por la sentencia de 16 de febrero de 1983 de la Sección Tercera de esta Corporación objeto del presente recurso, del artículo 16 de la Constitución Política por errónea interpretación y como consecuencia de ello el desconocimiento por falta de aplicación de los artículos 32, 1º y 5º del Código Nacional de Policía (Decreto-ley 1355 de 1970); 109 del Decreto 522 de 1971 modificatorio del artículo 30 de dicho Código; 68 del anterior Código Contencioso Administrativo (Ley 167 de 1941), 1612 a 1615 del Código Civil; 106 del Código Penal y 8º de la Ley 153 de 1887.

Alega que la prementada transgresión jurídica tiene lugar por haber incurrido el Estado —Policía y Ejército— en falla del servicio por omisión al no haber prestado al doctor Efraín Córdoba Castilla Presidente a la sazón del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Valledupar la debida protección y que por ello fue asesinado violentamente por desconocidos el 15 de septiembre de 1979.

Al respecto hace la Sala las siguientes consideraciones:

I

La responsabilidad directa de la persona pública por fallas del servicio según la jurisprudencia contencioso administrativa, descansa en principios de derecho público, cual es el Título III de la Carta Política y especialmente el artículo 16 de ésta, dejando de lado los cánones de derecho privado.

Existen sobre el particular los siguientes pronunciamientos entre otros:

> "1. La autonomía del derecho público, como lo anota el profesor Mauricio Duverger, se ha estructurado sobre bases orgánicas, materiales y formales. Estos criterios imprimen carácter a las relaciones jurídicas, indican la naturaleza de los intereses comprometidos y señalan los procedimientos singulares utilizados por el Poder Público. Desde un punto de vista orgánico, la autonomía se apoya en la diferencia entre gobernadores y gobernados y en la índole de las relaciones jurídicas que los unen. La intervención del Poder Público como sujeto de derecho, impone la necesidad de sistemas distintos de aquellos que regulan las relaciones entre particulares. Desde un punto de vista material, la distinción se funda en la naturaleza de los intereses en juego. El fin esencial del Estado es el de satisfacer las necesidades colectivas, y en razón de ese objetivo superior, necesita apelar a sistemas autónomos que garanticen el cumplimiento de sus deberes. El lazo jurídico que vincula a los particulares no trasciende directa e inmediatamente sobre la colectividad, en tanto que en la relación habida entre la Administración y los ciudadanos puede interponerse, como elemento distintivo, el concepto de utilidad general... En derecho privado domina el principio de la libre determinación y de la consiguiente autonomía de la voluntad. En derecho público se parte de la idea contraria. Los intereses co-

lectivos limitan la actuación del Estado, por una parte, y le otorgan a la Administración poderes singulares de imposición y facultades excepcionales de decisión unilateral, incompatibles con los sistemas de derecho privado".

"Pero como las situaciones jurídicas particulares no pueden quedar sometidas al capricho de los gobernantes, el derecho administrativo estructura como contrapartida necesaria de ese régimen de privilegio estatal, un sistema autónomo de responsabilidad que tutela los derechos subjetivos y protege el interés general. De allí que los más ilustres maestros desarrollen los principios fundamentales del derecho administrativo en torno de estas bases: La existencia de una organización pública; la actuación de las entidades estatales en función de imposición; el restablecimiento de un régimen autónomo de responsabilidad; y, funcionamiento de una jurisdicción especial".

"El Estado actúa generalmente por vía de imposición; pero el derecho objetivo señala los límites y establece las bases de su actuación unilateral. De allí que su actividad se desenvuelva en torno de dos principios directrices, que constituyen la esencia del derecho administrativo y que dan a esta rama jurídica autonomía plena: La idea de imposición, y la idea de responsabilidad".

"....."

"El sistema colombiano. En la Constitución Nacional se echaron las bases de las ideas analizadas y en el Código Contencioso Administrativo se desarrollaron ampliamente, estructurándose así un sistema jurídico autónomo y congruente sobre responsabilidad del Estado, que hizo inoperante en estas materias, la reglamentación del derecho privado. En el artículo 2º de la Carta se establece que los poderes públicos se ejercerán en los términos que la Constitución señala. Esta norma, por sí sola, 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. Si lo poderes públicos están obligados a actuar dentro de los límites constitucionales, las actividades que desborden esos linderos y que lesionen derechos particulares, han de producir necesariamente consecuencias jurídicas que se traduzcan en el restablecimiento del derecho violado. La infracción a los estatutos y el daño ocasionado, constituyen la fuente de la responsabilidad".

"Estas ideas generales se desenvuelven especialmente para el órgano administrativo, en el artículo 16 de la Constitución... En ese precepto se consagran, en términos generales, los deberes, derechos y obligaciones de la administración pública frente a los deberes, derechos y obligaciones de los particulares, y se establece un régimen jurídico de equilibrio entre aquéllos y éstos. Se estructura así la típica relación de derecho público que la Constitución desarrolla en los artículos siguientes: El deber de la Administración es proteger a las personas contra la agresión jurídica proveniente de los particulares, pero con mayor razón

tutelares contra los actos y hechos de las propias autoridades. Si la lesión ocasionada por un tercero implica la indemnización del daño, la que es causada por el mismo protector de ese derecho ha de determinar, por lo menos, idénticas consecuencias jurídicas. La violación del derecho por parte de la administración pública encargada de la misión concreta y específica de ampararlo, conlleva una mayor responsabilidad porque ella debe actuar, por mandato expreso de la Carta, dentro de los límites de la legalidad. Si el Estado hiere el derecho particular y ocasiona daño, necesariamente ha de responder de su acto".

"El contenido de los dos ordenamientos constitucionales analizados se desarrolla en todo el Título Tercero de la Carta, siguiendo las mismas orientaciones y contemplando las diversas hipótesis en que la responsabilidad estatal, la personal del agente o la acumulación de ellas opera. El artículo 33 establece la responsabilidad objetiva y directa del Estado en forma expresa".

"Al señalarse en la Constitución los deberes y obligaciones del Estado y fijarse un límite a sus actuaciones, se establece una frontera entre sus actos regulares y sus actos irregulares. De idéntica manera a como la transgresión de la ley determina consecuencias para los particulares, ha de producirlas para el Estado, porque aquéllos y éste están sometidos al derecho. Son éstas, en sus lineamientos generales, las ideas plasmadas en la Constitución Nacional. Se desarrolla así la moderna concepción del estado de derecho, no solamente en el sentido político que comúnmente se da a esa Nación, sino como expresión de una responsabilidad jurídica y patrimonial".

"En los textos analizados se echan las bases de la responsabilidad del Estado en razón de sus actos y de sus hechos, en los artículos 136 y siguientes de la Constitución se crea una jurisdicción especial para conocer de esta clase de negocios, y en el Código Contencioso Administrativo se complementan aquellos principios, se adiciona esa organización y se establecen las acciones y procedimientos aplicables. Queda así consagrado un sistema autónomo de derecho público sustantivo, un régimen autónomo de derecho público adjetivo, y una jurisdicción autónoma para decidir de las controversias de derecho público.

"La Constitución enuncia los principios generales de la legalidad, de la responsabilidad y de la competencia, y la ley da los medios para ponerlos en movimiento mediante el contencioso de plena jurisdicción. La Carta fundamental impone a los poderes públicos la obligación de actuar dentro de los límites constitucionales y a las autoridades de la República el deber de garantizar y respetar los derechos por ella reconocidos. En desarrollo de estas normas generales, los artículos 62 y siguientes de la Ley 167 de 1941 ordenan que el órgano administrativo acomode sus actuaciones ya no sólo a los ordenamientos constitucionales, sino también a los preceptos legales y a las disposiciones superiores de derecho, y confieren poder suficiente para acusar ante la

jurisdicción especial todas aquellas decisiones, operaciones y hechos que extralimiten el marco de la legalidad y que lesionen los derechos particulares".

"Las autoridades están instituidas para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado, entre los cuales figuran los de obrar dentro de los límites del derecho, imponer el acatamiento de la ley, conservar el orden público, y, en general prestar eficientemente los servicios públicos. Para alcanzar esas finalidades esenciales, el Estado, expide decisiones administrativas escritas o verbales, realiza operaciones administrativas y ejecuta actos administrativos materiales, es decir, cumple una función de derecho público. En el desempeño de esa misión, ocurren acaecimientos involuntarios o hechos administrativos propiamente dichos, cuyo agente productor es el Estado en función de servicio público. Cuando la Administración traspasa los linderos de la legalidad con lesión de derechos particulares, o cuando por falta de servicio acarrea daños a las personas, se establece entre el Estado y los perjudicados una típica relación de derecho público que engendra una responsabilidad de derecho público porque el agente productor del perjuicio es un sujeto de derecho público que actúa en función pública. No importa que el derecho quebrantado por el acto o por el hecho administrativo sea de carácter civil, porque el elemento que establece la naturaleza jurídica de la relación es la calidad especial del sujeto que ocasionó el daño y la índole de la gestión que en ese momento adelantaba".

"Es esa la razón para que los artículos 67 y 68 de la Ley 167 de 1941, estructuren la noción de responsabilidad patrimonial del Estado a través de la relación de derecho público que nace entre la administración y los particulares, sin consideración a la naturaleza civil del derecho violado. La norma quebrantada puede ser 'de carácter civil o administrativo', sin que se altere la índole jurídica del vínculo, ni la naturaleza de la responsabilidad que genera".

"Igualmente, la Constitución Nacional y el Código Contencioso Administrativo desplazan el centro de gravedad de la responsabilidad estatal de los fundamentos meramente subjetivos que le da el Código Civil hacia bases más concretas y objetivas. Las nociones de responsabilidad directa y de responsabilidad indirecta que surgen de los artículos 2341 y 2349 de nuestro estatuto civil no se adaptan a las modalidades y sistemas de actuación del Estado, porque éste, como tal, no incurre en culpa, y la que sea imputable a sus agentes no se puede considerar desligada de la función pública que desempeñan. Tampoco es dable asimilar, para efectos de la responsabilidad, a los funcionarios de la administración con los pupilos y criados domésticos, como expresamente lo ha reconocido la jurisprudencia.

"....."

"La Constitución Nacional a partir de la enmienda de 1936 y el Código Contencioso Administrativo desde 1941, estructuraron la noción de responsabilidad patrimonial de las entidades de

derecho público sobre bases más científicas y más acordes con la técnica jurídica. Siguiendo los pasos de la doctrina francesa, esos estatutos crearon el contencioso de plena jurisdicción como el contencioso típico de la responsabilidad del Estado, y en los artículos 67 y 68 de la Ley 167 de 1941 establecieron un sistema de derecho público autónomo que contempla todas las hipótesis y da solución adecuada a todas las controversias que pudieran presentarse. En esas reglas legales se estudia la responsabilidad patrimonial del Estado a través de todos los sistemas de actuación de las entidades de derecho público: El acto administrativo, la operación administrativa, el acto material y el hecho administrativo, para presentar una concepción objetiva de la responsabilidad fundada en la violación de la ley, en la falta del servicio y en el daño".

"Ese nuevo sistema jurídico está regido por normas sustantivas de derecho público, por reglas adjetivas de derecho público y sometido al control de una jurisdicción especial de derecho público, porque parte del principio básico de que la actividad del Estado es de naturaleza jurídica distinta de la actividad de los particulares y debe estar, por consiguiente, reglamentada por normas diferentes. Dada la circunstancia de que la actuación de la administración pública ha de estar orientada siempre por fines altruístas de servicio y de satisfacción de necesidades colectivas y no por el propósito egoísta de atender intereses particulares, el sistema jurídico que regule la responsabilidad estatal ha de tener en cuenta ese trascendental elemento que es totalmente extraño al derecho civil. En las actividades del Estado como supremo gestor de los servicios públicos, no hay nada que lo identifique con los particulares, hecho que no podía ser indiferente para el derecho" (Sentencia de 2 de noviembre de 1960. *Anales*, Tomo LXII, números 387 a 391, págs. 154 y ss.).

"2. De acuerdo con las construcciones jurisprudenciales del Consejo de Estado que desde hace algunos años para acá ha venido elaborando, la responsabilidad del Estado se funda en la falla del servicio con base en el artículo 16 de la Constitución Nacional. Es, entonces, una responsabilidad autónoma, es decir, independiente de toda idea de ilícito penal, se presenta con una falla funcional orgánica o anónima. La falla radica primordialmente en la no prestación del servicio, en su deficiente, tardía o desviada prestación, entendiéndose que ella puede localizarse en cualquier organismo de la administración pública, en forma tal que vulneren los derechos de los gobernados por no protegerlos en sus vidas, honra y bienes, como reza el artículo 16 de la Carta. De esta manera, para deducir la responsabilidad de la Administración, basta acreditar estos tres presupuestos: 1. El hecho dañoso, o sea la falla del servicio; 2. El daño propiamente dicho; y 3. La relación de causalidad entre el hecho y el daño. Así mismo, para exonerarse de ella, debe demostrar la Administración o la fuerza mayor o caso fortuito, o la culpa de la víctima, o la intervención de elemento extraño" (Sentencia de junio 7 de 1973, Sección Tercera, *Anales*, Tomo LXXXIV, Primer Semestre, pág. 310).

"2A. La responsabilidad estatal bien puede y pudo fundarse en el artículo 16 de la Constitución. Los objetivos específicos del Estado definen de por sí tanto los privilegios como las cargas de éste, entre las cuales puede contarse la responsabilidad, así no hubiera un texto expreso en que se dijera para qué están instituidas las autoridades de la República. Sin embargo, en nuestro ordenamiento positivo existe un artículo constitucional —bello artículo, lo llama el señor Samper— en que expresamente se declaran los altos fines de esas autoridades. Intrascendente parece ese precepto; pero no lo es si se tiene en cuenta, según la historia política de varios pueblos, que el Poder Público ha sido y pudo ser convertido en objeto patrimonial de familia, de grupos, de clases o de partidos.

"Lo de la responsabilidad estatal resulta de la carga especial que se le impone a una persona por desvío, abuso o inacción del Estado. La reparación es una cuestión de justicia distributiva, y ésta es un principio de derecho natural, de aquéllos, que han de servir para ilustrar a la Constitución, según las previsiones del artículo 4º de la Ley 153 de 1887, formuladas, por cierto con varios años de anterioridad a que el Consejo de Estado Francés se decidiera a tener en cuenta los principios generales del derecho como uno de los fundamentos de su jurisprudencia.

"No obstante, sería un absurdo que se pretendiera exigir del Estado la protección individual hasta el último riesgo y hasta la más imprevisible amenaza. Constituiría esto una nueva versión del Estado —Gendarme—, tan peregrina como imposible; equivaldría a solicitar del Estado, la aplicación de atributos mágicos de que indudablemente carece. Existen autoridades o instituciones para prevenir y castigar los delitos, y asegurar así el respeto de los derechos, conforme al discurrir ordinario de la vida social. Dentro de este orden de cosas que contempla las relaciones de particular a particular, sin saltar al campo de las cosas públicas, así cumple sus fines la administración.

"Pero *cuando sobrevienen circunstancias extraordinarias se requiere entonces la presencia especial de la autoridad. Si ésta no acude, su omisión consentida se resuelve necesariamente en negligencia, causante de perjuicios y originaria de responsabilidad.* No se puede responsabilizar al Estado por la actividad furtiva y esporádica de los delincuentes. Se le responsabiliza cuando el desorden causante del daño se hace empresa pública y aquél no intenta siquiera contrarrestarlo. No puede quebrantarse sin consecuencias el artículo 16 de la Constitución.

"Aquella doble situación administrativa estaba contemplada muy bien en el primitivo artículo de la Constitución, correspondiente al 16 de la Codificación actual, disposición en la que se decía que las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el respeto recíproco de los derechos, previniendo y castigando los delitos. Se perfilaban allí la protección contínua que proporciona el Estado a través de determinados organismos, y la protección que se pudiera llamar

transeúnte por lo circunstancial. Ambas obligan a los poderes públicos; pero es la última la que corresponde especialmente a la llamada administración activa" (Sentencia de 17 de noviembre de 1967. Actores: Alfonso Salazar y otros. Consejero ponente doctor Gabriel Rojas Arbeláez, subraya la Sala).

"3. El Consejo de Estado ha precisado que la responsabilidad de los entes públicos se basa en la denominada teoría de la 'falla del servicio' que tiene su fundamento jurídico en las normas de los artículos 16 de la Constitución Nacional y 68 de la Ley 167 de 1941, no siendo, por tanto, aplicables las disposiciones del Código Civil. Igualmente, en las sentencias proferidas por la Corporación se han especificado los elementos que configuran la 'falla o falta del servicio' así: Un hecho positivo o una operación administrativa no escrita o una vía de hecho imputable a un ente público; un daño y que exista una relación de causa a efecto entre el primero y el segundo. Así mismo, se ha sostenido que constituye causa exonerativa de responsabilidad la circunstancia de que el hecho dañaso no sea imputable a la Administración. Y se dice que no es imputable cuando quiera que sea producida por la actuación exclusiva de un tercero, de la víctima o por el acaecimiento de una fuerza mayor o caso fortuito. De la misma manera, se ha expresado que la exoneración puede ser total o parcial según que en la producción del hecho dañoso solamente intervengan los eventos antes enunciados o por el contrario, participe también en parte la acción o la omisión administrativa Pero si para deducir la responsabilidad de los entes públicos no se acude a las nociones del derecho civil de culpa o presunciones de la misma en determinadas actividades, para establecer si el hecho proviene de un tercero o de la víctima si tiene que acudirse a esas nociones ya que es claro que los particulares sólo responden por los hechos que cometen con dolo o culpa aún tratándose de ciertas actividades denominadas peligrosas en las cuales se presume la segunda" (Sentencia de 24 de octubre de 1975 de la Sección Tercera. Actor: Ananías Hernández Vargas. Expediente número 1405).

"4. La estructuración de una teoría autónoma de la responsabilidad del Estado no ha sido el resultado de elucubraciones que hayan pretendido crear una figura intelectual más o menos semejante a las del derecho común. La responsabilidad estatal tiene su fundamento en la esencia jurídica del denominado 'Estado de derecho'. Si el Estado tiene como fin la colaboración con el ciudadano en la búsqueda y realización del bien común, es lógico que ello implica para el mismo una serie de obligaciones. Para que el ente estatal cumpla con esas obligaciones ha sido investido de innumerables poderes tendientes a regular la vida en sociedad y a satisfacer las necesidades de los miembros de la comunidad. Por ello, tiene que concluirse que cuando el Estado no cumple con la misión que le ha sido encomendada, o cumple defectuosamente, o al cumplir causa daño a alguno de los miembros de la comunidad, incurre en responsabilidad. Esa responsabilidad no se puede derivar del derecho civil, ni de ella puede predicarse que se reduce a no hacer daño a los particulares. Si el Estado

cada día interviene más en las actividades de la comunidad, tiene que concluirse que su responsabilidad también es mayor. Bien puede decirse que en la medida que existía mayor intervencionismo estatal existirá mayores responsabilidades, la cual no encuadra siempre en los moldes del derecho privado de culpa directa, indirecta, por el hecho de las cosas, en actividades peligrosas, etc. Si las relaciones entre el Estado y los particulares no son iguales a las que existen entre éstos entre sí, no puede válidamente sostenerse que el fundamento de la responsabilidad de los entes públicos pueda hallarse en el aforismo latino *'naeminen laidere'*. La autonomía de la responsabilidad administrativa y su fundamentación en postulados diferentes a los consagrados en el Código Napoleónico es un imperativo jurídico que no puede desconocer el juzgador al estudiar los diferentes casos de responsabilidad estatal. Por la anteriores razones la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, desecharon todas las teorías surgidas del derecho civil para reconocer la responsabilidad de los entes públicos y reconocieron que ella surgía de la misma Constitución en donde se consagró que 'las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares' (art. 16). De ahí que bien puede predicarse que la responsabilidad del Estado se desprende de la obligación que nace para éste de reparar los perjuicios causados bien sea a la sociedad o a uno de sus miembros, como consecuencia del no cumplimiento, o del defectuoso cumplimiento o tardíos cumplimiento de los deberes fundamentales consagrados en la Constitución. Para defender a las personas residentes en el país de los abusos de poder, y traducidos en vías de hecho de los funcionarios públicos, o en actuaciones ilegales que puedan lesionar los bienes protegidos en la Carta, o en omisiones de los deberes fundamentales, el Constituyente creó y organizó una jurisdicción especial: La contencioso administrativa. El Juez administrativo, es pues, el defensor permanente de los derechos del ciudadano frente al Estado. Su misión principal es la de restablecer el equilibrio que debe reinar en la sociedad en los casos en que haya sido vulnerado por el mismo Estado. Los cuidadanos tendrán siempre la seguridad de que no podrá aquél vulnerar sus derechos fundamentales mediante abusos de poder con la existencia de la jurisdicción contencioso administrativa encargada de corregir las fallas que cometan los administradores del Poder Público. Toda la estructuración de la responsabilidad estatal permite aseverar que los entes públicos no se pueden exonerar de la imputabilidad de sus hechos en la misma forma como lo hacen los particulares, expresando que no incurrieron en culpa o que la víctima tenía muchos medios para defenderse. Cuando quiera que se vea que el ente estatal ha dejado de cumplir con la obligación de defender la vida, honra y bienes de las personas residentes en Colombia y por ende ha incumplido con los deberes sociales impuestos en la Constitución y las leyes (arts. 17, 18, 19, 22, 26, 28, 30, 32, 34, 35, 36, 38, 39, 41, 42, 44, 45 y 46, entre otros, de la C. N.), debe declararse su responsabilidad y condenársele

al pago de los perjuicios sufridos por la víctima. Si habiéndoseles solicitado amparo o *encontrándose en la posibilidad de hacerlo —y en este último evento— aunque no se hubiere en forma expresa pedido la protección las autoridades estatales dejaron de actuar como es su deber y por ello no protegieron la vida de una persona residente en el país o permitiesen que otra destruya sus bienes o la despoje de los mismos, o en el caso de que sean ellas quienes se los destruyan o arrebaten tiene que concluirse que con esa conducta violan el artículo 16 de la Constitución Nacional, imponiéndose por esa razón, sin necesidad de entrar a averiguar la posibilidad de otros medios de defensa que pudiera tener el particular lesionado, la declaratoria de responsabilidad pública.* Claro está que esta responsabilidad consagrada en forma tan lata en la Constitución está amparada primero por el mismo poder del Estado que limita los derechos del ciudadano, creando reglamentaciones en la medida que él pueda prestar los servicios —entre otras pueden citarse las relacionadas con urbanizaciones, reuniones públicas, porte de armas, comercios, etc.—, es decir permite el ejercicio de los derechos que está en capacidad de garantizar y proteger y prohíbe aquellos cuyo ejercicio no podría garantizar, y en segundo lugar, la misma jurisprudencia ha limitado esta noción al expresar que al Estado no se le puede responsabilizar de hechos que materialmente no tuvo el poder de controlar, como aquellos que se suceden dentro de un recinto privado completamente cerrado —en el hogar por ejemplo— o en sitios despoblados, en ausencia de las autoridades públicas, siempre y cuando ésta no estuvieren en la obligación de estar en tales lugares. Pero, se repite, la responsabilidad estatal surgirá siempre que las autoridades pudiendo y debiendo hacerlo para el caso específico dejen que se desconozcan los derechos a la vida, honra y bienes de las personas residentes en el país por parte de otras personas, o cuando el mismo Estado vulnera tales derechos. El Estado falla cuando en sus actuaciones, hechos positivos o negativos o vías de hecho desconocen los derechos de los particulares o deja de proteger los mismos o permite que algún miembro de la comunidad o cualquier otra persona vulnere dichos derechos. No debe olvidarse que, como lo ha expresado el Consejo, la responsabilidad estatal es primaria, es decir, recae en la persona de derecho público en primer lugar, y es objetiva; hay falla cuando existe daño a los derechos de los asociados como consecuencia de la acción estatal" (Sentencia de noviembre 4 de 1975 de la Sección Tercera. Actor: José I. Arboleda, expediente 1494) (Se subraya).

"5. La responsabilidad extracontractual del Estado no puede ser estudiada y decidida a la luz de las normas del Código Civil y se abandonan, por inútiles e inconvenientes, los esfuerzos de la doctrina y la jurisprudencia nacionales por encontrar en dicho estatuto, mediante inteligentes y sutiles teorías las fuentes del derecho positivo, determinantes de la responsabilidad estatal, en materia extracontractual, sus modalidades y alcances. Dicha responsabilidad encuentra su respaldo jurídico en las normas de la Constitución Política especialmente, en las que conforman el Título Tercero del dicho estatuto, que trata 'De los Derechos Ci-

viles y Garantías Sociales', constitutivos del objeto fundamental de la organización de la Nación como estado de derecho y de sus autoridades como personas del mismo, guardianes de su integridad y ejecutoras de aquellos ordenamientos tutelares de los derechos y garantías sociales de los ciudadanos, fines justificativos de la organización y funcionamiento del Estado y del sometimiento del conglomerado humano a sus poderes exhorbitantes. Y entre tales normas, la jurisprudencia ha hecho rendir, mediante profundo análisis de su contenido filosófico, jurídico y político todas sus consecuencias a las previsiones contenidas en los artículos 16, 20, 21, 30, 31, 32, 33, 35, 44, 45 y 51, que aparecen hoy, por reiteradas decisiones de la corporación como aportes jurídicos principales de la responsabilidad extracontractual de la administración, lo mismo que sus desarrollos legislativos contenidos en el Código Contencioso Administrativo tales como los artículos 62 y siguientes, 67, 68 y 69, entre otros; y las normas del Decreto legislativo 528 de 1964 artículos 20, 26, 30, 32 entre otros, además de las leyes especiales sobre la materia" (Sentencia de 28 de octubre de 1976 de la Sección Tercera. Actor: Banco Bananero del Magdalena).

Esta jurisprudencia es reiterada en fallo de 30 de marzo de 1978, actora: Cecilia Rey de Mateus. Expediente 2304, precedida del siguiente preámbulo:

"El *a quo* analiza la supuesta responsabilidad del Estado, a través de las normas del Código Civil sobre responsabilidad por culpa, responsabilidad por el hecho de otro y presunción de responsabilidad por las cosas peligrosas conforme a los artículos 2341 y siguientes y 2355 de dicho estatuto, sin que mencione siquiera la teoría de responsabilidad administrativa por falla del servicio o de la administración que viene sosteniendo esta Corporación desde hace más de 30 años y que el sentenciador de primer grado parece ignorar. En efecto, ha dicho el Consejo de Estado:..."

II

En relación con los hechos de la controversia, demostrados, las partes, la Fiscal 2ª y el Consejo de Estado en la sentencia recurrida, son contestes en la siguiente apreciación de los mismos:

1. El doctor Efraín Córdoba Castilla, Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, y Presidente del mismo en la fecha que sucedieron los hechos que causaron su deceso, fue asesinado violentamente en el lugar de su residencia por personas desconocidas el 15 de septiembre de 1979.

2. Años antes en marzo de 1976 manos criminales hicieron estallar una bomba en su casa de habitación, lo que lo forzó a desplazarse todas las noches con su familia a la casa de su suegra por un lapso de ocho meses.

Durante los primeros días siguientes al atentado se le puso el servicio de vigilancia de un policía en su casa, que se le suprimió al poco tiempo, por lo cual el doctor Córdoba tuvo durante esos ocho (8) meses un celador privado, el señor Pedro Antonio Mendoza. Después de este término ocasionalmente acudía a los servicios de esta persona para que le cuidara su residencia cuando salía de vacaciones o a una reunión social.

Cabalmente el 15 de septiembre en que fue asesinado, el doctor Córdoba había contratado a un celador para que cuidara su casa en la noche porque iba a asistir a una fiesta. Le tocó a éste presenciar inerme el crimen "...el testigo, sentando al pie del portón, vio cómo el doctor Córdoba salió del vehículo y trató de rodearlo por la parte delantera, para entrar a la casa, cuando fue apresado por tres sujetos, quienes lo tumbaron al suelo y no obstante los gritos de auxilio de la víctima, le dieron muerte de varios balazos y huyeron en el propio automotor de la víctima, todo ello en presencia del celador declarante que, posiblemente, por no desempeñar las funciones de guardaespaldas sino las de simple vigilante del inmueble, debía estar desarmado" (apartes de la sentencia recurrida, fls. 153 y 154).

3. Pocos días antes de 15 de septiembre mencionado, el Gobernador del Departamento del Cesar, divulgó por la radio el descubrimiento de una conspiración contra la vida de altas personalidades del Departamento entre las que se contaban el mismo Gobernador y Jueces y Magistrados y todo ello con ocasión de cumplirse el segundo aniversario del célebre paro nacional de 1977.

4. Ninguna de las autoridades prestó protección al doctor Córdoba porque no se le pidió y sólo la Policía Nacional manifiesta que la situación de orden público ese 15 de septiembre fue normal y que no aparece solicitud especial de protección, no obstante "el servicio de vigilancia con personal uniformado se efectuaba mediante patrullajes y revistas esporádicas tanto al despacho como a la residencia del funcionario".

5. La doctora Luz H. Castillo de Castro, Juez Superior del Distrito de Valledupar declaró haber dirigido una solicitud de protección "no recuerda si a la Policía o al Ejército para que se nos prestase protección el día en que se conmemoraba el segundo aniversario del paro nacional, protección que no se nos prestó" y aclara "...que precisamente mi solicitud fue motivada por el comentario que al respecto me hiciera el doctor Córdoba Castillo, quien me manifestó que había hecho telefónicamente la solicitud de protección a los mandos del Ejército o de la Policía". Y entre el acervo probatorio figura el texto de la solicitud en tal sentido de la doctora Castillo dirigida al Comandante de la Policía Nacional, pero no hay constancia de su presentación o recibo por aquél.

Y agrega: "La noticia sobre las ambiciones terroristas, para conmemorar el aniversario del paro nacional de 1977, se comentó entre el gremio de abogados y fue así como discutimos la posibilidad de su realización, con el doctor Efraín Córdoba Castilla, en la oficina del doctor Luis Rodríguez Varela, a donde llegué en procura de realizar una llamada telefónica a mi resi-

dencia, por carecer mi despacho de tal artefacto. El doctor Córdoba Castilla, víctima en años anteriores de una bomba de alto poder explosivo colocada en uno de los dormitorios de su residencia y que causó enormes destrozos, me comentó escépticamente que era perder tiempo pedir protección policiva porque si había desidia en el despliegue de la misma ante los hechos dados, como había ocurrido en los angustiosos días posteriores al atentado de que había sido objeto, mayor sería ante una mera expectativa" (transcripción de la sentencia recurrida, fl. 155).

6. El compañero de Magistratura del doctor Córdoba, doctor Alais Habib Molina relata que con motivo del plan terrorista había hablado con aquél sobre la necesidad de pedir protección policiva y quien le comunicó "que había hablado con la doctora Luz Heladia Castillo de Castro, quien parece que se dirigió a las autoridades policivas, pidiendo protección. Esto no me consta directamente porque a mí no me lo comunicó la doctora Luz Heladia, sino el doctor Efraín Córdoba quien había quedado conmigo en dirigirse a la Policía solicitando protección. No se si lo hizo verbalmente o por escrito, mas lo cierto sí lo es que en las primeras horas de la noche del día 15 de septiembre del año de 1979 fue vilmente asesinado en la puerta de su casa de habitación" (fl. 156).

7. La doctora Alix Cecilia Daza de Díaz depuso sobre que el doctor Córdoba Castilla solicitó telefónicamente ayuda y protección a las autoridades de policía (citada en el concepto de la Fiscalía).

Es decir que aunados en conjunto y sistemáticamente los hechos antes descritos y su demostración a través de los mencionados medios probatorios, surge como una sola verdad que las autoridades encargadas de la protección policiva no se la prestaron directa y personalmente porque no la solicitó. Y que existían las siguientes circunstancias respecto de dicha protección: Había el antecedente de que pocos años atrás había sido víctima de una agresión en su residencia consistente en habérsele lanzado una bomba que destruyó una de las habitaciones de su casa. Esto hizo que se le destacara aunque por pocos días un policía en su residencia. Como se le suspendiera este servicio, se vio obligado a irse a dormir todas las noches con su familia a casa de su suegra para evitar la repetición de cualquier otro acto criminoso y mantener un celador privado durante ocho (8) meses, después de los cuales el servicio que recababa de éste pasó a ser esporádico para las veces en que estaba de vacaciones o debía salir a una reunión social. Precisamente la noche de su asesinato se disponía concurrir a una fiesta y había llamado a su celador para que cuidara su casa quien además presenció inerme y sin poder hacer nada el vil asesinato. Dentro de esta secuencia, emerge en los días anteriores en que éste se perpetró, la existencia de un plan terrorista revelado por el Gobernador del Departamento encaminado a dar muerte a prestigiosas y altas personalidades administrativas y judiciales de éste y que aquél frustró. Existía entonces un ambiente de zozobra, confusión e inestabilidad que hace que se afiance el convencimiento de que las autoridades policivas debían proceder a dar protección, sin que fuera menester el llamado concreto y específico del doctor Córdoba. Oígase en tal sentido lo que se afirma éste dijo al respecto y las aseveraciones de la doctora Luz H. Castillo de Castro, del colega de Magistratura

de aquél, doctor Alais Habib Molina y de la doctora Alix Cecilia Daza de Díaz, para concluir que de consuno había un presentimiento de que algo podría ocurrir al doctor Córdoba y de que era necesaria la protección policiva a su persona. Y sobre todo porque se trataba nada menos que del representante de la justicia ordinaria en ese Departamento pues ostentaba la calidad de Presidente del Tribunal de Distrito Judicial de Valledupar. Esto lo sabían las autoridades y por ello en sus manos estuvo la oportunidad de suministrarle la protección de oficio que nunca le llegó y de cuya omisión dentro de una relación de causa a efecto resultó la desaparición violenta del sacrificado funcionario.

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 asociadoes, bienes estos tangibles e 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 aconsejables 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 resul-

taren 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, exigian 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.

La misma sentencia de 17 de noviembre de 1967 que la parte opositora al presente recurso extraordinario de anulación transcribe, termina diciendo en aparte extrañamente omitido y saltado:

> "Pero cuando sobrevienen *circunstancias extraordinarias se requiere entonces la presencia especial de la autoridad. Si ésta no acude su omisión consentida se resuelve necesariamente en negligencia, causante de perjuicios y originaria de responsabilidad.* No se puede responsabilizar al Estado por la actividad furtiva y esporádica de los delincuentes. Se le responsabiliza cuando el desorden causado por el daño se hace *empresa pública* y aquél no intenta siquiera contrarrestarlo. No puede quebrantarse sin consecuencias el artículo 16 de la Constitución" (Subraya la Sala).

Cobran ahora todo su vigor y contundencia las palabras lapidarias del honorable Consejero Carlos Betancur Jaramillo en su salvamento de voto al fallo recurrido:

> "Todos sabemos de memoria para qué están instituidas las autoridades.
>
> "Nuestra Carta es elocuente en su artículo 16: 'Para proteger a todas las personas residentes en Colombia en sus vidas, honra y bienes y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares'.
>
> "Es un texto bastante claro que, pese a que ya nadie discute la responsabilidad estatal, ha venido perdiendo importancia y alcances. En la jurisprudencia del Consejo, cuya nuestra es esta decisión que glosamos y que sigue la línea excesivamente dura del proceso de la Frontera (cuya sentencia se cita como respaldo) se le ha ido introduciendo a ese artículo 16, a modo de parágrafo, una invisible condición, digna del más crudo leseferismo: *Esa protección se presta siempre y cuando la persona la pida expresamente, ya que si no lo hace, el Estado está exonerado de prestarla.*
>
> "No, no puede ser ese el alcance de la norma porque estamos en otro siglo y bajo otras perspectivas. Y hemos llegado a ese extremo, quizás, porque creemos que la jurisdicción sirve para salvaguardar la forma sagrada y no para darle a cada cual lo suyo.
>
> "No insinuamos con esto que cada persona deba tener un policía a su lado. No, pero la protección que merecemos todos

debe estar cerca, presta a actuar ante las primeras señales de la perturbación y acorde con los riesgos propios de la actividad que cada cual deba cumplir y en proporción a la misma.

"Y en un estado de zozobra donde obviamente se extreman los riesgos, se debe extremar la protección para aquéllas personas que en una u otra forma dirigen la marcha del Estado. Por eso en circunstancias anormales o de excepción no puede esperar la autoridad, sin faltar a sus más elementales deberes, el requerimiento angustioso de la persona amenazada.

"Y en estos momentos de intranquilidad social y de angustia son los Jueces, más que nadie, los que merecen especial trato, porque están precisamente en la línea de fuego. Trato que tiene que ser oficioso, nunca el efecto de una instancia de parte o de una querella. Y merecen esa especial protección porque son los que están más expuestos a la vindicta de los desalmados, de los mafiosos, de los sediciosos, de los corruptores, de los falsarios, de los peculadores, de los sicarios, de los violadores.

"Nos acostumbramos a leer el texto constitucional recortado y a menudo creemos que las autoridades están sólo para proteger pero no para ser protegidas. Por eso tal vez y porque nuestro poder judicial goza de un inmemorial complejo de inferioridad, a nadie se le ocurre pensar que un Juez merezca o necesite protección.

"Cuando el país vive una época de terror y angustia como la actual, cuando la subversión cierra su cerco y el crimen organizado y brutal gana prestigio social, lo menos que pueden esperar las gentes de bien es la solidaridad, porque como dice el slogan 'todos somos responsables de todos'. Hoy más que nunca necesitamos una solidaridad espontánea y no rogada, decidida, franca y eficaz.

"En Valledupar para la época de los sucesos luctuosos narrados en la demanda no existía la tranquilidad. Es bien conocida la violencia que azotaba al Departamento del Cesar. Su mismo Gobernador, días antes en una rueda de prensa dio a los medios de comunicación la noticia de que se había detectado un plan terrorista para celebrar el aniversario del paro nacional de 14 de septiembre y que en él se incluía el asesinato de altos funcionarios.

"Parece que nadie entendió que a nivel del Gobernador estaban los Magistrados. Y que éstos, por razón de su oficio, estaban incluso más expuestos que él. Algunos Jueces pidieron protección, pero se sabe que tampoco la obtuvieron. El doctor Córdoba fue asesinado al frente de su casa, inerme y sólo. Pero todo da a entender que tuvo la culpa porque no pidió protección con todos los formalismos legales antes de morir. De fijo las autoridades estaban en ese momento, eso sí de oficio, protegiendo las casas de los ejecutivos departamentales. No puede olvidarse que tiempo atrás el mismo doctor Córdoba y su familia habían esca-

pado a un atentado dinamitero y que tampoco fueron oídos, hasta el punto que tuvo que pagar de su propio peculio un celador particular.

"No creemos que el asunto se pueda reducir a una clasificación entre obligaciones de medio y de resultado, para afirmar que la garantía del artículo 16 encuadra en aquéllas. Estimamos que el enfoque no puede ser tan simplista y que para resolverlo deba acudirse a nociones del derecho privado que, si bien tienen importancia en las relaciones entre particulares, es nada lo que tienen que hacer en controversias como la aquí definida, en la que se cuestionan el alcance de un deber constitucional que es una preciosa garantía para los asociados y no un mero negocio interpartes. Por algo el constituyente incluyó ese artículo 16 en el catálogo de los derechos civiles y las garantías sociales.

"Para terminar, estimo que se debió acoger el excelente y razonado estudio elaborado por la señora Fiscal, doctora Edné Cohen Daza en su concepto se hace un acertado y juicioso análisis del problema desde el punto de vista jurídico y fáctico".

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 que 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 a 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.

Conclusiones:

1. En primer lugar, la sentencia enjuiciada ha sido analizada a la luz de la violación directa de la Constitución, esto es, su artículo 16 por interpretación errónea y se ha concluido afirmativamente criticando y revaluando la intelección restrictiva que se le dio y considerando en cambio aplicable dicho texto frente a circunstancias excepcionales, como la del caso controvertido. De ahí se derivó también la inaplicación de las normas del Código de Policía, en especial la que impone la obligación a las autoridades del ramo a tomar la iniciativa de la protección (art. 32).

2. Si bien se hizo una reseña de los hechos del evento controvertido, lo fue para señalar que, demostrados como estaban en el proceso, hay un consenso de las partes de éste, el Fiscal y el juzgador de única instancia, en el sentido de que la cuestión fundamental gira alrededor del alcance que debe darse frente a tales hechos al artículo 16 de la Carta y preceptos concordantes del Código Nacional de Policía atrás señalados.

Lo anterior se ajusta a la técnica procesal que gobierna el recurso de anulación de conformidad con la cual éste sólo admite cargos de violación directa de normas constitucionales o legales (art. 197 del C. C. A.), lo cual a su vez excluye análisis de cuestiones de hecho en que sea menester apreciar el acervo probatorio. Se repite, si a éste se ha hecho referencia en este caso, lo ha sido dentro del contexto de hechos que no ofrecen controversia alguna, vale decir aceptados por las partes del proceso y el fallador.

Habrá por tanto de anularse la sentencia recurrida, reconstruir el proceso y dictarse el fallo sustitutivo en cumplimiento del artículo 4º del Decreto-ley 3825 de 1985.

Por último advierte esta Sala que esta providencia se profiere dentro del contexto del recurso extraordinario de anulación y considerando la causal que al efecto ha sido invocada.

El Consejero ponente obedeció el auto de la Sala de lo Contencioso Administrativo de 15 de septiembre de 1986, que estimó que tal medio de impugnación y el recurso extraordinario de súplica son compatibles, así que bien se podía interponer éste en primer lugar y luego, en caso de improsperidad, aquél, cual ha acontecido en el evento *sub lite*.

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:

Primero. Anúlase la sentencia de diecisiete (17) de febrero de mil novecientos ochenta y tres (1983) de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo.

Segundo. Ordénase la reconstrucción del proceso a efecto de dictar la sentencia que deba sustituirla.

Cópiese, notifíquese y regrese al Despacho del presente Consejero ponente.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida en sesiones de 28 de junio y 6 de julio de mil novecientos ochenta y ocho (1988) y aprobada en la última.

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

Nubia González Cerón, Secretaria General.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION.— Técnica.

En el recurso extraordinario de anulación deben evitarse comentarios o consideraciones de orden fáctico o probatorio.

Aclaración de voto del *Consejero Alvaro Lecompte Luna* en la sentencia de doce (12) de julio de mil novecientos ochenta y ocho (1988), proferida en el recurso extraordinario de anulación interpuesto por el apoderado judicial de la señora Ligia Calderón de Córdoba y otros, contra el fallo de instancia de la Sección Tercera de esta Sala de lo Contencioso Administrativo, calendado a dieciesiete (17) de febrero de mil novecientos ochenta y tres (1983). Proceso número R-029.

No salvó voto el suscrito Consejero en la providencia arriba reseñada, como dice la correspondiente nota de la secretaría visible a folio 353. Como quedó claramente escrito al pide de su firma (fl. 342), sólo por ciertos criterios de la parte motiva del mencionado fallo, de los cuales respetuosamente desiente, ha creído necesario aclarar su posición jurídica respecto de ellos, dado que sí está de acuerdo con la determinación tomada, o sea, la de anular la sentencia recurrida y la de ordenar la reconstrucción del proceso para dictar la sentencia que haya de sustituirla.

Esos aspectos son:

1º Se dice que el único cargo formulado contra la sentencia de "16 (?) de febrero de 1983" es la violación del artículo 16 de la Constitución Política por errónea interpretación, y, como consecuencia de ello, el desconocimiento por falta de aplicación, de los artículos 32, 1º y 5º del Código Nacional de Policía (Decreto-ley 1355 de 1970); 109 del Decreto 522 de 1971 modificatorio del artículo 30 de dicho Código; 68 del anterior Código Contencioso Administrativo (Ley 167 de 1941), 1612 a 1615 del Código Civil, 106 del Código Penal y 8º de la Ley 153 de 1887.

No obstante, al analizar el cargo, únicamente se ocupa en recordar los alcances que ha dado la jurisprudencia al artículo 16 de la Carta para estructurar, con base en él, la doctrina de la "responsabilidad directa de la persona pública por fallas del servicio", transcribiendo, en los siguientes párrafos, importantísimos pronunciamientos de la corporación sobre la materia.

Para el suscrito, el artículo 197 del Código Contencioso Administrativo no permite hacer esa clase de raciocinios. La inteligencia que se le haya dado a determinadas normas de la Carta, por vía jurisprudencial, en determinados casos concretos, no puede servir de funda-

mento para tener por quebrantada, de manera directa —como lo quiere el artículo 197 del Código Contencioso Administrativo—, la Constitución Política, pues para determinar o concluir que ello es así, ha de hacerse abstracción de creaciones jurisprudenciales, pese a que ellas hayan traído trascendentales avances en el orden jurídico. La Constitución Política, en la mayor parte de su articulado, traza pautas generales que el legislador va desarrollando, por lo que, para saber si uno o varios de sus principios han sido vulnerados, se impone, en primer lugar, el examen de leyes sustantivas (como lo manda el citado art. 197) que lo desarrollen, para saber si la sentencia recurrida en anulación, ciertamente ha violado esa o esas normas de la Superley, por haberse interpretado erróneamente, o por no haberse aplicado debiendo haberlo, por aplicación indebida.

Para el suscrito Consejero, ha debido estudiarse si las disposiciones legales enumeradas por el recurrente y que la parte considerativa de la sentencia y esta misma aclaración de voto vuelven a enumerar, fueron desconocidas por el fallo de instancia, para luego llevarlas a lo que el artículo 16 de la Constitución establece para efectos de los servicios públicos esenciales del Estado.

Así, por ejemplo, ha podido aprovecharse la circunstancia de este recurso extraordinario para ir buscando parámetros jurisprudenciales contencioso administrativos a los artículos 1612 a 1615 del Código Civil, que hablan de la responsabilidad aquiliana "sin culpa probada" o "del riesgo creado por circunstancias extraordinarias o excepcionales", puesto que se iría abriendo paso la nueva vuelta al viejo tronco del Derecho Civil en este y otros temas, al propio modo que está ocurriendo en algunos países europeos, como tuvo ocasión de recordarlo el honorable Consejero doctor Uribe Acosta, durante su intervención a raíz de este mismo asunto.

Pero haber llegado a la conclusión de que fue violado el artículo 16 de la Constitución porque la Sección Tercera no tuvo en cuenta las jurisprudencias transcritas, es algo que no es propio de este recurso extraordinario de anulación. Habríase podido usar, con más propiedad, en el recurso extraordinario de súplica que simultáneamente fuera interpuesto.

Mas como el cotejo de las disposiciones de tipo legal enumeradas, sobre todo de las de los artículos 1612 a 1615 del Código Civil, deduce el suscrito que el fallo recurrido sí las quebrantó por no aplicación, concuerda con la parte resolutiva de la sentencia de 12 de julio de 1988.

2º Innumerables veces han explicado la Sala y las Secciones de esta Corporación, que en el recurso extraordinario de anulación deben evitarse comentarios o consideraciones de orden fáctico o probatorio. Es verdad que en el tercer párrafo de las "conclusiones" se explica que no se ha hecho ningún análisis de cuestiones de hecho "en que sea menester apreciar el acervo probatorio", y que si se han aludido asuntos fácticos, "lo ha sido dentro del texto de hechos que no ofrecen controversia alguna, vale decir, aceptados por las partes del proceso y el fallador". Pero, estando ya en las postrimerías de la vigencia de

este recurso extraordinario, como es sabido de todos, habría sido mejor que la sentencia en la que el suscrito aclara voto, se omitiera cualquier motivación de esta índole.

Atentamente,

Alvaro Lecompte Luna.

Bogotá, D. E., 26 de julio de 1988.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO.—

Improcedibilidad de violación directa de la Constitución Nacional.

Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.—

Referencia: Expediente número R-029. Actor: Ligia Calderón de Córdoba.

Salvamento de voto del *doctor Jaime Abella Zárate.*

Con el debido respeto me aparto de la decisión adoptada por la mayoría en la anterior providencia, en forma muy resumida porque no se ciñó a la técnica que gobierna el recurso extraordinario de anulación, no obstante la aclaración que hace sobre este particular.

En el mismo expediente, en providencia de 15 de septiembre de 1986 (fls. 198-223), con ponencia del Consejero Vanín Tello, la Sala expuso las diferencias y características de los tres recursos extraordinarios entonces vigentes: El de revisión, el de súplica y el de anulación.

De este último resaltó la imposibilidad de prosperar cuando considere que habiendo interpretado la Sala un texto constitucional o legal en determinado sentido, lo violó la sentencia recurrida al apartarse de ese entendimiento. Esta orientación fue precisamente la cambiada por la providencia aprobada cuando ella expuso que "...la sentencia enjuiciada ha sido analizada a la luz de la violación directa de la Constitución, esto es, de su artículo 16 por interpretación errónea y se ha concluido afirmativamente criticando y revaluando la intelección restrictiva que se le dio y considerando en cambio aplicable dicho texto frente a circunstancias excepcionales, como la del caso controvertido" (fl. 339).

Criticar y revaluar "la intelección restrictiva que se le dio", es dicho sin eufemismos, criticar y revaluar la jurisprudencia en que se apoyó la sentencia de instancia. Y revaluar la jurisprudencia, no es encontrar una violación "directa de la ley sustantiva" en un campo en donde no la hay, porque toda la materia es obra de la jurisprudencia. Tampoco es descubrir una violación directa de un texto constitucional como el 16, que consagra una declaración de principios o ideales, pero que en concreto no impone ninguna obligación de resultado sino de medio y que depende del valor que se le dé a unas pruebas que, como en el caso debatido, el fallador de instancia echó de menos.

Sigo considerando que muy difícil, si no imposible, resulta demostrar una violación directa de la Constitución o de la ley sustantiva en el campo de la responsabilidad extracontractual del Estado, montada por la jurisprudencia sobre los ideales consagrados en el artículo 16 de la Constitución. En buena hora se suprimió el recurso extraordinario de anulación de tan limitado campo de acción.

Finalmente, sorprende que con relación a una misma sentencia de instancia, la Sala al resolver el recurso extraordinario de súplica no encontró el fallo contradictorio con su jurisprudencia, pero en cambio, posteriormente, halló violada la Constitución al atender el recurso extraordinario de anulación ... pero por la vía de la jurisprudencia.

Bogotá, D. E., julio quince (15) de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

Jaime Abella Zárate.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO.—

Fundamento en los hechos.

El artículo 16 de la Carta Política servirá de soporte a la responsabilidad estatal, en la medida en que los hechos ocurridos y las disposiciones legales si las hay, muestren que se incumplió en el deber de proteger adecuadamente.

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

Referencia: Expediente número R-029. Recurso de anulación —Reconstrucción—. Actora: Ligia Calderón de Córdoba.

Salvamento de voto de la *doctora Clara Forero de Castro.*

Respetuosamente me permito manifestar las razones por las cuales me aparto de la decisión mayoritaria de la Sala.

En la sentencia de instancia se decidió acerca de la responsabilidad de la Nación en el lamentable suceso en que perdió la vida el doctor Efraín Córdoba Castilla, llegándose a la conclusión, después de examinar los hechos, de que no había lugar a condena.

Haciendo uso del recurso extraordinario de anulación se pretende infirmar tal sentencia por ser violatoria del artículo 16 de la Constitución Nacional; 32, 1º y 5º del Código Nacional de Policía; 109 del Decreto 522 de 1971; 68 de la Ley 167 de 1941; 1612 a 1615 del Código Civil; 106 del Código Penal y 8º de la Ley 153 de 1887.

En materia de responsabilidad extracontractual del Estado ha sido importantísima la jurisprudencia, que la deduce de los textos constitucionales, pero a través del análisis de los hechos ocurridos en cada caso.

Si bien es cierto el artículo 16 de la Carta Política indica para qué están instituidas las autoridades y de ello se deduce la obligación de protección a los residentes en Colombia en sus vidas, honra y bienes, tal norma, como principio rector que es, servirá de soporte a la responsabilidad estatal, en la medida en que los hechos ocurridos y las disposiciones legales pertinentes si las hay, muestren claramente que se incumplió el deber de proteger adecuadamente.

Ese análisis es el que ha hecho la jurisprudencia para elaborar las diferentes tesis sobre responsabilidad extracontractual, pero siem-

pre con fundamento en los hechos que enmarcan cada caso, porque es imposible pretender que el Estado responda por todos los daños que sufra una persona en su vida, honra y bienes, cuando no ha intervenido en ello.

En consecuencia, considero imposible su violación directa por errónea interpretación, ya que para llegar a ello no es dado prescindir del análisis de las circunstancias de hecho que precisamente deben conducir a dilucidar si se cumplió o no la obligación constitucional.

Igual puede predicarse de las demás normas que se indican como sustento del recurso de anulación.

Como invariablemente la jurisprudencia ha sostenido que este recurso extraordinario no puede convertirse en otra instancia para replantear cuestiones de hecho o de carácter procedimental, estimo que siendo esta la situación, el recurso no estaba llamado a prosperar.

Clara Forero de Castro.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION.— COSA JUZGADA.

Las antinomias no pueden ser resueltas en forma definitiva sino por el legislador, y como frente a ellas el sentenciador está en libertad de acoger una proposición jurídica u otra, se 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.*

Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.—

Referencia: Expediente número R-029. Actor: Ligia Calderón de Córdoba.

Salvamento de voto del *doctor Julio César Uribe Acosta.*

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 distadas 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 entre ambos 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 colige con principios esenciales que informan *la filosofía del derecho*. Tal situación demanda, con necesidad imperiosa, que el sentenciador adopte una toma de posición firme y radical para despejar las primeras y para no vulnerar las esencias del derecho. Esta realidad explica que a continuación se precisen tales fenómenos para luego sacar las conclusiones que correspondan conforme a derecho, entendido éste, no como el simple reino de la ley, sino también de los principios;

D) En su obra *"La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica"*, Ch. Parelman enseña que: "...nos encontramos en presencia de una *antinomia* cuando, con referencia a un caso concreto, existen, en el referido sistema, dos 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 su 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 dispustas 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 dispustas 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 antinomiah SON LICITAS, *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 ordenamien-

tos, 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 entre ambos 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 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 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 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 veritateaccipitur"* 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 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 Univeristaria. 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, o por otra parte, sería mucho mayor la dosis de injusticia que significaría atentar contra la seguridad, permitiendo la posi-

bilidad de procesos continuos y de fallos contradictorios sobre un mismo negocio mil veces resuelto. Aquí, la injusticia material de unos cuantos casos representa frenta 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 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 antomia 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 esttá 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 habilitación*... Para que la norma de habilitación alcance una fuerza lógica pareja a la de la norma específica general que desaloja, se requiere agregarle algo que la norma de *habilitación* tiene como su contenido conceptual. *Este algo, según lo comprueba la mecánica del ordenamiento jurídico, es la decisión de UN FUNCIONARIO SUPREMO.* De todas maneras, es obvio que la *norma de habilitación* existe en todo ordenamiento jurídico en razón de la estructura del ordenamiento como *un conjunto;* existencia de la que no puede dudar en vista de que al apelar de una sentencia contra ley, va supuesto forzosamente que esa sentencia podría ser confirmada; es decir, que tendría plena validez jurídica porque con el pronunciamiento confirmatorio 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 grávita sobre la superficie en que yace, aunque sea uno solo el punto por el que toma contacto' (Miguel Reale. La Teoría Estimativa del Derecho. Revista Facultade de Direito de Sao Paulo, Volumen 34, pág. 136).

"Pasando ahora al punto de vista lógico trascendental de este problema, ha de decirse que *si toda la 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 o 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 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 *ORGANO*

CUALQUIERA PROCEDA A SU CREACION NORMATIVA EXCEDIENDOSE EN LOS LIMITES 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 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 al 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 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 exterior, 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 descentralizadas de los diferentes órdenes, cuando la cuantía no exceda de dos millones de pesos ($ 2.000.000.00)".

Antítesis:

Artículo 194 del Código Contencioso Administrativo. Procedencia.

"El recurso extraordinario de anulación procederá contra las sentencias ejecutoriadas de única o segunda instancia dictadas por las Secciones del Consejo de Estado *y contra las de única dictadas por los Tribunales Administrativos*".

La antinomia surge al estudiar los textos relacionados bajo los rubros "Tesis" y "Antítesis", pues si el fallo, en los casos enlistados en el artículo 131 del Código Contencioso Administrativo, carecen del recurso de apelación, vía a través de la cual se puede revisar el aspecto relacionado con la constitucionalidad o legalidad del mismo, no tiene sentido que ese mismo proveído, con efecto de cosa juzgada, pueda ser atacado a través del recurso de anulación, cuando ya no es posible para el sentenciador encontrar una sentencia que viole en forma directa la Constitución Política o la ley sustantiva, por la operancia de la norma de habilitación de que se habló en antes.

Agrégase a lo anterior que es clara la intención del legislador, en el texto del artículo 131, del Código Contencioso Administrativo, en el sentido de que haya procesos que sólo tengan una instancia. Sin embargo, el artículo 194 los convierte a todos, al menos en la teoría jurídica, con vocación para ella, por la vía del artículo 194 del Código Contencioso Administrativo, así se disimule el adefesio con la calificación de recurso 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 fecha 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 se suplica 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 incompatibles. 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 jurídica 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 Política 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 al 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 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 este 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 tanto 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 guardaba, 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 este 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 medio 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 hacer *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 quien se priva de la resolución libre propia, a la postre termina por verse atrofiado en su energía mental, pierde la iniciativa, el gusto de la resolución, la intrepidez. Llega a convertirse en pedante y burócrata perezoso que se ha acostumbrado a trabajar cada vez más según el patrón F. Una vez más se 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 ha 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 enseñanza y se manifiesta en el servicio militar y administrativo; pero también hay ejemplos en la práctica jurídica. Muchos precisamente los Jueces mejores e interiormente los más hábiles, *miran la inmensa multitud de leyes como una terrible cadena y como una losa que ahoga la conciencia. Como una cadena que, a menudo, impide alcanzar todo resultado recto y justo.* Y así, toman caminos de encrucijada. Surgió de esta suerte aquel método, que un nuevo polemista ha denominado *cristosociológico.* 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 aquel 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 a 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 ésta moderna tendencia al consagrar: 'La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia jerárquica, 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 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 CREACION O PRODUCCION DEL DERECHO,* que en toda interpretación 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 la 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: 'La fronteras entre la indagación teleológica del derecho *secundum legem,* la ampliación de la ley *practer legem,* y su corrección *contra legem* son inciertas y fluctuantes. *Ello hace necesariamente de la jurisprudencia una auténtica fuente del derecho,* y entre las más efectivas, y éste es un *factum* contra el que nada pueden las declaraciones formales del propio ordenamiento...El último estadio de este gran proceso dialétcico 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 fundado con ello la posibilidad de un hombre nuevo. Aquellas ideas y estas esperanzas se han quemado del todo desde que fueron propues-

tas. 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 que 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 pie 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 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 enten-

der 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 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, 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, 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' (Reflecciones Sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho. Cuadernos 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 proclamen 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 'justicia' 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 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 este problema descompuesto en sus distintos elementos de valor y enjuiciar éstos desde los valores mismos que la Constitución destaca como superiores y los que la técnica institucional del derecho aisla como relevantes para una regulación orgánica. A LA JURISPRUDENCIA PURAMENTE 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 que atenerse, ha sido extremadamente difícil.

"No puede entonces resultar extraño que el Consejo de Estado haya utilizado una metodología menudo cambiante. En unas ocasiones da definiciones en términos aparentemente precisos, pero cuyo contenido concreto necesita definirse en casa 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 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 el riesgo cierto y severo de dejar hudir 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 artículos 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. 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 y 158 y ss.).

Con toda consideración,

Julio César Uribe Acosta.

Agosto 11 de 1988.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO.— Fundamento mediato.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.—

Referencia: Radicación R-029. Actor: Ligia Calderón de Córdoba.

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

Con el mayor respeto por la tesis mayoritaria, debo precisar las razones que me llevaron a no compartir el fallo que antecede y a salvar mi voto, razones que fueron expuestas en la sesión de la Sala Plena Contenciosa en la cual se estudió el tema.

1. *Recurso a resolver por la Sala:*

El señor apoderado de la parte actora interpuso el recurso de anulación contra la sentencia proferida por la Sección Tercera de esta Corporación, el 17 de febrero de 1983, mediante la cual se negaron sus peticiones de declarar responsable a la Nación y del reconocimiento de perjuicios originados por los lamentables hechos en los que perdió la vida el doctor Efraín Alfonso Córdoba Castilla el 15 de septiembre de 1979.

Es del caso recordar que contra dicha sentencia ya se interpuso y resolvió negativamente por la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado, el recurso extraordinario de súplica.

El recurrente plantea que en la sentencia cuestionada se configura la violación directa por errónea interpretación del artículo 16 de la Constitución Nacional, y por falta de aplicación de los artículos 32 ordinales 1º y 5º del Código Nacional de Policía, 109 del Decreto 522 de 1971, 68 de la Ley 167 de 1941, 1612 a 1615 del Código Civil, 106 del Código Penal y 8º de la Ley 153 de 1887.

2. *Teoría de la responsabilidad por la falla en el servicio.*

La teoría que fundamenta la sentencia de instancia es la de la "falla en el servicio, por omisión".

Con relación a la teoría de la falla en el servicio, tanto la jurisprudencia, la cual ha sido reiterativa en aceptarla como fundamento de la responsabilidad civil extracontractual del Estado, como la doctrina, han precisado sus notas fundamentales así:

1. Se reemplaza el concepto de culpa individual o subjetiva del agente, por la culpa de la Administración.

2. No es una responsabilidad objetiva.

3. Se acepta la culpa de la Administración y no la del agente, precisamente por su deber de proteger a los particulares en su vida, honra y bienes.

4. Para que opere se debe demostrar la falla o culpa de la Administración ya sea ella funcional, orgánica o anónima y el daño causado por esa falla en el servicio (o culpa de la Administración).

Todo lo anterior, permite afirmar que para que pueda establecerse si hay o no responsabilidad del Estado, por una falla en el servicio, por acción o por omisión, es necesario siempre comprobar su culpabilidad y para ello se requiere un análisis de la actuación u omisión específica por parte de la Administración, que permita establecer su culpa funcional, orgánica o anónima, y la cual a su vez dé origen a la responsabilidad del Estado y a su obligación de indemnizar los perjuicios en ella originados.

Todo ello fue, lo que en el caso de autos, se surtió en la instancia, al final de la cual, la Sala de Decisión llegó a la conclusión de que no se había configurado la falla o culpa de la Administración que diera lugar a su responsabilidad y a la consiguiente indemnización de perjuicios.

Pero llegó a esa conclusión con base en los hechos comprobados en el juicio y no por una errónea interpretación del artículo 16 de la Constitución Nacional.

3. *El artículo 16 de la Constitución Nacional y la responsabilidad del Estado.*

También desde la época en que la Corte Suprema de Justicia tenía competencia para resolver las controversias en materia de responsabilidad del Estado, se ha afirmado que el artículo 16 de la Constitución Nacional es una norma propia del derecho público que constituye el fundamento mismo de la citada responsabilidad. Así lo dijo la Corte en sentencia de 30 de junio de 1962, con ponencia del señor Magistrado José J. Gómez, actores: Reinaldo Tinjacá y Aurelio Pianelis.

Dicho artículo de nuestra Carta Fundamental constituye la norma en la cual se establecen los fines mismos del Estado, y así la ha entendido nuestra doctrina y también la jurisprudencia, pues es allí en donde se consagra la razón de ser de dicha forma de organización social.

Pero, por otra parte, dicha norma también ha sido cuestionada, en cuanto por una parte trata de conciliar tesis contrarias con relación a la concepción misma del Estado como lo son las que se originan en el liberalismo y las planteadas por Dougiut en su tesis solidarista.

Igualmente se ha cuestionado el que dentro de la enumeración de lo que debe proteger el Estado, sólo se haya incluido la vida, honra y bienes, ya que también el Estado debe proteger los demás derechos de los particulares.

Ante la ausencia de norma expresa que consagre la responsabilidad extracontractual del Estado, nuestra jurisprudencia, muy acertada-

mente ha afirmado reiteradamente y desde hace ya algún tiempo que el fundamento de dicha responsabilidad, más que en las normas propias del derecho privado que se venían utilizando, se encuentra en el citado artículo 16 de nuestra Constitución Nacional, pues es allí, en donde se consagran los deberes mismos del Estado y si hay una *falla comprobada* en el cumplimiento de los mismos, es porque ha dejado de cumplir debidamente el ordenamiento constitucional y debe reparar el daño.

Pero esa responsabilidad no surge de una manera directa e inmediata del citado precepto constitucional, pues la obligación del Estado, según sus mismos términos es la de *proteger* no directamente la responsabilidad, en el sentido de reparar un daño.

Y es que esa obligación o deber de protección que debe brindar el Estado varía en su grado, intensidad, oportunidad, etc., según las circunstancias de tiempo, modo, lugar y subjetivas del protegido. Por ello la responsabilidad del Estado, si bien puede tener su fundamento mediato en el artículo 16 de la Constitución Nacional, no puede surgir directamente de éste para un caso concreto, pues ella surgirá no del deber de protección del Estado, sino de las circunstancias que en ese caso específico se puedan establecer y de las cuales se pueda también deducir la responsabilidad del Estado, en razón del incumplimiento, o deficiencia de su deber constitucional de proteger la vida, honra y bienes de los particulares.

Y ello, porque salvo casos especiales, diferentes a aquellos que encajan dentro de la teoría de la falla del servicio, el fenómeno de la responsabilidad no puede establecerse sino con base en la culpa, en este caso, tal como ya se precisó en el punto anterior, en la culpa de la administración.

De lo contrario, se llegaría a la conclusión de que el único responsable es el Estado, *siempre* e independientemente de quién, cuándo, cómo y dónde se cause un perjuicio en la vida, honra y bienes de un particular. Ello porque el Estado tiene la obligación de protegerlos. Lo cual es absurdo.

De acuerdo con lo expuesto, en el caso de autos, la sentencia aquí recurrida, de acuerdo con el acervo probatorio llegó a la conclusión de que no se había configurado la falla del servicio; y por ello no declararon la responsabilidad del Estado.

Se trata pues, de una cuestión fáctica y no de interpretación del citado artículo 16 de la Constitución Nacional.

Y si se trata de una cuestión fáctica no es susceptible de análisis y decisión a través de un recurso de anulación como el que se resolvió en el fallo, del cual respetuosamente discrepamos, en cuanto dicho recurso está expresamente regulado y solamente puede tener como causal la violación *directa* de la Constitución o de una norma sustantiva, causal que por lo demás, es prácticamente imposible que se configure cuando, como entre nosotros, no existen normas de nuestra legislación positiva, que regulen el tema de la responsabilidad del Estado y cuando como ya se precisó, el tan usado artículo 16 de la Constitución Nacional, sólo constituye su fundamento mediato y esa

responsabilidad estatal sólo puede surgir de acuerdo con circunstancias y hechos debidamente comprobados en cada caso concreto.

4. *La sentencia que resuelve el recurso:*

Lo anterior se confirma, al revisar el texto de la sentencia, de la cual nos apartamos, y así en ella en su parte considerativa se hace un análisis extenso de los hechos (fls. 48 a 53) para llegar a la conclusión de que se violó el artículo 16 de la Constitución Nacional, análisis que no procede en un recurso de anulación como el que se estaba resolviendo.

También a folio 54, la sentencia no compartida sigue haciendo referencia a cuestiones de hecho y allí se lee:

"...Cual es lo sucedido en el evento *sub lite*, en que, como se explicó, la integridad personal del doctor Córdoba se halla particularmente en peligro debido a su investidura oficial de Juez de la República en la rama del derecho penal que lo colocaba 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".

Pero es más, continúa la parte considerativa de la sentencia citando un trascendental salvamento de voto del honorable Consejero Carlos Betancur Jaramillo el fallo recurrido, en el cual además de algunos planteamientos críticos de alguna jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de responsabilidad y de otros de elemental justicia para con los servidores de la Rama Jurisdiccional, se refiere también a aspectos de hecho como son: "...la protección que merecemos todos debe estar cerca, presta a actuar ante las primeras señales de la perturbación y acordes con los riesgos propios de la actividad que cada cual deba cumplir y en proporción a la misma..."

Agrega el citado salvamento de voto: "...Y en un estado de zozobra donde obviamente se extreman los riesgos, se debe extremar la protección para aquellas personas que en una u otra forma dirigen la marcha del Estado. Por eso *en circunstancias anormales o de excepción no puede esperar la autoridad...*" (Se subraya).

En otro aparte el salvamento de voto dice:

"Cuando el país vive una época de terror y angustia como la actual, cuando la subversión cierra su cerco y el crimen organizado y brutal gana prestigio social, lo menos que pueden esperar las gentes

de bien es la solidaridad, porque como dice el slogan 'todos somos responsables de todos'. Hoy más que nunca necesitamos una solidaridad espontánea y no rogada, decidida, franca y eficaz.

"En Valledupar para la época de los sucesos luctuosos narrados en la demanda no existía la tranquilidad. Es bien conocida la violencia que azotaba al Departamento del Cesar. Su mismo Gobernador, días antes en una rueda de prensa dio a los medios de comunicación la noticia de que se había detectado un plan terrorista para celebrar el aniversario del paro nacional de 14 de septiembre y que en él se incluía el asesinato de altos funcionarios".

Estos y otros apartes del salvamento de voto citado, los cuales se refieren a las *circunstancias fácticas* que rodearon el hecho del cual se pretende hacer derivar la responsabilidad extracontractual del Estado, a mi juicio, son válidos para plantearlos en la instancia, pero no es conducente traerlo como parte motiva de una providencia que resuelve un recurso de anulación, en el cual solamente procede el análisis de la sentencia recurrida enfrente a una norma superior que se cita como violada.

La sentencia en su parte motiva, continúa haciendo referencia a cuestiones de hecho, y habla de "...circunstancias de normalidad...", "...situación de riesgo por circunstancias excepcionales que serán evaluadas en cada caso por el juzgador..." (fls. 58-59), "...situaciones de riesgo excepcional...", todo lo cual bien puede aceptarse en un fallo de instancia, pero no en la providencia que resuelve un recurso de anulación.

Por todo lo expuesto, tampoco es posible compartir el citado fallo cuando afirma que: "Lo anterior se ajusta a la técnica procesal que gobierna el recurso de anulación" ya que esta aclaración es quizás la acusación manifiesta de todo lo contrario.

No resulta fácilmente comprensible que siendo la responsabilidad extracontractual del Estado, un tema huérfano de regulación en la legislación positiva y fundamentalmente desarrollado a través de la jurisprudencia, en un proceso como éste, no hubiere prosperado un recurso de súplica y sí el de anulación pero con fundamento en una "revaluación de la intelección restrictiva" de la jurisprudencia. Esto no encaja con la esencia misma de los citados recursos, ya que el de súplica está relacionado con la unidad de la jurisprudencia, mientras que el de anulación busca que las sentencias no violen normas superiores.

El recurso de anulación no ha debido prosperar, no como lo afirma el recurrente porque el Consejo de Estado tenga "interés en restringir el recurso de anulación para mermarse trabajo..." o "...para salir del paso, o, tal vez, del negocio", sino porque dicho recurso por expresa regulación de la legislación positiva solamente puede fundamentarse en la violación directa de la Constitución Nacional o de la ley sustantiva y no es posible jurídicamente, convertirlo en una instancia más.

Consuelo Sarria Olcos.

Fecha *ut supra.*

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION.—

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

Referencia: Expediente número R-029. Reconstrucción. Recurso de anulación. Actora: Ligia Calderón de Córdoba.

Aclaración de voto del *doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

Debo explicar mi voto favorable a la sentencia de julio 12 de 1988 por la cual la Sala Plena acogió los planteamientos del recurrente y decidió anular la sentencia de la Sección Tercera proferida en febrero 17 de 1983 (fls. 278-342).

En efecto, según consta en el expediente (fls. 225-234), no estuve de acuerdo con la providencia adoptada en Sala Plena con ponencia del doctor Joaquín Vanín Tello según la cual los recursos extraordinarios de súplica y anulación son compatibles y, por lo mismo, surtido o tramitado el primero, es procedente promover el segundo: Consideré entonces que estos dos medios de impugnación son excluyentes.

Tramitado posteriormente el recurso de anulación con fundamento en el pronunciamiento de la Sala Plena a que hice referencia, mi voz solitaria (el doctor Uribe Acosta salvó voto por razones de otra índole) quedará como una simple constancia sobre mis inquietudes de carácter meramente procedimental. Pero, ante la decisión mayoritaria que me es forzoso acatar, aquellas inquietudes han perdido toda su vigencia.

Así pues, llegado el momento de proveer de fondo, he compartido íntegramente el criterio expresado en la ponencia presentada a consideración de la Sala Plena por el Consejero doctor Simón Rodríguez y, por eso, la suscribí.

Reynaldo Arciniegas Baedecker.

ESTADO CIVIL DE HIJO NATURAL.— Prueba.

Los certificados de registro civil de nacimiento (correspondientes a algunos demandantes) se limitan a indicar que estas personas son hijos naturales reconocidos, ignorando el sentenciador quién, cuándo y cómo se hizo ese reconocimiento.

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

Consejero ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Expediente número 3571. Indemnizaciones. Actor: Digna Rosa González, Dilia María Pérez Mercado, Beatriz Leonor Martínez y otros. Demandado: La Nación —Ministerio de Defensa y Municipio de Sincelejo—.

I

Por conducto de apoderado, legalmente constituido, formularon demanda de reparación directa contra la Nación —Ministerio de Defensa Nacional, solidariamente con el Municipio de Sincelejo, las siguientes personas naturales:

1. Digna Rosa González, José Ascensión Mercado Suárez, José Iladino, Pracy o Práxides María, Gladys del Carmen, Tulia Josefa y Minerva Rosa Mercado González y Dilia María Pérez Mercado.

2. Beatriz Leonor Martínez.

3. Alix Cristina Carrascal, William Enrique y Edgard Antonio Martínez Carrascal.

4. Belarmina Méndez Morales, en su propio nombre y en representación de los menores Rufino Antonio y Danilo Enrique Capachero Méndez. También la mayor Ana Cira o Anacira del Socorro Capachero Méndez.

5. María Leonor Navarro de Acevedo, Ramiro Miguel, José Pablo, Tulio Enrique y Jesús Rafael Acevedo Navarro.

6. Juan Elías Márquez Arroyo y Etilvia Rosa Romero, en su propio nombre y en representación de los menores Greys y Francisco Márquez Romero.

7. Espedito Rafael Hernández y Cruz María Flórez Peralta.

Rituado el proceso, en la forma ordenada por la ley, 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.

Petítum:

Se concretó en los siguientes términos:

"1. La Nación y el Municipio de Sincelejo son solidariamente responsables de la totalidad de los daños y perjuicios causados a Digna Rosa González, José Ascención Mercado Suárez, José Iladino, Pracy o Prácxides María, Gladys del Carmen, Tulia Josefa y Minerva Rosa Mercado González y Dilia María Pérez Mercado, con la muerte de Francisco Mercado González ocurrida en Sincelejo el día 20 de enero de 1980 al derrumbarse el circo portátil de toros o 'corraleja', levantado en la plaza Hermógenes Cumplido de dicha ciudad.

"1.1. Condénase a la Nación y al Municipio de Sincelejo a pagar solidariamente:

"A. A Dilia María Pérez Mercado:

"1.1.1. Daños y perjuicios materiales (incluyendo en el lucro cesante los intereses compensatorios de lo que sumen, desde la fecha de su causación y hasta la de la fijación de la indemnización), en la cuantía que se demuestre en el curso del proceso.

"Su pago se hará en pesos que tengan el mismo poder de compra que los de la fecha de causación de los daños y perjuicios, es decir, teniendo en cuenta la variación porcentual del índice de precios al consumidor desde el día de la muerte de Francisco Mercado González y hasta el de la sentencia.

"1.1.2. Si en los autos no hubiere bases suficientes para hacer la taxación del daño emergente y del lucro cesante, la Sección fijará los perjuicios materiales que se le deben, en cuatro mil gramos oro fino de la fecha del fallo, según el artículo 107 del Código Penal.

"B. A la misma demandante y, además, a Digna Rosa González, José Ascensión Mercado Suárez, José Iladino, Pracy o Práxides María, Gladys del Carmen, Tulia Josefa y Minerva Rosa Mercado González:

"1.1.3. Daños morales, con el equivalente en pesos de la fecha de la sentencia de mil gramos de oro fino, de acuerdo con el artículo 106 del Código Penal.

"1.1.4. Gastos del proceso, e

"1.1.5. 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.

"Todo pago se imputará primero a intereses.

"1.2. La Nación y el Municipio de Sincelejo darán cumplimiento a la sentencia dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que tengan conocimiento de su existencia ya ejecutoriada.

"2. La Nación y el Municipio de Sincelejo son solidariamente responsables de la totalidad de los daños y perjuicios causados a Beatriz Leonor Martínez con la muerte de su hijo Daiz o Daiz Enrique Monterroza Martínez ocurrida en Sincelejo el día 20 de enero de 1980, al derrumbarse el circo portátil de toros o 'corraleja' levantado en la plaza Hermógenes Cumplido, y, en consecuencia, se les condena a pagarle, debidamente actualizados y en forma solidaria, los daños y perjuicios materiales, incluyendo en el lucro cesante los intereses compensatorios, que resulten probados en el curso del proceso o, en su defecto, el equivalente en pesos de cuatro mil gramos de oro fino de la fecha del fallo; daños morales por el equivalente en pesos de la misma época de mil gramos de oro fino; gastos del proceso, e intereses aumentados con la variación promedio mensual que, en el año anterior al fallo, tenga el Indice Nacional de Precios al Consumidor, desde cuando el mismo deba cumplirse dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que tengan conocimiento de su existencia ya ejecutoriada y de la solución total de las obligaciones a su cargo.

"Todo pago se imputará primero a intereses.

"3. La Nación y el Municipio de Sincelejo son solidariamente responsables de la totalidad de los daños y perjuicios causados a Alix Cristina Carrascal, William Enrique y Edgar Antonio Martínez Carrascal, con la muerte de Luis Alberto Martínez Carrascal, ocurrida en Sincelejo el día 20 de enero de 1980, al derrumbarse el circo portátil de toros o 'corraleja', levantando en la plaza Hermógenes Cumplido de dicha ciudad.

"3.1. Condénase a la Nación y al Municipio de Sincelejo a pagar solidariamente:

"A. A Alix Cristina Carrascal:

"3.1.1. Daños y perjuicios materiales (incluyendo en el lucro cesante los intereses compensatorios de lo que sumen, desde la fecha de su causación y hasta la de la fijación de la indemnización), en la cuantía que se demuestre en el curso del proceso.

"Su pago se hará en pesos que tengan el mismo poder de compra que los de la fecha de causación de los daños y perjuicios, es decir, teniendo en cuenta la variación porcentual del Indice Nacional de Precios al Consumidor desde el día de la muerte de Luis Alberto Martínez Carrascal y hasta el de la sentencia.

"3.1.2. Si en los autos no hubiere bases suficientes para hacer la taxación del daño emergente y del lucro cesante, la

Sección fijará los perjuicios materiales que se le deben, en cuatro mil gramos de oro fino de la fecha del fallo, según el artículo 107 del Código Penal.

"B. A la misma demandante y, además, a William Enrique y Edgar Antonio Martínez Carrascal:

"3.1.3. Daños morales, con el equivalente en pesos de la fecha de la sentencia de mil gramos de oro fino, de acuerdo con el artículo 106 del Código Penal.

"3.1.4. Gastos del proceso, e

"3.1.5. 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.

"Todo pago se imputará primero a intereses.

"3.2. La Nación y el Municipio de Sincelejo darán cumplimiento a la sentencia dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que tengan conocimiento de su existencia ya ejecutoriada.

"4. La Nación y el Municipio de Sincelejo son solidariamente responsables de la totalidad de los daños y perjuicios causados a Belarmina Méndez Morales, Rufino Antonio, Danilo Enrique y Ana Cira o Anacira del Socorro Capachero Méndez, con la muerte de Rufino Capachero Pérez, ocurrida en Sincelejo el día 20 de enero de 1980, al derrumbarse el circo portátil de toros o 'corraleja', levantado en la plaza Hermógenes Cumplido de dicha ciudad.

"4.1. Condénase a la Nación y al Municipio de Sincelejo a pagar solidariamente:

"A. A Belarmina Méndez Morales, Rufino A. y Danilo E.:

"4.1.1. Daños y perjuicios materiales (incluyendo en el lucro cesante los intereses compensatorios de lo que sumen, desde la fecha de su causación y hasta la de fijación de la indemnización), en la cuantía que se demuestre en el curso del proceso.

"Su pago se hará en pesos que tengan el mismo poder de compra que los de la fecha de causación de los daños y perjuicios, es decir, teniendo en cuenta la variación porcentual del Indice Nacional de Precios al Consumidor desde el día de la muerte de Luis Alberto Martínez Carrascal y hasta el de la sentencia.

"4.1.2. Si en los autos no hubiere bases suficientes para hacer la taxación del daño emergente y del lucro cesante, la Sección fijará los perjuicios materiales que se le deben, en cuatro mil gramos de oro fino de la fecha del fallo, según el artículo 107 del Código Penal.

"B. A la misma demandante y, además a Rufino Antonio, Danilo Enrique y Ana Cira o Anacira del Socorro Capachero Méndez:

"4.1.3. Daños morales, con el equivalente en pesos de la fecha de la sentencia de mil gramos de oro fino, de acuerdo con el artículo 106 del Código Penal.

"4.1.4. Gastos del proceso, e

"4.1.5. 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.

"Todo pago se imputará primero a intereses.

"4.2. La Nación y el Municipio de Sincelejo darán cumplimiento a la sentencia dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que tengan conocimiento de su existencia ya ejecutoriada.

"5. La Nación y el Municipio de Sincelejo son solidariamente responsables de la totalidad de los daños y perjuicios causados a María Leonor Navarro de Acevedo, Ramiro Miguel, José Pablo, Tulio Enrique y Jesús Rafael Acevedo Navarro, con la muerte de José de los Santos Acevedo Navarro, ocurrida en Sincelejo el día 20 de enero de 1980, al derrumbarse el circo portátil de toros o 'corraleja', levantado en la plaza Hermógenes Cumplido de dicha ciudad.

"5.1. Condénase a la Nación y al Municipio de Sincelejo a pagar solidariamente:

"A. A María Leonor Navarro de Acevedo.

"5.1.1. Daños y perjuicios materiales (incluyendo en el lucro cesante los intereses compensatorios de lo que sumen, desde la fecha de su causación y hasta la de fijación de la indemnización), en la cuantía que se demuestre en el curso del proceso.

"Su pago se hará en pesos que tengan el mismo poder de compra que los de la fecha de causación de los daños y perjuicios, es decir, teniendo en cuenta la variación porcentual del Indice Nacional de Precios al Consumidor desde el día de la muerte de Luis Alberto Martínez Carrascal y hasta el de la sentencia.

"5.1.2. Si en los autos no hubiere bases suficientes para hacer la taxación del daño emergente y del lucro cesante, la Sección fijará los perjuicios materiales que se le deben, en cuatro mil gramos de oro fino de la fecha del fallo, según el artículo 107 del Código Penal.

"B. A la misma demandante y, además, a Ramiro Miguel, José Pablo, Tulio Enrique y Jesús Rafael Acevedo Navarro:

"5.1.3. Daños morales, con el equivalente en pesos de la fecha de la sentencia de mil gramos de oro fino, de acuerdo con el artículo 106 del Código Penal.

"5.1.4. Gastos del proceso, e

"5.1.5. 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.

"Todo pago se imputará primero a intereses.

"5.2. La Nación y el Municipio de Sincelejo darán cumplimiento a la sentencia dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que tengan conocimiento de su existencia ya ejecutoriada.

"6. La Nación y el Municipio de Sincelejo son solidariamente responsables de la totalidad de los daños y perjuicios causados a Juan Elías Márquez Arroyo, Etilvia Rosa Romero, Greys y Francisco Márquez Romero, con las lesiones invalidantes recibidas por el primero y la muerte de Ender Javier Márquez Romero el 20 de enero de 1980 al derrumbarse el circo portátil de toros o 'corraleja', levantado en la plaza Hermógenes Cumplido de dicha ciudad.

"6.1. Condénase a la Nación y al Municipio de Sincelejo a pagar solidariamente:

"A. A Juan Elías Márquez Arroyo y a Etilvia Rosa Romero:

"6.1.1. Daños y perjuicios materiales (incluyendo en el lucro cesante los intereses compensatorios de lo que sumen, desde la fecha de su causación y hasta la de fijación de la indemnización), en la cuantía que se demuestre en el curso del proceso.

"Su pago se hará en pesos que tengan el mismo poder de compra que los de la fecha de la causación de los daños y perjuicios, es decir, teniendo en cuenta la variación porcentual del Indice Nacional de Precios al Consumidor desde el día del hecho perjudicial y hasta el de la sentencia.

"6.1.2. Si en los autos no hubiere bases suficientes para hacer la taxación del daño emergente y del lucro cesante, la Sección fijará los perjuicios materiales que se les deben, en ocho mil gramos de oro fino para el primero, y cuatro mil para la segunda, según el artículo 107 del Código Penal.

"B. A los mismos demandantes y, también, a Greys y Francisco Márquez Romero:

"6.1.3. Daños morales, con el equivalente en pesos de la fecha de la sentencia de dos mil gramos de oro fino, de acuerdo con el artículo 106 del Código Penal.

"6.1.4. Gastos del proceso, e

"6.1.5. 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.

"Todo pago se imputará primero a intereses.

"6.2. La Nación y el Municipio de Sincelejo darán cumplimiento a la sentencia dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que tengan conocimiento de su existencia ya ejecutoriada.

"7. La Nación y el Municipio de Sincelejo son solidariamente responsables de la totalidad de los daños y perjuicios causados a Espedito Rafael Hernández y a Cruz María Flórez Peralta con

la muerte de su hijo Auquelio Jacinto Hernández Flórez ocurrida en Sincelejo el día 20 de enero de 1980, al derrumbarse el circo portátil de toros o 'corraleja' levantado en la plaza Hermógenes Cumplido, y, en consecuencia, se les condena a pagarles, debidamente actualizados y en forma solidaria, los daños y perjuicios materiales, incluyendo en el lucro cesante los intereses compensatorios, que resulten probados en el curso del proceso, o, en su defecto, el equivalente en pesos de cuatro mil gramos de oro fino de la fecha del fallo, a cada uno; daños morales por el equivalente en pesos de la misma época de mil gramos de oro fino; gastos del proceso, e intereses aumentados con la variación promedio mensual que, en el año anterior al fallo, tenga el Indice Nacional de Precios al Consumidor, desde cuando el mismo deba cumplirse dentros de los treinta días siguientes a la fecha en que tengan conocimiento de su existencia ya ejecutoriada y la de la solución total de las obligaciones a su cargo.

"Todo pago se imputará primero a intereses".

Causa petendi:

Los hechos que sirven de apoyo a las pretensiones de los demandantes se recogen a través de la siguiente literatura:

"1. Más o menos a la cuatro de la tarde del domingo 2 de enero de 1980, 8 de los 32 o más palcos de la 'corraleja' del monumental circo portátil de toros levantado en la plaza Hermógenes Cumplido, antigua 'Mochila', de la ciudad de Sincelejo, se derrumbaron como un castillo de naipes, sembrando de muertos y heridos el lugar, y de llanto, horfandad y miseria a numerosos hogares colombianos.

"2. La caída de los palcos de la 'corraleja' se debió al concurso de fallas de las Administraciones Nacional y Municipal, comprometidas en la promoción y realización de un espectáculo de graves riesgos para los espectadores y, desde luego, para la vida e integridad personal, que de tiempo atrás debieron prohibir.

"A. *Fallas de la Administración Municipal.*

"2.1. El Municipio de Sincelejo ha venido poseyendo la plaza Hermógenes Cumplido desde el año de 1965, fecha en la que los herederos de quien le dio su nombre le cedieron esos terrenos para levantar allí la 'corraleja', escenario central de las tradicionales fiestas de toros de 20 de enero.

"2.2. La plaza Hermógenes Cumplido ha permanecido como un potrero arcilloso, pendiente de norte a sur, sin afirmado, sin desagües, sin la menor obra de infraestructura de plaza taurina, donde el Municipio suele depositar las basuras de la ciudad.

"2.2.1. Desde el año de 1965 la Secretaría de Obras Públicas Municipales enviaba en diciembre buldotzeres y motos para remover las malezas, los desechos y medio emparejar los surcos dejados por la escorrentía de las aguas lluvias, pero en el año de la tragedia apenas los vino a mandar a mediados de enero.

"2.2.2. La tierra arrancada del sector norte de la plaza, de su parte más alta, se venía amontonando, invariablemente, en la más baja, en el sur, sector en donde estaban situados los palcos que se derrumbaron, con el fin de dar al suelo una aparente horizontabilidad.

"2.2.3. Nunca, en ningún tiempo, tuvo la Administración Municipal la elemental precaución de nivelar y compactar la plaza. Con todo, en los años anteriores al de la tragedia, no se permitía que los parales o postes de los palcos se hincaran sobre el relleno, sobre el sector 'abonado' de la plaza.

"2.2.4. Con anterioridad al año de la tragedia los empleados municipales encargados de realizar el trazado circular de la 'corraleja' se guiaban por el *'centro de plaza'* que allí había clavado el arquitecto Rafael Peredo.

"En 1980 los topógrafos que mandó la Oficina de Planeación Municipal a trazar la 'corraleja' y a delimitar y entregar a los usuarios los terrenos concedidos para su uso por la municipalidad, siguiendo instrucciones de la Junta nombrada por el Alcalde para 'organizar' las festividades del Dulce Nombre de Jesús, fiestas en 'corraleja' de 20 de enero de 1980, corrieron dicho centro y con el circo, hacia sur, de la parte más firme a la más floja, con el fin de dejar en aquella mayor espacio para negocios y parqueadero de vehículos, razón por la que los dueños del uso de dichos terrenos se vieron en la obligación de construir allí los palcos que, precisamente, se cayeron.

"2.3. La Administración Municipal de Sincelejo (Alcaldía, Junta organizadora de las festividades, Planeación Municipal, Desarrollo Urbano, etc.), qué es el motor principal de las fiestas en 'corraleja' de 20 de enero:

"2.3.1. No realizó, ni exigió que se hicieran, el estudio de los suelos donde se iba a hincar la estructura transitoria de los palcos de 'corraleja'.

"2.3.2. No hizo y tampoco exigió que se realizara el estudio de la dirección predominante de los vientos, de su velocidad y de su fuerza en el área de la plaza.

"2.3.3. No efectuó y tampoco requirió que se adelantara la nivelación y compactación de los terrenos de la Hermógenes Cumplido.

"2.3.4. No construyó y tampoco mandó cavar canales para el desagüe de las aguas lluvias.

"2.3.5. No pidió pruebas de idoneidad a los constructores de los palcos; no vigiló su labor; ni siquiera les entregó un plano con el fin de que se orientaran en la construcción.

"2.3.6. Tampoco controló la clase, calidad y resistencia de las maderas, de la uniones y amarres de las mismas, ni la profundidad a que estaban hincados los parales y columnas y si tenían escoras o diagonales que le dieran triangulación y resistencia a la estructura en número suficiente.

"2.3.7. No controló que las puertas de acceso y de escape fueran suficientes, y,

"2.3.8. Para no hacerme interminable, no pidió el visto bueno a las autoridades nacionales de Salud.

"2.5. La Administración Municipal se limitó, como escribí ya, a trazar las circunferencia de la 'corraleja' desde un centro de plaza situado mucho más al sur que en años anteriores y a ubicar a los usuarios del terreno para instalar sus negocios. Y sin más requisitos que la presentación de los recibos de pago a Coldeportes, $ 12.000.00 por cada palco situado a la sombra; $ 10.000.00 por cada uno de los de sol y sombra y $ 7.000.00 por cada uno de los de sol, autorizó la construcción de la monumental estructura, dejando de lado cualesquiera recomendaciones sobre seguridades.

"2.6. La 'adjudicación de lotes de terreno de la plaza Hermógenes Cumplido de Sincelejo para la construcción de palcos de corraleja' se hizo en el año de la tragedia:

"2.6.1. A última hora, esto es, sin la debida anticipación, que determinó que los palcos se levantaran sin mayores cuidados y de manera apresurada.

"2.6.2. A personas sin 'experiencia y tradición en la construcción de palcos':

"A los ganaderos, al Alcalde, a la señora del Alcalde, a familiares de los ganaderos, a la clientela política.

"2.6.3. Que en su gran mayoría los negociaron con negociantes que los negociaron y los negociaron, creando la reventa, prohibida, que llevó a los últimos compradores a tener que recurrir al sobrecupo incontrolado para salvar su inversión, y, en fin,

"2.6.4. Con violación frontal, directa, del Acuerdo número 35 expedido el 5 de noviembre de 1971 por el Concejo Municipal de Sincelejo y del Decreto número 107 dictado por la Alcaldía en 1973 con el fin de reglamentar la adjudicación de terrenos de la plaza Hermógenes Cumplido para la construcción de palcos de corraleja y prevenir catástrofes como la que desde el 20 de enero de 1980 tiene de luto al país.

"2.7. Con anterioridad al año de la tragedia se comenzaba a levantar el circo de toros desde diciembre y, en todo caso, con no menos de un mes de anticipación a la iniciación del espectáculo taurino. Pero en 1980 los trabajos no se empezaron sino el 8 de enero, 11 días antes de la iniciación de los festejos. Más aún: Los palcos que se cayeron y, concretamente el primero de ellos que se derrumbó lo hicieron entre el 18 y 19 en la mañana, a marchas forzadas:

"2.7.1. De día y de noche y en medio de la irresponsable borrachera de improvisados carpinteros.

"2.7.2. Con sobras de madera, con maderas viejas, averiada o podridas de magle o vara de loro casi todas que, con el tiempo, pierde elasticidad y se vuelve frágil y quebradizo.

"2.7.3. Enterrados los parales a menos de un metro de profundidad, 70 u 80 centímetros apenas, cuando de acuerdo con estudios técnicos para que resistiera el suelo la carga normal, y había sobrecupo, debían de haberse hincado a más o menos cinco metros de profundidad.

"2.7.4. Demasiado delgadas para aguantar el peso excesivo a que fueron sometidas.

"2.7.5. Sin bases firmes.

"2.7.6. Unidas sin muescas o cajuelas.

"2.7.7. Con clavos viejos, retorcidos, metidos por clavaduras anteriores, oxidados o con bejucos.

"2.7.8. El único palco que se hizo con maderas aserradas, bien enterradas y unidas con pernos, fue el de la *Junta Directiva de las festividades*, palco que además fue el único en que se dispuso vigilancia policiva de un suboficial y tres agentes.

"2.7.9. Sin diagonales y pieamigos que le dieran triangulación y resistencia estructural al monumental circo, y,

"2.7.10. Con escaleras notoriamente insuficientes por su número y características para una evacuación en caso de emergencia.

"2.8. La Administración Municipal designó inspector de palcos de 'corraleja' a una persona que no tiene la menor idea de ingeniería, de arquitectura, de topografía, de suelos, de maderas, de construcción de palcos, de estructuras transitorias para el cobijamiento de público, de carpintería, al señor Alfredo Urruchurtu, Concejal de Sincelejo, que difícilmente sabe dibujar su firma.

"2.9. Todavía más: Ni el inspector de palcos, ni la Junta Municipal organizadora de las festividades, ni la Secretaría de Planeación Municipal que había dado el permiso de construcción, estuvieron pendientes, vigilantes, atentos, de que la monumental 'corraleja':

"2.9.1. Se hiciera con maderas adecuadas.

"2.9.2. Enterradas en suelo natural, firme, a no menos de 1.30 metros de profundidad.

"2.9.3. Unidas con muescas y pernos, de tal manera que se pudieran ir ajustando a medida que, por el peso y el movimiento de los espectadores, se fueran aflojando.

"2.9.4. Suficientemente diagonalados los parales o columnas de madera para evitar su desplome; en fin.

"2.9.5. De acuerdo con la manera como de tiempo atrás se venían construyendo los palcos.

"2.10. La Administración Municipal no efectuó el aforo de la capacidad de los palcos de 'corraleja' y, en consecuencia.

"2.10.1. No sometió la estructura a pruebas de resistencia.

"2.10.2. No se efectuó el análisis de su vulnerabilidad ni coordinó con las autoridades nacionales de salud, militares, y de policía el tratamiento de las contingencias que pudieran presentarse con la afluencia de las gentes invitadas desde todos los rincones del país a presenciar las afamadas festividades de toros en el improvisado y monumental tugurio taurino.

"2.10.3. Ni siquiera previó, que, como había ocurrido en años anteriores, lloviera sobre la plaza.

"2.10.4. Tampoco montó una vigilancia estricta en todas y cada una de las entradas a los palcos y a la 'corraleja' para que no se subieran a ellos, en todas y cada una de las entradas a los pisos de los palcos y en todos y cada uno de los pisos, para no exceder su capacidad normal, calculada por ingenieros en 100 por nivel, 300 por cada palco y en los planos esquemáticos que entregó la 'Junta' en otros procesos en 150 por piso y 450 por palco, 9.600 y 14.500 asistentes en total, sobrepasados en un 400 o un 500 por ciento según narran quienes estuvieron presentes en la escena.

"2.11. La víspera de la tragedia se cayeron dos veces, en presencia del Alcalde Municipal y del Presidente y Vicepresidente de la Junta administradora de las festividades, más de 40 metros de 'corraleja', que es la parte más sólida y más resistente de toda la estructura, pero el *campanazo* de nada valió. Para que la Administración Municipal diera cumplimiento a la ley y suspendiera el espectáculo fue necesario que al otro día murieran más de 300 personas y la sangre de varios miles de ellas regara la plaza.

"2.12. Y la tragedia no alcanzó más vastas proporciones porque uno de los palcos que se cayó estaba suelto del vecino, y otro, tenía las columnas bien entradas, reforzadas con el número suficiente de elementos diagonales, apenas tenía dos pisos y había sido construido con maderas nuevas, aserradas, unidas con pernos y reforzado con alambre de grueso calibre.

"B. *Fallas de la Administración Nacional.*

"2.13. La Seccional Sincelejo del Servicio Nacional de Salud no tuvo ninguna intervención para que las disposiciones del Código Sanitario Nacional, cuyo cumplimiento le corresponde asegurar, surtieran eficazmente sus fines de protección de las personas protagonistas y asistentes como espectadores al sonado espectáculo de los toros en la 'corraleja' sincelejana.

"2.13.1. *Su director asistió el 19 de enero a toros y pudo observar que los palcos no estaban capacitados para la cantidad de gente que asistía ese día y así se lo comentó a varios amigos diciéndoles que no regresaría a la corraleja porque podía haber una desgracia.*

"2.13.2. *Y, días antes, cuando estaban haciendo los palcos se dio cuenta que la 'corraleja' la habían hecho un poco más grande que en años anteriores y que para ello habían tenido que abonar el sitio en donde se cayeron los palcos. También se dio cuenta de que los palcos no tenían los amarres acostumbrados antes, una especie de crucetas, los diagonales, que le daban mejor apoyo a la estructura.*

"2.14. Los palcos de la 'corraleja' sincelejana tenían tres plantas aéreas (sólo había uno de dos pisos que, por su lado, detuvo la caída), con 10 metros de frente por 4 de profundidad, demasiado esbeltos, con una capacidad máxima normal de 100 personas por piso, esto es de 300 por palco. Significa lo anterior que la capacidad máxima normal del circo portátil levantado en 1980 en la plaza Hermógenes Cumplido, con notorias deficiencias estructurales para colmo de males, era apenas de 9.600 personas. Pero como todo el mundo lo sabe:

"2.14.1. El 20 de enero de 1980 había en la 'corraleja de Sincelejo' entre cuarenta y cincuenta mil espectadores.

"2.14.2. Que en número mucho menor dan en tierra con construcciones de concreto y acero tal y como ocurrió recientemente en el estadio de la ciudad de Ibagué.

"2.14.3. Entre cuarenta y cincuenta mil espectadores, cinco veces más de los permitidos por la capacidad normal, y a gusto y contemplación de las autoridades militares y de policía.

"2.14.4. Cuyos comandantes, el comandante de la Base Naval de Coveñas y el Comandante del Departamento de Policía Nacional de Sucre, se encontraban en el palco presidencial, juntamente con otro agente del Gobierno central, del Gobernador, aquel Hermes Darío Pérez que tuvo después el inocente cinismo, conocido de todos por la notoriedad de sus palabras, *de echarle toda la culpa de lo sucedido a Dios.*

"2.14.5. Faltó, pues, suficiente vigilancia de parte de las Fuerzas Militares y de Policía Nacional para impedir el sobrecupo:

"i) La vigilancia fue deficiente el día 19, y,

"ii) Francamente insuficiente, casi nula, el día clásico de los festejos, el 20 de enero.

"2.14.6. Los escasos agentes de la Policía Nacional que estaban en la plaza el día de la tragedia, porque aunque se pidió la colaboración a la Armada, a la Base Naval de Coveñas, según cuenta el Presidente de la Junta administradora de las festividades, no se prestó, se dedicaron a controlar ladrones, borrachos, el orden público fuera de la 'corraleja', a quienes se venían oponiendo a esta clase de diversiones bárbaras, pero de ninguna manera a controlar que no hubiera sobrecupo.

"2.14.7. Frente a esta situación los inspectores municipales de Policía destacados en la plaza libraron un oficio para el Co-

mandante de la Policía Nacional y uno de ellos lo llevó personalmente a la guardia pidiendo el envío de un mayor número de agentes para controlar el sobrecupo, pero no se les prestó atención.

"2.14.8. Todavía más: Dos horas antes, más o menos, de la tragedia el primer palco que se cayó empezó a anunciarla. Se reventaron dos de sus parales. Y varios asistentes, entre ellos el Inspector de Policía de Chinulito, corregimiento de Colosó, salieron a buscar la Policía para que hiciera aligerar el peso del palco. Los agentes se asomaron, miraron y volvieron a salir sin tomar ninguna medida para evitar el desastre.

"2.15. En algunos casos los heridos fallecieron y en otros sus heridas se agravaron por falta de un adecuado servicio de rescate, por falta de dotación y de elementos quirúrgicos en los hospitales y, en suma, de asistencia oportuna y suficiente.

"C. *Circunstancias agravantes.*

"2.16. Las fallas anteriores aparecen agravadas por las siguientes circunstancias:

"2.16.1. El 20 de julio de 1969 se vino a tierra el circo portátil de toros levantado en la plaza de ferias Camilo J. Cabal de la ciudad de Buga, Departamento del Valle del Cauca, con saldo de 17 muertos, 25 heridos graves y 162 con lesiones menores.

"La Administración Nacional que se enteró de la tragedia no prohibió la construcción de este tipo de estructuras transitorias para el cobijamiento de público.

"2.16.2. En 1972 se cayó la 'corraleja de Palo Alto, corregimiento del Municipio de San Onofre, Departamento de Sucre, dando muerte al señor Luis Carlos Reboyo y lesionando a medio centenar de espectadores.

"Ni la Administración Nacional ni las locales de las regiones donde se celebra la fiesta en 'corraleja' hicieron algo para prevenir y evitar insucesos similares.

"2.16.3. Posteriormente, en los años de 1973, 1974 y 1976, se cayeron palcos de 'corraleja' en Arjona, San Marcos y Arenal. Los muertos llegaron a la decena y cientos los heridos.

"Ni las Administraciones municipales, ni la Nacional, tomaron medidas para evitar la repetición de lo sucedido.

"2.16.4. Mario Mitriotti y Ciro Durán filmaron en 1974 un patético documental cinematográfico en la 'corraleja' y sobre la 'corraleja' de Sincelejo. La película, que le dio la vuelta al mundo, llenó de terror y espanto a propios y a extraños. Pero a nuestras Administración Nacional y a la Administración Municipal de Sincelejo no se le ocurrió prohibir la celebración de este espectáculo que, año tras año, siembra de muertos y heridos los campos sabaneros de Sucre, de Córdoba y de Bolívar.

"2.16.5. En enero de 1980 se derrumbó otro circo portátil de toros que esta vez se había construido en el Municipio de Supía, en Caldas. Murieron varias personas y otras muchas resultaron heridas.

"Y tampoco la Administración Nacional tomó medidas para evitar tragedias en lo sucesivo.

"2.16.6. Durante las festividades de 20 de enero de 1979 uno de los palcos de la 'corraleja' sincelejana, el Mariscal Sucre, quedó retorcido como una quijada. Y, en 1980, el 19 de enero, *víspera de la catástrofe,* más de 40 metros de 'corraleja', la parte más sólidamente construida de la estructura, se cayeron dos veces en presencia del Alcalde Municipal, del Presidente de la Junta Administradora de los festejos, del Comandante de la Policía Nacional, del de la Base de Coveñas, del agente del Gobierno central, del Gobernador del Departamento y a ninguno de ellos se le ocurrió cumplir la Constitución y la ley de mandar suspender el espectáculo y ordenar la revisión de la estructura del circo que, la seguridad, el bienestar, la salud y la vida de millares de espectadores, *reclamaban hasta de la más inútil, deficiente y lerda de las Administraciones.*

"2.16.7. El mismo día 19 se encontraba en la 'corraleja' el Director del Servicio Nacional de Salud, regional de Sincelejo. Se dio cuenta de que los palcos no estaban capacitados para la gran cantidad de gente que los colmaba. Presintió la tragedia. Y tampoco hizo absolutamente nada para evitarla a pesar de estar obligado por ley a hacerlo.

"2.16.8. Y el propio día de la tragedia los Inspectores de Policía que había en la plaza le pidieron a la Policía que reforzara la vigilancia para controlar el ingreso a los palcos y evitar el sobrecupo y no los atendieron.

"2.16.9. Pero el desgreño administrativo sube de punto y linda con el delito si se tiene en cuenta que dos horas antes del derrumbe de los palcos, antes de que empezara a lloviznar, varios ciudadanos rogaron a la Policía que hiciera aligerar el peso del primer palco que se cayó porque se le habían reventado dos parales y tampoco fueron escuchados.

"2.16.10. Lo paradógico es que el Municipio de Sincelejo tiene una hermosa plaza de toros, construida en concreto y cero (sic) desde hace más de diez años, donde caben más de 10.000 personas, y prefiere programar las festividades de toros del mes de enero en el tugurio portátil que suele improvisarse en la plaza Hermógenes Cumplido.

"2.16.11. Apenas después de la tragedia de Sincelejo vino la Administración Nacional, a través del Ministerio de Gobierno y de sus agentes gobernadores de Sucre, de Córdoba y de Bolívar, a coordinar la presentación de proyectos de ordenanzas que, tras su expedición por las respectivas Asambleas a iniciativa procada por la acción, repito, del Ministerio de Gobierno, reglamentan en la actualidad la construcción, el control y el ingreso de personas a las 'corralejas'.

"La Administración actuó, pues, en parte; pero a destiempo; cuando ya era demasiado tarde. Y esto confirma, ni más ni menos, *las omisiones suyas*, alegadas como causa de la tragedia de Sincelejo.

"D. *Perjudicados con el derrumbe de los palcos y origen de los daños.*

"3. Entre los damnificados con la caída del circo portátil de toros o 'corraleja', levantado en la plaza Hermógenes Cumplido de la ciudad de Sincelejo, el día 20 de enero de 1980, se encuentran mis poderdantes.

"3.1. Digna Rosa González, José Ascensión Mercado Suárez, José Iladino, Pracy o Práxides María, Gladys del Carmen, Tulia Josefa y Minerva Rosa Mercado González, y Dilia María Pérez Mercado, perdieron a su hijo, hermano y esposo, Juan Francisco Mercado González.

"3.1.1. Juan Francisco Mercado González nació de la unión matrimonial de Digna Rosa González, o Castillo González y José Ascensión, o de la Concepción (los abuelos son los mismos e idénticas las personas), Mercado Suárez, el 8 de enero de 1940; tenía al morir atrapado por el maderamen de la 'corraleja' sincelejana el 20 de enero de 1980, 40 años de edad y según la tabla de mortalidad del Instituto Colombiano de Seguros Sociales le quedaban 39 más de vida.

"3.1.2. Juan Francisco contrajo matrimonio con Dilia María Pérez Mercado, tres años menor que él.

"3.1.3. Era agricultor y lo que se ganaba lo empleaba en el sostenimiento ejemplar de su esposa que es persona pobre y necesita ayuda.

"3.1.4. La muerte de Juan Francisco Mercado González causó a sus padres, hermanos y viuda, profunda congoja y aflicción, daños morales, que se presumen según la doctrina entre parientes próximos, y, a esta última, además, daños y perjuicios materiales resultantes:

"a) De la pérdida de la ayuda económica, y

"b) De la falta de su productividad, de sus intereses.

"3.1.5. Ligados todos ellos a las fallas de las Administraciones Nacional y Municipal determinantes de la tragedia.

"3.2. Beatriz Leonor, o Leonor Martínez, perdió a su único hijo Daiz Monterroza Martínez.

"3.2.1. Beatriz Leonor Martínez es pobre; necesita ayuda; tiene ya 57 años de edad.

"3.2.2. Daiz trabajaba albañilería y con lo que se ganaba la sostenía.

"3.2.3. La muerte del hijo y protector el 20 de enero de 1980 en la 'corraleja' de Sincelejo causó a su madre profundas

congoja y aflicción, daños morales que se presumen según la doctrina, y, también, daños y perjuicios materiales resultantes:

"a) De la pérdida de la ayuda económica por el resto de su vida, 24 años según la tabla de mortalidad del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, y,

"b) De la falta de productividad, de sus intereses.

"3.2.4. Ligados todos ellos a las fallas de las Administraciones Nacional y Municipal determinantes de la tragedia.

"3.3. Alix Cristina Carrascal, William Enrique y Edgar Antonio Martínez Carrascal, perdieron a su hijo y hermano Luis Alberto Martínez Carrascal.

"3.3.1. Luis Alberto trabajaba como ayudante de albañilería y se ganaba $ 120.00 diarios que empleaba en ayudar al sostenimiento de su madre viuda y pobre.

"3.3.2. Alix Cristina tiene 56 años, nació en 1925; de acuerdo con la tabla de mortalidad del Instituto Colombiano de Seguros Sociales le quedan 26 años de vida.

"3.3.3. La muerte de Luis Alberto Martínez Carrascal ocurrida el 20 de enero de 1980 al derrumbarse los palcos de 'corraleja' de Sincelejo, causó a su madre y hermanos profundas congoja y aflicción, daños morales, que se presumen según la doctrina entre parientes próximos, y, a aquella, además, daños y perjuicios materiales resultantes:

"a) De la pérdida de la ayuda económica, y

"b) De la falta de su productividad, de sus intereses.

"3.3.4. Ligados todos ellos a las fallas de las Administraciones Nacional y Municipal determinantes de la tragedia.

"3.4. Belarmina Méndez Morales, Rufino Antonio, Danilo Enrique, y Ana Cira o Anacira Capachero Méndez, perdieron a su compañero permanente y padre Rufino Capachero Pérez.

"3.4.1. Belarmina Méndez Morales o Morales nació en 1923; cuatro años mayor que su compañero permanente, tiene 58 años y una supervivencia según la tabla de mortalidad del Instituto Colombiano de Seguros Sociales de 23 más.

"3.4.2. Tiempo atrás se había unido a Rufino Capachero Pérez y de la permanencia juntos nacieron y sobreviven:

"a) Ana Cira o Anacira, el 24 de junio de 1958;

"b) Rufino Antonio, el 12 de junio de 1963, y

"c) Danilo Enrique, el 18 de junio de 1966.

"3.4.3. Rufino Capachero Pérez murió aplastado por el maderamen de los palcos de la 'corraleja' que se derrumbó en Sincelejo el 20 de enero de 1980.

"3.4.4. Tenía una fritanguería en la plaza de mercado público de Sincelejo y según vecinos del mismo oficio se ganaba por lo menos 500 pesos diarios que empleaba en el sostenimiento de su familia, de su compañera permanente y de sus hijos, que son pobres y necesitan ayuda.

"3.4.5. Su muerte causó a su compañera y a sus hijos profunda aflicción y congoja, dolor moral, daños morales, que se presumen según la doctrina, y, también daños y perjuicios materiales resultantes:

"a) De la pérdida de la ayuda económica que siempre les dispensó, y

"b) De la falta de su productividad, de sus intereses.

"3.4.6. Ligados todos ellos a las fallas de las Administraciones Nacional y Municipal determinantes de la tragedia. ?

"3.5. María Leonor Navarro de Acevedo, Ramiro Miguel, José Pablo, Tulio Enrique, y Jesús Rafael Acevedo Navarro, perdieron a su hijo y hermano José de los Santos Acevedo Navarro.

"3.5.1. María Leonor nació el 31 de julio de 1920; tiene 61 años de edad y una supervivencia según la tabla de mortalidad del Instituto Colombiano de Seguros Sociales de 20 años.

"3.5.2. Su hijo José de los Santos trabajaba como vendedor ambulante y con lo que se ganaba la sostenía ejemplarmente.

"3.5.3. José de los Santos Acevedo Navarro murió aplastado por el maderamen de los palcos de 'corraleja' que se derrumbaron en Sincelejo el 20 de enero de 1980.

"3.5.4. La muerte de José de los Santos sumió en el dolor y causó daños morales a su madre y a sus hermanos, y, a aquella, además, daños y perjuicios patrimoniales resultantes:

"a) De la pérdida de la ayuda económica que necesita y,

"b) De la falta de productividad, de sus intereses.

"3.5.5. Ligados todos ellos a las fallas de las Administraciones Nacional y Municipal determinantes de la tragedia.

"3.6. Juan Elías Márquez Arroyo, Etilvia Rosa Romero, Greys y Francisco Márquez Romero perdieron a su hijo y hermano Ender Javier Márquez Romero, y, Juan Elías quedó totalmente incapacitado para desempeñar su profesión de conductor de vehículos.

"3.6.1. Ender Javier nació el 11 de octubre de 1975 y murió atrapado por el maderamen de los palcos de 'corraleja' que se derrumbaron en Sincelejo el 20 de enero de 1980.

"3.6.2. También el 20 de enero de 1980 y en el mismo derrumbe resultó lesionado Juan Elías Márquez Arroyo.

"3.6.3. Márquez Arroyo nació el 20 de junio de 1942; tiene 39 años de edad, y quedó totalmente incapacitado para desempeñar su profesión de conductor de vehículos.

"3.6.4. Se ganaba no menos de $ 15.000.00 mensuales y desde entonces no ha podido volver a trabajar.

"3.6.5. La muerte de Ender Javier causó a sus padres y a sus hermanos profunda aflicción y congoja, daños morales que se presumen según la doctrina entre parientes próximos, y, además, a aquellos, daños y perjuicios materiales resultantes:

"a) De la pérdida de la crianza, y,

"b) De la pérdida de la probabilidad de ayuda que van a necesitar debido a su estado de pobreza e invalidez.

"3.6.6. El lesionamiento y posterior invalidez permanente para trabajar de Juan Elías Márquez Arroyo causó a sí mismo, a su esposa, corrijo compañera permanente e hijos daños morales que se presumen según la doctrina y, al primero, daños y perjuicios materiales resultantes:

"a) De la incapacidad para trabajar, de la pérdida de la renta de trabajo, y

"b) De la pérdida de su productividad, de sus intereses.

"3.6.7. Ligados todos ellos a las fallas de las Administraciones Nacional y Municipal determinantes de la tragedia.

"3.7. Espedito Rafael Hernández y Cruz María Flórez Peralta perdieron a su hijo Auquelio Jacinto Hernández Flórez.

"3.7.1. Hernández Flórez trabajaba en Carrocerías Romero de Sincelejo y lo que se ganaba lo empleaba en sostener a sus padres que son pobres.

"3.7.2. Murió atrapado por el maderamen de los palcos de 'corraleja' que se cayeron en Sincelejo el 20 de enero de 1980.

"3.7.3. Su muerte causó a sus padres daños y perjuicios materiales y morales, ligados a las fallas del servicio alegadas y que, junto con ellas, se probarán en el proceso".

II

Alegato de conclusión del mandatario judicial de la parte actora:

Obra dentro del informativo, en cuaderno separado, y consta de más de 110 folios. Esto explica que dada su extensión, y también por la comprensión jurídica que del caso tiene ya la Sala, por haber decidido otros negocios relacionados con la misma falla del servicio, sólo se transcriban algunos apartes del mismo. En él, entre otras, cosas se lee:

"Hechos y omisiones que comprometen la responsabilidad de la Nación.

"Fallas imputables al Servicio Nacional de Policía.

"1. En atención a lo dispuesto en los artículos 3º y 5º del Decreto municipal número 153 de 1979, Héctor Támara Vergara, Presidente de la Junta Administradora de las festividades de 20 de enero, fiestas en corraleja, solicitó por escrito de 9 de enero de 1980, al señor Comandante del Departamento de Policía de Sucre, tomar las medidas *necesarias* 'para que se cumplan dentro del mayor *ORDEN* los actos programados para las festividades patronales de 20 de enero', acompañándole copia del 'programa' acordado.

(Anexo 1, fl. 121).

(Anexo 4, fls. 6-7, 15-16).

"El *ORDEN PUBLICO,* en el sentido tradicional, es el *ORDEN MATERIAL* y externo, esto es la situación de hecho antítesis del desorden. Tres elementos lo integran: 1. La *tranquilidad pública* o tranquilidad en las calles, vías y lugares abiertos al público; 2. La *seguridad pública,* o garantía preventiva permanente contra los delitos, las contravensiones y las faltas; 3. La *salubridad pública,* o garantía preventiva permanente contra los factores que pongan en peligro la salud de los asociados".

"(Cfr. SARIAS, Eustorgio y Maurico, 'DERECHO ADMINISTRATIVO', 7ª Edición. C.E.I.D.A., Bogotá, 1978, pág. 105).

"Por otro escrito, de la misma fecha 9 de enero de 1980, el Presidente de la Junta solicitó la presencia de la Policía Nacional para cuidar de los bienes que integrarían físicamente la *'corraleja'.*

(Anexo 4, fl. 16).

"3. Dos días después, el 11 de enero de 1980, el Comando del Departamento de Policía de Sucre, elaboró el *PLAN 001* - 'CONTROL FESTIVIDADES DEL VEINTE DE ENERO', con la finalidad específica de prestar servicios de vigilancia especial de 16 al 24 de enero, dentro del marco legal que ofrecen el Código Nacional de Policía, el Reglamento de la vigilancia urbana y rural, las políticas de la DIPON (Dirección de la Policía Nacional) y las disposiciones de la Alcaldía.

(Anexo 1, fls. 126 y ss.).

"La policía está instituida para proteger a los habitantes del territorio colombiano en su libertad y en los derechos que de ésta se derivan, por los medios y con los límites estatuidos en la Constitución Nacional, en la ley, en las convenciones y tratados internacionales, en el reglamento de policía y en los principios universales del derecho" (C. N. de Pol., art. 1º).

"A la policía compete la conservación del orden público interno.

"El orden público que protege la policía resulta de la prevención y la eliminación de las perturbaciones de la seguridad, de la tranquilidad, de la salubridad y la moralidad públicas.

"...(C. N. de Pol., art. 2º).

"Los funcionarios de policía están obligados a dar sin dilación el apoyo de su fuerza por propia iniciativa o porque se les pida directamente de palabra o por voces de auxilio, a toda persona que esté urgida de esa asistencia para proteger su vida, o sus bienes, o la 'inviolabilidad de su domicilio, o su libertad personal, o su tranquilidad'.

"(C. N. de Pol., art. 32).

"Corresponde a la policía asegurar el orden en los espectáculos" (C. N. de Pol., art. 133).

"Se entiende por espectáculo la función o representación que se celebra en teatro, circo, estadio, plaza, salón o en cualquier otro edificio o lugar en que se congrega la gente para presenciarlo u oírlo" (C. N. de Pol., art. 134).

"El Jefe de policía impedirá la realización de espectáculos en *recinto o lugar impropio o que no ofrezca la debida solidez* o que no cumpla con los requisitos de la higiene.

"También podrá impedir los espectáculos que sometan a gran riesgo a los espectadores.

"...(C. N. de Pol., art. 144).

"ESPECTACULOS PUBLICOS. Control y Procedimiento.

"La policía considerará las reglas que se mencionan, en relación con los espectáculos y reventa de boletas:

"a) Comprobará que en los salones destinados a espectáculos públicos se observen las normas mínimas de higiene y salubridad;

"b) Establecerá si las puertas de estos locales que dan a las calles permiten la rápida evacuación del público, en casos de incendio, temblores o pánicos;

"...

"...

"No permitirá la entrada de personas en estado de embriaguez.

"...

"...(R. de V. U. y Rural, art. 103).

"Las autoridades civiles y militares prestarán la colaboración indispensable para que las festividades estén sujetas al orden y las buenas costumbres".

"(Decreto de la Alcaldía Municipal de Sincelejo número 153 de 11 de septiembre de 1979).

"3.1. Dentro de las previsiones de dicho *PLAN* se destacan las siguientes:

"III. MISION:

"Corresponde a la Policía Nacional adscrita al Departamento de Sucre, mantener el orden público en sus elementos esenciales de seguridad, tranquilidad, salubridad y moralidad públicas para que los eventos que se efectúen en el Departamento tengan normal desarrollo".

"(Anexo 1, fl. 128).

"IV. EJECUCION:

"a) Concepto del servicio.

"Se trata de organizar un servicio de vigilancia especial, en coordinación con las autoridades locales y particulares responsables de la organización de las fiestas, *adecuándolo a la magnitud del evento,* durante los días comprendidos de 16 al 23 de enero del presente año.

"(Anexo 1, fl. 128).

"...

"c) Misiones particulares.

"1. Subcomando.

"...

"*Se debe nombrar un agente de servicio en cada uno de los palcos, con el fin de evitar que las entradas se congestionen.*

"(Anexo, 1, fl. 130).

"...

"V. INSTRUCCIONES DE COORDINACION:

"Los servicios deben instalarse una hora antes de iniciar la programación.

"*Se debe dar correcta aplicación a las normas contempladas en el Código Nacional de Policía.*

"...(Anexo 1, fl. 131).

"Será responsable en el palco de la Junta Directiva, durante los días de toros el señor Mendoza de la Torre Jorge, junto con tres (3) agentes".

"(Anexo 1, fl. 133).

"3.2. Es un hecho notorio y reconocido de todo el país, debido a la amplia difusión que se dio por la prensa hablada y escrita y por la televisión a los INFORMES OFICIALES sobre las causas y consecuencias de la tragedia de Sincelejo de 20 de enero de 1980, que la policía no cumplió los objetivos trazados por ella misma en su PLAN 001, y, por ende, con lo dispuesto en el Código

Nacional de Policía, el Reglamento de Vigilancia Urbana y Rural, las Políticas de la DIPON y las Disposiciones de la Alcaldía, para el mantenimiento del orden público durante las festividades de toros, particularmente en la 'CORRALEJA', así:

"3.2.1. MINISTERIO DE GOBIERNO.

"MEMORANDO número 00712.

"28 de enero de 1980.

"...

"...hubo sobrecupo en los palcos. La afluencia de público a los tendidos no fue controlada debidamente por las autoridades competentes.

"...

"Hubo... 'imprevisión' de las autoridades, ya que además de los puntos anteriormente mencionados, el 19 de enero, una parte de la 'corraleja' en sí, no de los palcos, se cayó con una extensión aproximada de 22 metros.

"...

"Hubo imprevisión por parte de las autoridades en lo que respecta a la construcción y control del público en la 'corraleja'.

"(Anexo 1, fls. 34-35).

"3.2.2. *Informe el ingeniero Héctor Vergara Arrazola, comisionado de la Alcaldía para investigar las causas de la tragedia.*

"...no hubo vigilancia policial exclusiva en cada uno de los palcos para controlar el número de entradas", o, en otras palabras, el sobrecupo.

"Relación de causalidad.

"Cuando se tiene el deber jurídico de impedir el resultaao. No evitarlo, pudiendo hacerlo, equivale a producirlo.

"(Cfr. C. Penal, art. 21, inciso 2º).

"La policía, de acuerdo con el artículo 1º del Código que en la Nación se ocupa de la materia, está instituida para proteger a los habitantes del territorio colombiano en su libertad y en los derechos que de ésta se derivan, por los medios y con los límites estatuidos en la Constitución Nacional, en la ley, en las Convenciones y Tratados Internacionales, en el Reglamento de Policía y en los Principios Universales del Derecho".

"Los fines para los cuales se ha establecido el cuerpo armado de la Policía Nacional están descritos por el artículo 2º de su Estatuto Orgánico. Son ellos 'proteger la vida, honra y bienes de todas las personas residentes en Colombia, prestar el auxilio que requiere la ejecución de las leyes y las providencias judiciales y administrativas, cooperar en la investigación de los delitos y con-

travenciones, cumplir una labor educativa en beneficio social, y, en general, conservar el orden público interno en sus aspectos de *seguridad, tranquilidad* y *moralidad públicas*...'

"Las normas y los servicios de policía, puntualiza el artículo 5º del Código Nacional, son medios para prevenir la infracción penal".

"Para prevenir la comisión de *infracciones penales*, de delitos y de *contravenciones* y, desde luego, del desconocimiento de las normas de policía, los funcionarios, agentes, del ramo, tienen la obligación de dar, *sin dilación*, 'el apoyo de su fuerza *por propia iniciativa* o porque se les pida directamente de palabra o por voces de auxilio, a toda persona que esté urgida de asistencia para proteger su vida...o su tranquilidad' (C. N. de Pol., art. 32).

"*El agente de la Policía Nacional*, cualquiera que sea su especialidad, *tiene la obligación de INTERVENIR FRENTE A LOS CASOS DE POLICIA DE QUE TENGA CONOCIMIENTO* (Decreto 2347 de 1971, art. 19), *entre los cuales se cuentan la INSEGURIDAD Y EL SOBRECUPO DE LOS EDIFICIOS O CONSTRUCCIONES* PARA ESPECTACULOS PUBLICOS (art. 103 del Reglamento de Vigilancia Urbana y Rural de la Policía Nacional) *BAJO CONMINACION LEGAL DE INCURRIR EN FALTA CONTRA EL SERVICIO O FUNCION POR 'NO CUMPLIR CON EL DEBIDO CELO Y OPORTUNIDAD LAS OBLIGACIONES Y DEBERES DEL SERVICIO'* (Decreto 1853 de 1979, art. 119, literal a), *es decir, de incurrir en una falta o falla del servicio.*

"Atención especial merece el artículo 144 del CODIGO NACIONAL DE POLICIA a cuyo tenor:

"Artículo 144. *El Jefe de policía impedirá la realización de espectáculos en recinto o lugar IMPROPIO O QUE NO OFREZCA LA DEBIDA SOLIDEZ o que no cumpla con los requisitos de la higiene.*

"También podrá impedir los espectáculos que sometan a grave riesgo a los espectadores".

"...

"Pues bien:

"Si la Alcaldía Municipal de Sincelejo mediante el artículo 5º del Decreto número 153 de 1979, solicitó, o mejor, corrijo, ordenó que las autoridades de policía prestaran la *colaboración necesaria* para el buen suceso de las festividades de toros en 'corraleja' de 20 de enero de 1980.

"Si el Presidente de la Directiva de la Junta Administradora de las dichas festividades se dirigió en igual sentido al Comandante del Departamento de Policía de Sucre.

"Si la propia policía elaboró el *PLAN 001*, sobre control del orden público durante el tiempo de duración de las fiestas mencionadas, dentro del marco de referencia del Código Nacional de Policía, el Reglamento de Vigilancia Urbana y Rural, las Políticas

de la DIPON y las disposiciones de la Alcaldía, lo que obviamente la obligaba a cumplir o hacer cumplir las disposiciones contenidas en los premencionados Código, Reglamento, Disposiciones de la Dirección de la Policía Nacional y Decretos de la Alcaldía.

"Si los Inspectores especialmente designados por la Alcaldía Municipal para atender los casos de policía que se presentaran durante la celebración de las festividades de toros en la plaza Hermógenes Cumplido de Sincelejo, en enero de 1980, solicitaron mayor vigilancia policiva para controlar el acceso a los palcos y con ello el sobrecupo.

"Si el día anterior, en presencia del Comandante del Departamento de Policía que estaba en los palcos supervigilando los servicios se cayó, por dos veces, un tramo de la 'corraleja', tal y como lo muestra, repito, la película que tomó don Adolfo Durán y que obra en autos, y,

"Si el mismo 20 de enero, poco antes de la caída de los palcos varias personas imploraron ayuda y protección de los agentes que rondaban por la plaza, sin que les prestaran atención.

"Si, en fin, el servicio fue francamente insuficiente, pues no hubo la vigilancia ordenada en su propio *PLAN 001* por la misma policía, a cada uno de los palcos para controlar la entrada.

"Si tampoco se pidió la asistencia militar requerida por la Alcaldía en el artículo del Decreto 153 citado, y, en fin.

"Si a ciencia y paciencia se dejó llegar la muerte anunciada de cientos de compatriotas y correr la sangre de miles de heridos.

"Teniendo el deber de hacerlo.

"En cumplimiento no sólo de la Constitución, las leyes, los reglamentos nacionales y los locales, sino, insisto una vez más, de su propio *PLAN*.

"Y pudiendo evitarlo, como que para ello habría sido suficiente suspender las fiestas desde el 19, fecha en que la 'corraleja' amenazó ruina y terminar las fiestas de toros en la magnífica y segura plaza que tiene el Municipio, o, por lo menos, haciendo reforzar la estructura y controlando eficazmente el sobrecupo, así fuera con la ayuda de personal militar de la Base de Coveñas, como se había hecho en años anteriores, o, poco antes del derrumbe, haciéndole caso a los que pedían que hicieran bajar las personas que tenía en exceso para aligerar su peso.

"No lo hicieron.

"La relación causal entre los hechos y omisiones, imputables a la Policía Nacional, y la tragedia.

"RESULTA EVIDENTE".

III

Conducta procesal del apoderado de la Nación Policía Nacional:

El alegato presentado por éste obra a folios 360 y siguientes del cuaderno número 1. Consta de 29 páginas, en las cuales se hace la valoración jurídica de todas las circunstancias del caso, con especial cuidado, detalle y esmero. Por lo extenso del referido documento, sólo se retienen los siguientes apartes:

"Las posibles causas del derrumbamiento parcial del circo.

"1. Pueden formularse muchas especulaciones al respecto. Hay quienes afirman que la caída ocurrió por simple caso fortuito. Así lo ha fallado el Tribunal Administrativo de Sucre. Otros señalan la deficiencia de la construcción, el empleo de materiales demasiado usados en las corralejas, la falta de adecuación del piso sobre el cual se construyó parte del circo, precisamente aquella que se vino a tierra.

"Algunos alegan la falta de control que debió ejercerse sobre los constructores, la incapacidad de la persona designada para esa labor. El actor hace hincapié en el sobrecupo causado por la reventa de los palcos, pero según la opinión de un número de personas que parecen representar la mayoría, fue la convergencia de todas estas circunstancias la que produjo la catástrofe.

"2. Conviene en este punto, aclarar algo relacionado con el sobrecupo a que alude reiteradamente el actor.

"El hecho que existiera sobrecupo al momento de la catástrofe, no está demostrado en el proceso, se ha afirmado que a la hora de suceder la tragedia, podía haber entre 40.000 y 50.000 personas en el circo y que éste apenas tiene capacidad que estima el actor en un número aproximado de 10.000 personas, otros, en 15.000 personas, como el doctor Héctor Támara Vergara, Presidente de la Junta Directiva de la Junta Organizadora.

"Procede entonces preguntarse, cómo hacen 40.000 ó 50.000 personas para permanecer en un sitio donde apenas hay cabida para una tercera o cuarta parte de ellas si cada espectador —de pie, por ejemplo— necesita un espacio mínimo en sentido horizontal de un metro, por decir una cifra, cómo en dicho metro pueden caber tres o cuatro personas más? Matemáticamente tampoco es posible demostrar esta otra hipótesis del actor.

"Si hubo sobrecupo no debió ser de las proporciones escandalosas que ha querido hacer valer el demandante, todo ello con el fin específico de magnificar la incidencia del sobrecupo que

achaca gratuitamente a la Policía, cuando cualquier construcción de esta naturaleza debe estar garantizada para sostener el doble o el triple de su cupo normal.

"3. Explicada como se hizo en capítulo anterior, la responsabilidad de la Policía en el sobrecupo, al confrontarse la función propia de la Policía con cada uno de los demás factores de la tragedia, no se entiende cómo pudo vincularse a este proceso a la Nación, a través de la falla del servicio nacional de vigilancia a cargo de la Policía Nacional.

"Qué tienen que ver las funciones que la Constitución y la ley han establecido en forma concreta y específica para la Policía Nacional, con la construcción de una obra?

"Sobra decir, que la función de vigilancia de una obra puede también entenderse como una función de carácter policial, entendida esta expresión en la aceptación que le ha fijado la doctrina y la jurisprudencia; pero radicada en cabeza de una entidad de diferente orden, dentro de la organización del Estado. No en cabeza de la Policía Nacional, como audazmente se ha pretendido en este caso.

"Qué tienen que ver las funciones y atribuciones del policía, con la falta de adecuación del piso sobre el cual se construyó la corraleja, con el uso de materiales viejos para la construcción, o con la incapacidad de la persona designada para vigilar la obra, si no fue nombrada por la Policía?

"O qué injerencia tuvo la Policía Nacional en la adjudicación de los palcos, en la reventa de los mismos, en la violación del Acuerdo número 35 de noviembre 9 de 1971 del Concejo Municipal de Sincelejo, que disponía adjudicar los palcos por sorteo, y no en forma directa por los ganaderos que 'regalaban' los toros para la fiesta?

"Surge entonces la pregunta, cuál fue la necesidad de vincular en esta forma a la Nación, a través de semejantes imputaciones.

"4. Fácil es deducirlo. Obtener un fallo contra la Nación, realmente significa una garantía. Mucho más que contra cualquiera otra entidad, e infinitamente más que contra un grupo de personas particulares, prácticamente desconocidas, que son realmente los verdaderos responsables de la tragedia. Es que después de haberse culminado un esfuerzo dispendioso y prolongado, como es el de este proceso, se corre el riesgo de no poder hacer efectiva la condena.

"Es a mi juicio el propósito admirable del distinguido y brillante abogado, apoderado del actor, de apuntalar para sus representados, el pago de la justa indemnización a que tienen derecho los damnificados, la razón última de los cargos contra la Policía Nacional.

"Para utilizar el mismo vocablo empleado en memorial presentado el 28 de agosto de 1985 en este proceso, lo único que explica semejante actitud es el 'sablazo' mandado en forma directa al presupuesto nacional.

"II. Los verdaderos responsables de la tragedia.

"1. Este alegato tiene como intención principal, demostrar que no existió falla del servicio a cargo de la Policía Nacional, obviamente por un lado. Y por otro, demostrar cuál es el origen verdadero de las celebraciones, que tanta notoriedad tienen y que ocasionaron la catástrofe, abstracción hecha de su explicación socioeconómica y cultural.

"Por ello se han indicado prolija y cuidadosamente los actos administrativos del orden municipal que crearon la Junta encargada de dirigir y ejecutar las festividades enerinas; los contratos que élla celebró con diferentes particulares para atender la totalidad de las festividades, casi con especialidad, los referentes a la *construcción de los palcos, por cuenta y riesgo del arrendatario;* y finalmente, como fueron adjudicados dichos palcos, con violación directa y abierta del Acuerdo número 35 de 9 de noviembre de 1971, expedido por el Concejo Municipal de Sincelejo, que ordenaba hacerlo por sorteo, haciendo notar que la adjudicación se hizo como ordenaron los ganaderos que regalaban los toros para que se pudieran celebrar las fiestas, todo ello conforme lo cuenta en forma por demás pintoresca el propio Presidente de la Junta Directiva de la Junta Organizadora, doctor Héctor Támara Vergara (fl. 39 *in fine* anexo 2), habiendo corrido además el evento serio peligro de no celebrarse, por pretender el Concejo Municipal no tener en cuenta la voluntad de los ganaderos, que terminó por imponerse sin apelación sobre el Acuerdo número 35.

"Rastreando cuidadosamente el itinerario de este procedimiento, se encuentran sin duda alguna, los verdaderos responsables de la tragedia.

"En primer término quienes permitieron la violación del Acuerdo número 35 de 9 de noviembre de 1971, quienes lo violaron de una u otra manera; los ganaderos que 'regalaron' los toros para celebración de las fiestas, quienes en últimas impusieron su voluntad y adjudicaron los palcos; los mismos adjudicatarios, amigos o parientes de los ganaderos, cuyos contratos aparecen relacionados en el expediente, que violaron igualmente el Acuerdo al vender sus derechos a terceros; éstos terceros que los revendieron a otros; éstos otros que construyeron a marchas forzadas el circo con toda clase de deficiencias, empleando materiales demasiado usados, sin adecuar el piso sobre el cual se construyó, y los que debieron ejercer alguna función de control de la construcción.

"Empero entre tantas personas responsables, existe una categoría que merece especialísima atención. Son los últimos compradores del derecho al palco y a su explotación, porque en ellos concurren tres hechos probados en este proceso, que constituyen gravísima culpa en su contra, a saber:

"a) Adquirieron su derecho contra expresa disposición del Acuerdo número 35 de 1971 del honorable Concejo Municipal de Sincelejo;

"b) Construyeron o contrataron directamente la parte correspondiente a su palco, con las deficiencias demostradas igualmente en este proceso;

"c) Finalmente promovieron abiertamente el sobrecupo, en la forma anteriormente señalada, con el propósito de salvar su inversión y obtener una utilidad cualquiera, lo cual era perseguido por ellos como fin último de su operación, sin que interesaran los medios para concretarlo.

"III. Jurisprudencia relacionada con catástrofes de esta naturaleza.

"Bajo este enunciado no se pretende ilustrar a los honorables Consejeros sobre la jurisprudencia relacionada con tragedias de esta naturaleza, ni reproducir la escasa existente. Los honorables Consejeros la conocen a fondo.

"Se trata simplemente de hacer énfasis en que nunca antes se vinculó a la Nación en tragedias de esta naturaleza, por falla del servicio nacional de vigilancia a cargo de la Policía Nacional. Obra a los folios 18 y siguientes, anexo 1 del expediente, copia del fallo de segunda instancia del honorable Consejo de Estado —Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera— de 28 de noviembre de 1975 proferido en el proceso indemnizatorio de Voltaire Julio Bertín Banderas, Consejero ponente, doctor Alfonso Castilla Saiz.

"Permítanme honorables Consejeros, transcribir tan sólo un párrafo de este fallo:

"No es que se crea, como lo piensa el señor apoderado del Municipio en la segunda instancia, 'que la ley ha dispuesto que la Administración es responsable de toda conducta ilegal o jurídica (sic) de los particulares' y que 'de ser así la Administración debería responder (a título de responsabilidad extracontractual) de las consecuencias lesivas de vida, honra y bienes, producidas por los actos de los delincuentes o de todas aquellas personas que se coloquen al margen de la ley'. Por el contrario, bien clara fue esta Corporación cuando en sentencia de fecha 17 de noviembre de 1967, dijo: *'Sería un absurdo que se pretendiera exigir al Estado la protección individual hasta el último riesgo y hasta la más imprevisible amenaza' pues ello 'constituiría una versión del Estado Gendarme', tan peregrina como imposible; 'equivaldría a solicitar del Estado la aplicación de atributos mágicos de que indudablemente carece'*. Nunca antes pues se vinculó a la NACION en tragedias de esta naturaleza por falla del servicio nacional de vigilancia a cargo de la Policía Nacional".

IV

Concepto Fiscal:

La Fiscal Segundo de la Corporación, doctora Edné Cohen Daza, en su vista de fondo, y bajo el rubro *"consideraciones"*, destaca:

"Se demanda solidariamente a la Nación (Policía Nacional Seccional de Sincelejo, Servicio Nacional de Salud) y al Municipio de Sincelejo, por los perjuicios ocasionados a los demandantes por el derrumbe del circo portátil de toros o 'corraleja' levantado en la plaza 'Hermógenes Cumplido' de Sincelejo.

"Del texto de la demanda se infiere que la falla del servicio se hace consistir para cada una de las entidades demandadas en lo siguiente:

"1. *Policía Nacional.*

"a) Haber permitido el sobrecupo del circo;

"b) La deficiente vigilancia dentro de los palcos;

"c) No haber tomado las medidas pertinentes para evitar la catástrofe cuando se cayó el primer palco el día anterior a la tragedia.

"2. *Servicio Nacional de Salud, Seccional Sincelejo.*

"Por no intervenir para que las disposiciones del Código Sanitario Nacional se cumplieran.

"3. *Municipio de Sincelejo.*

"a) Omisión en las obras de infraestructura como nivelación, compactación, afirmación del terreno arcilloso donde se construyó el circo portátil;

"b) Cambio de sitio desde el cual se trazaba el círculo de la corraleja, que en años anteriores había sido fijado por el arquitecto Rafael Peredeo. Este cambio de sitio lo realizó la Oficina de Planeación Municipal siguiendo instrucciones de la Junta nombrada por el Alcalde para organizar las corralejas, construyendo así el circo en la parte más inadecuada;

"c) Omisión por parte de la Administración Municipal de Sincelejo (Alcaldía, Junta Organizadora de Festividades, Planeación Municipal, Desarrollo Urbano, etc.), en la vigilancia y exigencia de requisitos que deberían llenar y cumplir los adjudicatarios y constructores de palcos;

"d) La adjudicación de los terrenos para la construcción de palcos a personal sin experiencia y tradición en su construcción, como lo fueron el Alcalde, la señora del Alcalde, familiares de los ganaderos y clientelistas políticos;

"e) Permitir la reventa de los palcos que condujo a que los últimos compradores recurrieran al sobrecupo y a utilizar maderas viejas y averiada en la forma más económica y a la vez más insegura;

"f) Haber designado la Administración Municipal como Inspector de palcos a una persona carente de conocimientos de arquitectura, de ingeniería, como lo fue el señor Alfredo Urruchurto, Concejal de Sincelejo.

"Enunciadas en esta forma las fallas del servicio a nivel nacional y municipal, señaladas por la parte actora, analizaremos ahora las causas que dieron lugar al derrumbe de los palcos de la corraleja.

"De las pruebas que aparecen en el expediente puede concluirse que las causas que dieron lugar al derrumbamiento de la corraleja fueron:

"1. La madera utilizada en la construcción de los palcos, especialmente la de los pilotes de sostén, no fue lo suficientemente fuerte y gruesa. Así mismo los clavos, tornillos, amarres y otros elementos de construcción, no fueron adecuados.

"2. Deficiencia en la profundidad en las columnas de madera.

"3. Carencia de soportes de madera sobre el piso para aumentar la resistencia, como vigas de amarre inferiores que deberían ser colocadas en las dos direcciones en el sobrepiso, además deberían tener en el plano vertical unos tirantes en las dos direcciones para hacer la estructura triangular.

"4. La adjudicación de palcos a personas inexpertas en esta clase de construcciones.

"5. Falta de amarre de los palcos con tornillos y tensores diagonales para la rigidez y estabilidad de los soportes.

"6. La reventa de boletas que ocasionó un sobrecupo en las graderías.

"De lo anterior se infiere que la causa principal del derrumbamiento de los palcos, fue la deficiencia técnica en su construcción.

"Aclarado lo anterior se hace necesario analizar sobre quién recayó la responsabilidad de la construcción de los palcos.

"De conformidad con las pruebas que obran en el expediente se observa lo siguiente:

"En el año de 1971 el Concejo Municipal de Sincelejo expidió el Acuerdo número 35 mediante el cual se estableció que la adjudicación de los terrenos para palcos en la plaza Hermógenes Cumplido, se haría mediante sorteo efectuado entre los aspirantes quienes deberían cumplir con el requisito indispensable para inscribirse, de demostrar su experiencia y tradición en la construcción de palcos, mediante certificación autenticada de los ciudadanos. El artículo 5º del mismo Acuerdo prohibía la cesión de la adjudicación y se disponía que las personas interesadas en la adjudicación deberían inscribirse en la Alcaldía.

"Posteriormente en el año de 1977 se constituyó la Junta organizadora de las festividades del Dulce Nombre de Jesús de 20 de enero de 1980 o fiesta de corraleja a la cual se le concedió personería jurídica mediante la Resolución número 562 de 1977, elevándose a la categoría

de ente jurídico con representación propia y cuyas funciones principales eran la promoción del evento a niveles local y nacional, adjudicación de los terrenos para la construcción de los palcos, la celebración de los contratos de arrendamiento de palcos, búsqueda de los toros, contratación de bandas de músicos, celebración de contratos de arrendamientos de salones sociales, recaudación de fondos producidos por la construcción de los palcos, casetas, cantinas, y en general la organización de todos los actos que se celebran con ocasión de las festividades.

"En cumplimiento de sus funciones, la Junta organizadora procedió a efectuar la adjudicación de los palcos entre las personas que sus integrantes tuvieron a bien, sin tener en cuenta su experiencia o conocimiento sobre esta clase de construcciones. La misma Junta nombró como Inspector de palcos al señor Alfredo Urruchurto y celebraron los respectivos contratos de arrendamiento en los cuales se fijó un precio de $ 30.000.00 y se estipuló que los palcos serían construidos y explotados por cuenta y riesgo de los adjudicatarios.

"Lo anterior demuestra claramente que la Junta organizadora de las festividades tenía bajo su responsabilidad la vigilancia y construcción de los palcos, toda vez que fueron los responsables de la adjudicación de los terrenos, de la celebración de los contratos y del nombramiento del Inspector de palcos, cuya función obviamente era la de verificar la debida construcción, utilización de materiales adecuados y una técnica que permitiera garantizar la estabilidad y firmeza de la construcción.

"Analizada la principal causa de la tragedia, que como se dijo fue la inapropiada construcción de los palcos, veremos ahora otra causa que sin ser de la importancia de la enunciada, no por ello carece de relevancia, como lo fue el sobrecupo de los palcos.

"Las pruebas que reposan en el proceso demuestran que efectivamente en las fechas de las festividades se presentó un exceso de público en las graderías.

"Las adjudicaciones de los palcos son hechas directamente por los cinco ganaderos miembros de la Junta que prestan los toros para las lidias; los palcos se distribuyen de a 6 por cada ganadero. La mayor parte de los adjudicatarios venden su derecho a terceros y éstos los revenden a otros, haciendo subir los precios hasta $ 80.000.00 por lote, o sea que el valor inicial del contrato de $ 30.000.00 sube en más de $ 50.000.00.

"Esto hace que el último propietario tenga que vender un número excesivo de boletas con el fin de sacar utilidad. El total de los palcos es de 32 (30 de los ganaderos, 1 de la Junta organizadora y 1 del constructor de los toriles).

"Esto explica el numeroso público que al final se hace presente en los palcos teniendo todos una boleta de entrada por la cual han pagado un elevado precio.

"A quién puede señalarse la responsabilidad de este sobrecupo? Obviamente a los miembros de la Junta organizadora que son los promotores y beneficiarios del negocio y como tales deberían ser también los responsables del buen funcionamiento.

"Lo mencionado permite concluir que la máxima responsabilidad de la tragedia se debe atribuir a la Junta organizadora de las fiestas de corraleja de 20 de enero.

"Como ya se vio, en los años anteriores a 1977 la organización de los festejos estaba a cargo directamente del Municipio, según lo establecido en el Acuerdo número 035 de 1971 del Concejo Municipal; por esta razón en el citado Acuerdo se ordenaba la inscripción de las personas interesadas en la adjudicación de los palcos directamente en la Alcaldía y la adjudicación se hacía en el salón del Concejo Municipal, la cual estaba precidida por el Alcalde, Presidente del Concejo, Tesorero, Personero, Contralor y Secretario de la Junta de la fiesta.

"El artículo 7º del mismo Acuerdo establecía que la Junta de adjudicación estaría integrada por los mismos funcionarios, quienes señalaban los valores que se debían pagar por cada metro de terreno.

"Posteriormente en el año de 1977 se constituyó la organización denominada 'fiestas de corraleja de 20 de enero' de Sincelejo a la cual previo cumplimiento de los requisitos de ley, se le otorgó personería jurídica mediante la Resolución número *562 de 1977* como consta en los membretes de la papelería en la cual se firmaron los contratos de arrendamiento de los palcos.

"El otorgamiento de la personería jurídica presupone la demostración del acto de voluntad para agruparse con un fin ya sea de beneficio lucrativo o beneficio sin ánimo de lucro, de conformidad con sus estatutos. Sea cual fuere el fin, esta agrupación corresponde a las llamadas personas jurídicas de derecho privado constituidas por las llamadas corporaciones que a su vez pueden ser sociedades o asociaciones. Cualquiera que sea su naturaleza deben tener de todas maneras un patrimonio propio y especial para asegurar su subsistencia y el cumplimiento de los fines que se proponen. Se tiene entonces que si a la llamada fiesta de corraleja de 20 de enero, le fue otorgada la personería jurídica, fue porque cumplió con los requisitos mencionados, convirtiéndose así en un ente jurídico privado con patrimonio propio y capacidad para ser parte. Esta la razón por la cual a la fecha de la celebración de las fiestas en 1980, fue esta asociación la encargada de toda la organización y desarrollo de las festividades.

"Si bien es cierto que el nombramiento de las personas integrantes de la Junta se hizo para las fiestas de enero de 1980 mediante el Decreto 153 de 1979 proferido por el Alcalde Municipal, también lo es que en este mismo Decreto se dice muy claramente que los nombramientos se hacían por costumbre, pero de ninguna manera puede considerarse que el nombramiento de los integrantes de la Junta por el Alcalde, le quita el carácter de asociación privada. El hecho de que los miembros de la Junta sean nombrados por el Alcalde, no puede indicar que la Junta tenga carácter municipal. El encargo que se le dio al Alcalde en este caso, fue una de las tantas funciones honcrí-

ficas que la comunidad le solicita a la primera autoridad del Municipio y bien pudiera estar desempeñada por cualquier otra autoridad policiva, militar o religiosa.

"Lo que por costumbre —como dice el nombramiento— se hace, es precisamente porque no está consagrado en la ley, y no podría estarlo porque como ya se dijo, la organización denominada 'fiesta de corraleja de 20 de enero' es un ente privado que se formó desde el año de 1977 para manejar todo lo relacionado con esas fiestas. Sus integrantes como ya se analizó, fueron en su mayoría ganaderos de la región, personas estas a quienes realmente interesaba el evento y directamente beneficiados en la organización del negocio. La asociación, cualquiera que sean las personas que le integren, es de derecho privado en este caso, lo determinante es la naturaleza de la asociación y no la calidad de las personas que la forman y menos aún la manera de designar la Junta directiva, como en el presente caso. La asociación pues, nada tiene que ver con el Municipio, tanto es así que los beneficios y ganancias que reporta la celebración de las fiestas, no entran a engrosar las arcas municipales, sino que constituyen un negocio privado y pasan a enriquecer el patrimonio de la asociación; en pocas palabras, las fiestas de las corralejas de Sincelejo eran un lucrativo negocio para los ganaderos de la región que conformaban la Junta organizadora de las mismas.

"Se concluye que la entidad 'fiesta de corraleja de 20 de enero' cuya personería fue reconocida mediante Resolución número 562 de 1977, es una persona jurídica de derecho privado, cualquiera que sea su naturaleza específica. La única entidad oficial de carácter municipal con personería jurídica que podría existir, sería un establecimiento público.

"Establecida la responsabilidad de la Junta organizadora de las 'fiestas de corraleja de 20 de enero' se deduce que la acción indemnizatoria se ha debido dirigir contra ese ente jurídico privado, ante la jurisdicción ordinaria. Este hecho excluye la responsabilidad del Municipio que nada tuvo que ver con la realización de las festividades. Además no está demostrado que el Municipio tuviera a su cargo la vigilancia y supervisión de la mencionada asociación.

"Analizaremos ahora la conducta de la Policía Nacional, entidad demandada en el proceso y a la cual se le señala responsabilidad por lo siguiente:

"a) Falta de vigilancia;

"b) Falta de control en el sobrecupo de las graderías.

"Una de las causas que incidieron en el derrumbe de los palcos fue el exceso de público. Se analizó que la causa del sobrecupo se originó en el sistema adoptado por la Junta organizadora de las festividades para la adjudicación de los palcos, los cuales fueron inicialmente arrendados por un valor de $ 30.000.00, posteriormente los adjudicatarios los revendieron y así sucesivamente, cada vez aumentándoles el precio hasta alcanzar sumas superiores a los $ 100.000.00. Los últimos arrendatarios se [illegible]oron entonces en la ne-

cesidad de vender la mayor cantidad de boletas a la vez que invertían el mínimo de capital en la construcción de los palcos para obtener la inversión más la ganancia.

"Así pues que el origen del problema del sobrecupo radicó en la reventa indebida de los palcos, lo cual en ningún momento fue controlado por los miembros de la Junta organizadora.

"Se señala como falla del servicio de la Policía Nacional el haber permitido el sobrecupo, o sea haber permitido la entrada de numeroso público, pero resulta, de acuerdo con lo dicho, que este público hizo uso de su derecho de entrada por el hecho de tener una boleta y haber pagado por ella, de tal manera que es ilógico pensar que los agentes del orden pudieran obligar a los encargados de las porterías a no dejar entrar la gente que mostraba su boleta, o que obligara a salir a quienes estaban dentro de los palcos, ya que todos ellos estaban en su derecho por haber adquirido su tiquete de entrada.

"Por otra parte se puede afirmar que no era del resorte de la Policía Nacional la construcción de los palcos, ni la responsabilidad por la resistencia de los mismos, así que no estaban los miembros de esa entidad en capacidad de conocer la deficiente construcción y la mala condición de los materiales empleados, que en definitiva fue la causa principal del derrumbe, de tal manera que aún en la hipótesis de que no se hubiera presentado el sobrecupo, seguramente la tragedia también hubiera ocurrido debido a las fallas estructurales y a la forma inadecuada como fueron construidos los palcos. Pero aceptando la realidad del sobrecupo, se considera que éste no fue ni promovido ni ocasionado por la Policía Nacional, sino por los miembros de la Junta y otros particulares que vendieron los palcos.

"Se señala también como falla del servicio de la Policía y causante de la tragedia, la deficiente vigilancia o sea el escaso número de agentes que se dispusieron para el control y cuidado de los palcos.

"La pregunta que se ha de hacer es: ¿Si hubiera habido un mayor número de miembros de la Policía Nacional dentro de los palcos, se hubiera evitado el derrumbe? De acuerdo con lo analizado es evidente que no, porque nada tiene que ver la vigilancia y mantenimiento del orden con la pésima estructura de las graderías. Es un hecho incontrovertible que la indebida construcción de los palcos no se debió a la falta de vigilancia polical y el sobrecupo no fue propiciado tampoco por los agentes del orden.

"Sobra entonces entrar a un detallado análisis sobre la cantidad convenida de agentes, o si su número fue o no deficiente, por cuanto la vigilancia no tiene relación con las fallas técnicas y estructurales verdaderas causantes del derrumbe de las graderías.

"*Servicio Nacional de Salud.*

"La parte actora del proceso señala como falla del Servicio Nacional de Salud Seccional Sincelejo, el incumplimiento de las normas establecidas en la Ley 9ª de 1979 o Código Sanitario Nacional, cuyo objeto según lo dispone su artículo 1º es la protección del medio ambiente para lo cual establece: 'a) Las normas generales que servirán

de base a las disposiciones y reglamentaciones necesarias para preservar, restaurar y mejorar las condiciones sanitarias en lo que se relaciona con la salud humana; b) Los procedimientos y medidas que se deben adoptar para la regulación, legalización y control de los descargos de residuos y materiales que afectan o pueden afectar las condiciones sanitarias al ambiente.

" 'Parágrafo: Para los efectos de aplicación de esta ley se entenderán por condiciones sanitarias del ambiente las necesarias para asegurar el bienestar y salud humana'.

"La presente ley según su objeto contiene normas de carácter general dirigidas primordialmente a la protección del medio ambiente y la salud de las personas, por esta razón las disposiciones que se refieren a construcciones o edificaciones, se relacionan con edificaciones de carácter permanente y estable, a aquellos lugares en donde se habita o se establecen con carácter permanente negocios, oficinas, espectáculos de diversión, etc.

"La parte actora señala como violada la mencionada ley en cuanto dispone que: 'Las edificaciones deberán localizarse en terrenos que permitan el drenaje de las aguas lluvias en forma natural o mediante sistemas de desagüe'.

"Pero este artículo está comprendido dentro del título IV relacionado con el saneamiento de las edificaciones, dentro del cual en el artículo 156 se enumera la clasificación de las edificaciones con carácter de establecimiento, aclarando que cuando en ese capítulo se hace alusión al término edificación se hace referencia a los allí clasificados como tales y no a tipo de construcción provisional y transitoria como lo era el palco de las corralejas.

"Como bien lo menciona la actora, el artículo 564 de la ley en concreto dice que corresponde al Estado como regulador de la vida económica y como orientador de las condiciones de salud, dictar las disposiciones necesarias para asegurar una adecuada situación de higiene y seguridad en todas sus actividades así como vigilar su cumplimiento a través de las autoridades de salud.

"Pero es necesario interpretar la norma dentro del contexto general de ley y no en forma aislada como lo pretende el actor, toda vez que los artículos siguientes dan la pauta de interpretación de estas normas que como se dijo se refieren todas a la preservación de los establecimientos de carácter permanente y estables.

"El artículo 582 de la ley citada establece las funciones que le corresponde a los organismos del sistema de salud, cuales son:

"a) Vigilar la descarga de residuos hecha por entidades públicas o privadas;

"b) Efectuar análisis físico-químico y bacteriológico de las fuentes receptoras;

"c) Efectuar inspecciones a establecimientos, instalaciones y sistemas que produzcan o emitan residuos;

"d) Prestar la asistencia que se solicite en la elaboración de proyectos de sistemas de tratamiento;

"e) Coordinar e indicar prioridades en los planes de financiación nacional o extranjera para la construcción de sus sistemas de tratamiento;

"f) .....;

"g) Efectuar y propiciar investigaciones que tiendan a perfeccionar los métodos de control de la polución;

"h) Solicitar la colaboración de otras entidades públicas o privadas en la obtención de informaciones relativas a la polución del medio ambiente de la República y de las medidas más recomendables para su control;

"i) Estudiar y proponer a los municipios en colaboración con otros organismos competentes los requisitos mínimos para la aprobación de la instalación de establecimientos industriales y comerciales y las normas sobre descargas que deberán ser observadas en la elaboración de planes maestros urbanos y regionales.

"Como puede verse, las funciones asignadas a la entidad demandada no tienen relación con la organización de las fiestas de la corraleja y menos aún con la construcción de los palcos, construcción esta que solamente es levantada por el corto tiempo que duran las festividades y que no tiene que cumplir con las exigencias propias de una construcción o edificación a que se refiere la norma.

"Por lo tanto se considera que la entidad Ministerio de Salud Pública, no incurrió en falla del servicio y por lo tanto deberá ser exonerada.

"Conclusiones:

"Por las anteriores consideraciones, esta Agencia del Ministerio Público solicita a la honorable Sala, exonerar de responsabilidad administrativa a todos los entes demandados y en consecuencias negar las súplicas de la demanda".

V

Consideraciones de la Sala:

A) *LAS FALLAS DEL SERVICIO.*

LA RESPONSABILIDAD DE LOS CENTROS DE IMPUTACION JURIDICA DEMANDADOS.

La valoración jurídica, fáctica y probatoria de las circunstancias particulares del caso, que estructuran la falla del servicio, fueron hechas ya por la Sala, en sentencia de veinticinco (25) de abril de mil novecientos ochenta y ocho (1988) Expediente 3882. Actor Jaime Arturo Bertel Martínez y otros, Consejero ponente, doctor Carlos Betancur Jaramillo. A ella se remite ahora la Sala, manejando la con-

troversia con la misma perspectiva que habría utilizado si, en su momento, hubiese ordenado la acumulación de todos los procesos. En el referido proveído se dijo:

"Siguiendo un orden lógico, en primer lugar se determinarán las causas de la tragedia, para luego entrar a establecer responsabilidades, ya que por ser un hecho notorio lo acontecido el 20 de enero de 1980 en la ciudad de Sincelejo, no necesitaba ser probado. Finalmente se indicarán los damnificados y su correspondiente indemnización.

"I. CAUSAS:

"El domingo 20 de enero de 1980 alrededor de las cuatro de la tarde, ocho de los palcos del circo portátil de toros construido en la plaza 'Hermógenes Cumplido' de la ciudad de Sincelejo para la realización del espectáculo denominado 'corraleja', como parte del programa de celebración de las fiestas llamadas del 'Dulce Nombre de Jesús', se derrumbaron causando un número, aún hoy indeterminado, de muertos y heridos.

"La tragedia obviamente causó conmoción nacional e internacional por las circunstancias especiales que la rodearon.

"Sobre las causas de ella se pueden adelantar distintas hipótesis, pero la Sala se limitará a las pruebas que aparecen en el expediente, para establecer los orígenes del insuceso.

"Las fiestas de la corraleja en la ciudad de Sincelejo son apenas unas de tantas del mismo tipo, que se celebran en la Costa Atlántica y en algunos otros lugares del país.

"A nuestro país llegó esta forma de diversión a través de los españoles y se arraigó en todas las regiones, en especial en la costa norte, con la modalidad del toreo rústico. Para el caso de Sincelejo, la fiesta tiene su origen legal remoto en la Ley 13 de 1875, expedida por la Asamblea Legislativa del Estado Soberano de Bolívar; ley que le dio el carácter de feria y de mercado a ese día 20 de enero en dicha ciudad.

"Según declaración del señor Arturo Cumplido Sierra (fl. 36, anexo número 2) en la época actual las fiestas de la corraleja se iniciaron en Sincelejo entre los años 55 y 58 en la plaza Majagual y posteriormente se trasladaron a la plaza 'Hermógenes Cumplido', la que no satisfacía las exigencias técnicas para el efecto.

"Así, de acuerdo con el informe rendido por el ingeniero Héctor Vergara Arrazola al señor Alcalde de Sincelejo, el 6 de febrero de 1980 (fls. 1 a 4, anexo 1). 'El terreno en el cual se levantaba la corraleja anualmente es arcilloso, presenta un desnivel bastante pronunciado (1.5% aproximadamente). Anualmente la sección de Obras Públicas envía una motoniveladora, con el fin de emparejar el terreno (surcado por las aguas del invierno anterior), colocando abajo, el material que desprende la parte de arriba (con el fin de disminuir la pendiente), no ha sido costumbre compactarlo'.

"Durante el resto del año, según testimonios de varias personas la plaza 'Hermógenes Cumplido' era un botadero de basura de los habitantes del lugar.

"En el informe rendido en 25 de enero de 1980 por la comisión nombrada por el señor Ministro de Gobierno, se sostiene sobre los orígenes de la tragedia: 'La plaza «Hermógenes Cumplido», sitio donde se construye tradicionalmente la «corraleja», presenta una apreciable pendiente, de tal manera que los tendidos del lado sur de la plaza (los caídos) se hallan más bajos de los del lado norte. Esta situación, unida al hecho de que varios días con anterioridad a la construcción, una maquinaria contratada por el municipio estuvo nivelando la plaza, con el objeto de disminuir el desnivel, rellenó la parte sur con tierra movida del costado norte, de tal manera que el sitio donde se construyeron los palcos accidentados estaba nivelado con tierra floja no compactada suficientemente. Esto vino a ser agravado notablemente por la torrencial lluvia que cayó el día del siniestro, dado que el agua corría sobre la plaza de norte a sur, depositándose en la parte más baja'.

"Estos aspectos mencionados, a juicio de la comisión inciden notablemente como causas del desastre.

"3. Consideramos que la madera utilizada en la construcción de los palcos especialmente la de los pilotes de sostén, no fue lo suficientemente gruesa y fuerte. Así mismo los clavos, tornillos amarres y otros elementos de construcción no fueron los adecuados.

"4. Creemos que sí hubo sobrecupo en los palcos, la afluencia de público a los tendidos no fue controlada debidamente por las autoridades competentes.

"5. Otro aspecto que debe ser tenido en cuenta es la imprevisión de las autoridades, ya que además de los puntos anteriormente mencionados, el día 19 de enero una parte de la 'corraleja' en sí, no de los palcos, se cayó en una extensión aproximada de 22 metros" (fls. 33 y 34 anexo 1).

"Los conceptos rendidos por esta comisión oficial merecen todo crédito a la Sala, en primer lugar por la calidad de sus miembros, funcionarios adscritos al Ministerio de Gobierno, y en segundo lugar por la forma desapasionada y serena como afrontan el problema.

"No le queda duda entonces a esta Sala que las causas inmediatas del derrumbamiento de los palcos fueron:

"1. La mala calidad y adecuación de los terrenos donde se construyeron los palcos.

"2. La mala calidad de los materialese y la falta de técnica con que se construyó todo el circo portátil.

"3. El sobrecupo que se presentó en los palcos el día de la tragedia.

"Esta deducción, además del informe de la comisión oficial, tiene un profundo sustento probatorio en numerosas piezas que obran en el expediente y de las cuales a continuación se citan algunas. Así:

"a) En el dictamen pericial rendido ante el Juez Séptimo de Instrucción, dentro de la investigación penal que se adelantó con motivo de la tragedia, los expertos conceptuaron:

"De acuerdo a las observaciones que los suscritos efectuaremos (sic) antes de que fueran desarmados los palcos, y que hicimos con afán puramente profesional, podemos constatar que las estructuras de los palcos tenían protuberantes fallas de diseño y construcción y que pasamos a enumerar:

"Cimiento: La estructura estaba apoyada sobre 18 columnas, cada una de las cuales estaba cargada así: Las del eje central con área aferente de $6m^2$/piso.

"Ahora bien, suponiendo el palco cargado, era su capacidad permisible, la carga viva sería, asumiendo 50 kilogramos por persona de 15.000 kilogramos = 15 toneladas y la carga muerta de 4 toneladas aproximadamente, para un total de 19.000 kilogramos.

"Según esto, cada columna absolvería la siguiente carga:

$$\text{"Centrales: } 6.00 \times \frac{19.000}{90} = 1.266.7 \text{ kilogramos.}$$

$$\text{"Laterales: } 3.00 \times \frac{19.000}{90} = 633.3 \text{ kilogramos.}$$

"90 metros cuadrados son la superficie de los tres niveles de palcos:

"La presión ejercida por estos postes al suelo serían, teniendo en cuenta su diámetro:

$$\text{"A} = \frac{(1\ 4)^2 \times \pi}{4} = 153.93 \text{ centímeros.}$$

$$\text{"P} = \frac{1.266.7}{153.93} = 8.229 \text{ kgs./cms. (para centrales)}$$

$$\text{"P} = \frac{633.3}{153.93} = 4.114 \text{ kg./cms. (para laterales)}$$

"Vemos que las cargas a que estaba sometido el suelo, es excesiva (sic); las arcillas alcanzan con mucho una resistencia de 2 m./cms.^{2} a profundidades de más de 5 metros y estando bien seco. Es esto pues, una falla protuberante.

"Descartamos la posibilidad de que estos postes trabajen como pilotes por fricción por cuanto el sistema de hincada no es por percusión, sino que consiste en abrir un hueco circular de mayor decímetro que el poste, colocar éste y luego rellenar el hueco con el material excavado, sin hacerle ninguna clase de compactación, quedando este material con muy poca cohesión.

"Entrepisos: Estos descansaban sobre tres vigas principales o largueros y eran de carreto de 4' × 4', estaban sujetos al poste con un clavo o puntilla; debajo del larguero a manera de soporte había un pedazo de madera de 2' × 5' por 1 metro aproximadamente y clavado al poste principal con 3 ó 4 puntillas. Esto es también una falla pro-

tuberante ya que los largueros debieron sujetarse con pernos y con sus respectivas tuercas y el soporte no debió tener 1' de espesor sino 4' como mínimo y debió igualmente sujetarse al poste principal con pernos y sus respectivas tuercas".

"La estructura de estos palcos era muy esbelta, es decir la sección transversal era muy pequeña con relación a la altura; esta situación permitía que la estructura tuviera movimientos provocados por diferentes causas: Ahora bien, en la construcción de los palcos, omitieron colocar las piezas diagonales o riostras que le iban a dar la rigidez necesaria para obviar la esbeltez y en consecuencia evitar los movimientos (En algunos ponían estas riostras en número de 2 a 3, que no eran suficientes). El movimiento de los palcos también se facilitaba por la compactación inadecuada del terreno alrededor de los postes.

"Habida cuenta de las consideraciones podemos concluir:

"El palco sufrió movimiento en el sentido radial, provocado posiblemente por un asentamiento diferencial de la línea exterior de los postes, causado por la carga excesiva al colocarse hacia atrás todos los espectadores (hemos visto que el terreno no resistía); también este movimiento pudo haber sido provocado por el fuerte viento que había en ese momento, agregado a la razón anterior. Todo esto con la carga normal, pero se ha demostrado que había sobrecupo, lo que ponía todavía más en situación desventajosa la estabilidad de las estructuras. Al moverse la estructura hacia atrás, la línea de gravedad de ella salió del polígono de sustentación y en ese instante se produjo la caída del primer palco, y con él los adyacentes".

"Consideramos que si hubieran existido los elementos diagonales en el número adecuado, los movimientos causados por el hundimiento, por desplazamiento de los espectadores, y por el viento, se hubieran evitado y en consecuencia el derrumbamiento de los palcos también se hubiera evitado" (fls. 89 y 90 anexo número 1).

"Este dictamen, por sí solo, no sería prueba suficiente sobre los hechos ya que fue practicado en un proceso penal en el que no intervinieron las partes involucradas en el presente. Con todo, se toma como un indicio que al coincidir con otras pruebas refuerza la certeza requerida para fallar.

"b) El señor Armando Barreto Ríos, conductor de oficio y quien manifestó haber presenciado muchas festividades, depuso ante el Magistrado comisionado, en relación con los hechos, lo siguiente: 'Bueno yo he presenciado muchas fiestas de 20 de enero y me ha tocado trabajar en cantinas, en puestos de fritanga; desde muchos días antes de comenzar las fiestas de 1980 de la tragedia me tocó trabajar con el señor Santander Peña en una cantina. Llegamos por ahí como el diez de enero a construir la caseta y el doce comenzaron a llegar las catapillas (sic) o sean las máquinas para remover la tierra para la construcción de la corraleja. Comenzaron a construir los palcos por ahí como el 14 de enero y ahí no se veía mejor dicho sino puros trabajadores solos haciendo las construcciones y a ninguno que los dirigiera no como antes cuando era presidente de las fiestas el señor Arturo Cumplido que se veía cada ratico por la plaza inspeccionando

la construcción, como iban quedando las corralejas, procurando que los palcos quedaran buenos pero en el año 1980 no se vio ninguno por ahí que fuera de la Junta ni inspectores ni nadie. Se lo dejaron a gente irresponsable que no sabía nada de palcos. El señor Santander los llamaba y les decía que estaba quedando malo porque no tenía ninguna seguridad, porque no tenían vientos, escoras y que todo lo que le ponen a un palco por lo que yo me daba cuenta anteriormente ellos no le paraban bolas al señor Santander, se le calentaban incluso, se ponían a trabajar de noche tomando ron, emparejando clavos que estaban retorcidos para meterlos a las maderas viejas que tenía ahí. Todavía el 18 de enero estaban poniéndole clavos y amarrando con bejucos no sabiendo que las fiestas de 20 de enero cada año que pasaba cogían más realce y venía más gente aquí a Sincelejo y tenía que hacer las cosas mejores. El 19 de enero o sea el primer día de toros se cayó un tramo de la corraleja que eso nunca había pasado en las fiestas del 20, se caían las corralejas por ahí el 23 o el 24 porque ya estaban cansadas pero nunca el mismo día de toros, qué decir el día de iniciación que nunca había ocurrido eso sino primera vez, los palcos quedaron ladeados hacia adelante; como presidente de la Junta hubiera mandado parar las fiestas y revistar los palcos para ver cómo estaban pero no, los dejaron así...' (fl. 37 anexo 2).

"La sencillez, espontaneidad y claridad del anterior testimonio, no deja dudas en el pensamiento de la Sala sobre su veracidad y reafirma su convencimiento sobre las causas del insuceso. No sobra agregar, que la mayoría de las declaraciones que obran en el anexo número 2, coinciden en los hechos fundamentales con la del señor Barreto Ríos y a esto hay que agregar su concordancia con los experticios que aparecen en el expediente.

"II. RESPONSABLES.

"1. *El Municipio de Sincelejo.*

"Se ha argumentado por parte de la señora representante del Ministerio Público, que a Sincelejo no le cabe ninguna responsabilidad por la tragedia ocurrida el 20 de enero de 1980 en la plaza 'Hermógenes Cumplido' de la mencionada ciudad, por cuanto la construcción de los palcos recayó en manos de los adjudicatarios y éstos a su vez fueron seleccionados por la Junta organizadora de las festividades del Dulce Nombre de Jesús, persona jurídica autónoma y diferente a la entidad demandada.

"Se aparta la Sala de la opinión de su colaboradora Fiscal, porque de acuerdo con las pruebas que obran en debida forma dentro del expediente, se presenta en el *sub lite* un típico caso de responsabilidad por falla en el servicio, concretamente por omisiones en la prestación del mismo, imputable al Municipio de Sincelejo, en concurrencia con la Nación.

"En primer lugar, competíale al Alcalde la designación de los miembros de la Junta organizadora de las festividades del Dulce Nombre de Jesús; persona jurídica a cuyo cargo corría la organización de los festejos; la que además tenía entre sus funciones la de adjudicar

la construcción y posterior explotación económica de los palcos. Esta afirmación tiene el respaldo probatorio que le ofrecen los Decretos 133, 135, 211 y 214 todos de 1979, proferidos por la Alcaldía de Sincelejo y mediante los cuales se designaba a las personas que conformarían la citada Junta organizadora (fls. 3 a 7 anexo número 3).

"Además de lo anterior las personas llamadas a formar parte de la Junta tomaban posesión ante el Alcalde, tal como lo demuestran las actas que obran a folios 9 a 30 del anexo número 3; hecho que le daba a las fiestas y especialmente a la Junta, un marcado carácter oficial.

"Teniendo en cuenta lo visto, la Administración Municipal tenía una injerencia directa en todo el proceso de la fiesta: Desde su organización y promoción hasta su culminación. A pesar de ello la ausencia de las autoridades municipales en el control de las festividades fue notorio, vacío que se vio reflejado en la deficiente construcción de los palcos cuyo derrumbamiento fue la causa inmediata de la tragedia.

"Son innumerables las piezas probatorias que sirven de fundamento al aserto precedente. Bastará citar a continuación algunas de ellas.

"La comisión nombrada por el Ministerio de Gobierno, en informe que obra al folio 35 del anexo número 1, concluye 'que sí hubo imprevisión por parte de las autoridades en lo que respecta a la construcción y control del público en la corraleja'.

"El señor Héctor Támara Vergara, presidente de la Junta Directiva de la Junta organizadora de las fiestas para la época de los hechos, al ser interrogado sobre si conocía el Acuerdo número 35 de 1971 y el Decreto número 107 de 1973, expedido por el Concejo Municipal y el Alcalde de Sincelejo, respectivamente, que contenía la reglamentación de algunos aspectos de la celebración, contestó: 'Yo sí conocía la existencia de esos reglamentos y creo que los conocía mucha gente pero cuando se presentó o salió ese Acuerdo del Concejo los señores donantes de los toros lo rechazaron enfáticamente alegando que por ellos era que se realizaba la fiesta y que ellos exigían el derecho a adjudicar los terrenos de la corraleja a las personas escogidas por ellos inclusive la continuidad de la fiesta estuvo en peligro en esas ocasiones, debido a que los señores ganaderos se opusieron a la repartición de los terrenos de la corraleja por parte del Concejo. En vista de estas circunstancias se continuó adjudicando esos terrenos en la misma forma que se venía haciendo desde hace muchos años. Los señores dueños de los toros reparten a cinco amigos de ellos los terrenos que les corresponde y en esta misma forma se hizo en 1980. Los señores ganaderos alegaban que las fiestas se hacían por el esfuerzo que ellos prestaban donando un día de toros y que ellos exigían contraprestación de dejarlos elegir libremente a las personas que se le adjudicaran los terrenos de la corraleja. Es conveniente aclarar que los señores ganaderos por este servicio que le hacían a algunos suyos no percibían un solo centavo solamente lo hacían con el propósito de favorecer a personas de una capacidad económica pobre y a amigos.

También es bueno aclarar que esos decretos y acuerdo nunca lo aplicaron en Sincelejo por las razones poderosas que he anotado' (fls. 40 y 40 vto., anexo número 2).

"Queda la Sala perpleja por la forma olímpica como una persona con investidura oficial ignora el cumplimiento de la ley, pues no hay que olvidar que el señor Támara Vergara, fue nombrado como integrante de la Junta organizadora de las fiestas por decreto de la Alcaldía (fl. 3, anexo número 3) y tomó posesión ante el mismo burgomaestre, jurando 'desempeñar bien y fielmente los deberes de su cargo' (fl. 27, anexo número 3). Pero más que lo anterior sorprende la carencia absoluta de control por parte de la Administración Municipal, a las actuaciones de una Junta designada por el mismo Alcalde que se estaba dejando presionar de esa manera. Con relación a este punto considera necesario la Sala hacer a continuación algunas anotaciones sobre la forma desordenada y clientelista como se manejaron las fiestas por parte de las autoridades seccionales.

"Dan a entender las pruebas, de conformidad con el Acuerdo 035 de 1971 y el Decreto 107 de 1973, que era al Concejo Municipal de Sincelejo a quien correspondía la adjudicación de los palcos de la corraleja. Sin embargo ello no se hacía así porque éstos eran otorgados por la Junta organizadora con un criterio de compadrazgo, sin tener en cuenta las aptitudes ni conocimientos técnicos de las personas favorecidas con la adjudicación. En este procedimiento, lo común y ordinario era el tráfico de influencias, donde participaban, contra todo mandamiento legal, las autoridades locales con su Alcalde a la cabeza. Extremo este que se demuestra con los mal llamados comprobantes de ingreso de folios 31, 34, 35, 51, 52 y 61 del anexo número 3, que no eran otra cosa que las actas de adjudicación de los espacios para la construcción de palcos, y en los que consta en manuscrito el nombre del señor Reyes Montes apadrinando a algunos beneficiarios. Cómo se puede negar ahora que la Alcaldía de Sincelejo no estaba directamente involucrada en la organización de los festejos?

"Como si lo anterior fuera poco, no fueron los primeros adjudicatarios los que construyeron los palcos, sino que éstos negociaron el derecho con otros y éstos a su vez con otros, formándose una irregular cadena de tal magnitud que la persona que realmente explotó económicamente la concesión llegó en algunos casos a ser el quinto o, sexto eslabón. Esta anormal situación provocó que los últimos dueños del derecho de explotación de los palcos permitieran la entrada de personal a ellos en número considerablemente superior al que permitía la estructura de las mismas, lo que obviamente fue una de las causas de su derrumbamiento.

"La anterior conclusión se fundamenta, entre otras, en la declaración del señor Rafael Ramón Camargo, por muchos años constructor de palcos y secretario de la Junta, quien textualmente afirma: 'Pienso yo que debo tener alguna autoridad para hablar sobre esta grandiosa tragedia que padecimos el 20 de enero del año en referencia porque en años anteriores primero fui constructor de palcos y años después durante diez años distintos fui secretario de la Junta de festividades y director del programa de los festejos enerinos. Me atrevo a afirmar con conocimiento de causas que la espantosa tragedia que

le tocó padecer a muchas gentes del pueblo se debió en gran parte a la imprevisión, a la violación de normas legales y establecidas por los organizadores de las festividades en épocas anteriores. Como primer detalle quiero hacer referencia a que en esta oportunidad los festejos enerinos se politizaron de una manera absurda, ya que para proveer los puestos o adjudicación de derechos a construcción de palcos se hizo un acto totalmente en desacuerdo a la forma de como se venía adjudicando dichos derechos. Fue así como se desecharon las peticiones a verdaderos carpinteros que tradicionalmente y por experiencia se tenían en cuenta para que fuesen ellos los que construyeran dicho palco. Recuerdo que se les negó el derecho inicial para construir palcos a los hermanos Oviedo, al señor Olave, al Mono Nine, al Cojo Carmelo, a Domingo Manchego y a tantos otros que sólo pudieron conseguir la forma para poder construir sus palcos comprándoles en reventa en una y dos ocasiones y hasta tres a quienes le había sido adjudicado el derecho por complacencias políticas. Recuerdo bien que en los años en que fui secretario de la Junta, la Junta que es oficial ya que son nombrados por un decreto de la Alcaldía, se nombraba una comisión de expertos carpinteros e ingenieros para que hicieran una revisión con 24 horas de anticipación a la solidez, perfección de construcción de dichos palcos. En este año de la tragedia precisamente porque se les habían adjudicado los palcos a las personas que no tenían ningún conocimiento ni experiencias para la construcción de dichos palcos no se les revisó la construcción de esos andamiajes de madera. En épocas anteriores los que construíamos palcos nos esforzábamos por comprar maderas nuevas de la mejor calidad y todo lo que utilizábamos como clavos y alambre eran totalmente nuevos y una vez terminadas las fiestas esas maderas las vendíamos a un menor precio y en esta ocasión de la tragedia las maderas que se utilizaron, los clavos y los alambres son los mismos que se han utilizado en más de cincuenta corralejas de toda la costa lo que indica que eran maderas y clavos deteriorados que de haber existido una Junta oficial responsable no los hubiera permitido. En el Concejo de Sincelejo se aprobó un acuerdo en el que se establece que para adjudicación de puestos para la construcción de palcos se debían escoger con preferencia a los palqueros que tradicionalmente y por su experiencia lo venían haciendo en años anteriores, esta norma fue totalmente desconocida precisamente porque la Junta oficial nombrada por el señor Alcalde no pensaron en el desarrollo de las fiestas sino en las complacencias políticas para la entrega de dichos puestos. Conozco algunas personas como Eduardo Chaid, el Gringo Pérez y los sobrinos y sobrinas de Don Pedro Juan Tulena, la suegra de Salim Guerra Tulena que jamás y nunca habían hecho palcos y sin embargo les fueron adjudicados puestos para que más tarde los revendieran...' (a fl. 23 del anexo 3).

"Se pregunta la Sala, dónde estaban las autoridades municipales mientras todo esto sucedía?

"Según todas las pruebas era un secreto a voces la forma irregular como se adjudicaron y construyeron los palcos. Sin embargo el señor Alcalde municipal, como primera autoridad policiva del lugar, no hizo nada para impedir tan anómala situación y, muy por el contrario, según lo demuestran las probanzas, cohonestó toda la serie de

actuaciones que rayaron en el dolo, de la Junta organizadora. Claro está que no sólo al señor burgomaestre de Sincelejo se le puede imputar responsabilidad en la tragedia. También le cabe responsabilidad a otras autoridades departamentales y nacionales, y especialmente a los políticos de la región, algunos emparentados con el Gobernador de Sucre por la época de los acontecimientos, quienes capitalizaron los festejos para satisfacer a su clientela y obtener de pasada un ingreso monetario extra. Es muy diciente el hecho de que el palco de la presidencia donde se encontraban las autoridades civiles, políticas y miliartes y los directivos de los festejos, no sufrió ninguna avería. Este, según consta en autos, fue construido con el mayor cuidado, teniendo en cuenta las normas de seguridad vigentes. Por el contrario, los palcos que se desplomaron fueron aquellos en donde se encontraba el pueblo raso y por ese motivo el mayor porcentaje de muertos estaba conformado por chanceros, picoleros, vendedores de cigarrillos, meseros, mandaderos, vendedores de fritanga, músicos de cafetín, agricultores, celadores, cargadores, emboladores, voceadores, zapateros, culebreros, ilusionistas, etc., etc.; es decir, aquel sector de la población que nada tiene y al que siempre o casi siempre le corresponde la tragedia.

"Pero no se puede tampoco afirmar que la catástrofe fue un hecho aislado. Esta se venía gestando de tiempo atrás con la abierta complacencia de las autoridades municipales. La Administración del Municipio nunca se preocupó por la seguridad de las personas que asistían a la corraleja, hasta el punto que la única reglamentación que existía sólo se ocupaba de la adjudicación de los lotes donde debían ser construidos los palcos. En certificación que obra al folio 92 del anexo número 1, la Directora de Planeación Municipal de Sincelejo afirma: 'No existía en la fecha del derrumbe de los palcos reglamentación especial para la construcción de las corralejas; posteriormente la Asamblea Departamental los reglamentos (sic) mediante la Ordenanza número 06 de fecha noviembre 29 de 1980'.

"Simplemente la oficina colaboraba a través de la División de Desarrollo Urbano y su equipo técnico por solicitud de la Junta de las festividades de 20 de enero, que adjuntamos, para el trazado y la distribución de los palcos como también para la ubicación y zonificación de los negocios establecidos en los alrededores de la plaza 'Hermógenes Cumplido'. No existe por escrito estudio de suelos, régimen de lluvias y vientos como tampoco existe nada escrito sobre instrucciones y recomendaciones sobre desagües, drenajes, número y altura de las palcos, puestas de acceso y evacuación, dimensiones de las puertas, etc. Estas instrucciones se deban verbal a los distintos maestros de obras que tradicionalmente estaban encargados de la construcción de los palcos".

"El control a los palcos y ubicación de los negocios se hacía a diario, por los inspectores de obras de esta oficina, pero no hay actas escritas que consten esas visitas".

"Como se ve la negligencia de la Administración Municipal fue absoluta. Sus miembros sólo se preocuparon de las componendas que favorecieran a sus parciales y debiendo actuar para vigilar estricta-

mente una actividad que, estaba comprobado, era de gran riesgo para la comunidad, no lo hicieron así, lo que configura un típico caso de responsabilidad por falla del servicio.

"No se podrá argumentar por parte de las autoridades municipales de Sincelejo, que por ser la programación y desarrollo de las festividades una actividad particular, no tenían porqué estar enteradas de lo que estaba sucediendo. En primer lugar, ya quedó plenamente demostrado que las celebraciones tenían un carácter oficial, no sólo por su origen, sino por la forma como eran escogidas las directivas y sus organizadores. En segundo lugar, hay constancia en el expediente que la festividad era publicitada por todos los medios de comunicación, no sólo a nivel local sino también a nivel nacional. Por último, aunque la actividad de las fiestas hubiera sido exclusivamente privada, era obligación de la administración local tener conocimiento de su celebración; porque ella comprometía directamente el orden público de la ciudad; y por lo tanto, las autoridades municipales debieron estar preparadas para evitar un insuceso que, como ya se dijo, hacía mucho tiempo se venía gestando.

"2. *La Nación.*

"Tal como lo determinó la demanda, la Nación se vinculó al proceso a través de la notificación que se hizo del libelo al Ministerio de Defensa y a la Policía Nacional. Sin embargo encuentra la Sala, que no sólo es responsable el organismo citado, sino que también están involucradas la casi totalidad de las autoridades del orden nacional, tal como se demostrará más adelante. Por tanto, como la imputación recae sobre la totalidad del ente abstracto denominado Nación, se considera que con la citación de uno solo de los organismos que la representan, es suficiente para establecer en debida forma la relación procesal.

"Se ha sostenido tanto por el Ministerio Público como por el mandatario judicial de la Policía Nacional, que este organismo no es responsable porque no era su obligación controlar ni la construcción de palcos, ni el sobrecupo. El argumento es débil para tratar de eludir un compromiso constitucional y legal. De ser ello cierto se pregunta la Sala: Entonces, cuál es la función de la Policía Nacional? Cuál la del Ministerio de Gobierno? Cuál la del Ministerio de Salud? Cuál la del Ministerio de Defensa? Por qué la fuerza pública en el caso de las corralejas ignoró los hechos que eran del dominio público?

"El artículo 16 de la Constitución establece la condición *sine qua non* de existencia de las autoridades de la República: La protección de las vidas, honra y bienes de los residentes en Colombia. El artículo 20 *ibídem,* obliga a los funcionarios a actuar en todos los casos que requieren la presencia del Estado y establece la responsabilidad por la falta de actividad. A su vez el numeral 7º del artículo 120 de la carta dispone que sea el Presidente de la República el supremo guardián del orden público en sus facetas de seguridad, tranquilidad, salubridad y moralidad. Por lo que lógicamente el control de unas festividades que involucran dichas facetas debían ser objeto de la vigilancia del Gobierno central y mucho más cuando celebraciones similares se efectuaban en gran parte del territorio nacional. Sin

embargo no consta en autos que la actuación del Gobierno fuera preventiva. Su manifestación sólo se produjo cuando ya había ocurrido la catástrofe, ordenando la reglamentación de las fiestas de corraleja.

"La descrita falla en el servicio por omisión, bastaría para condenar a la Nación, pero para abundar en razones se detallarán algunas conductas específicas de otros funcionarios y organismos del orden nacional.

"El artículo 2º del Decreto 2347 de 1971, estatuto orgánico de la Policía Nacional vigente para la época, establece la finalidad de la función del mencionado cuerpo armado, así: 'La Policía Nacional está instituida para proteger la vida, honra y bienes de todas las personas residentes en Colombia, prestar el auxilio que requiere la ejecución de las leyes y las providencias judiciales y administrativas, cooperar en la investigación de delitos y contravenciones, cumplir una labor educativa en beneficio social y, en general, conservar el orden público interno en sus aspectos de seguridad, tranquilidad, salubridad y moralidad públicas, con los medios y límites estatuidos en la Constitución, las leyes, los tratados internacionales, los reglamentos de policía y los principios universales del derecho'.

"El artículo 19 *ibídem*, otorgaba competencia a los miembros de la policía, para intervenir obligatoriamente en los casos de que tuvieran conocimiento.

"El artículo 28 del mencionado estatuto establecía un orden de prioridades en cuanto a las funciones de la policía, colocando su actividad preventiva por encima de la represiva y además, dándole facultad para reprimir las alteraciones del orden público.

"La función de prevención de la policía obliga a pensar que los funcionarios que menciona el artículo 29 del Decreto 1355 de 1970, tenían que ser forzosamente los integrantes del cuerpo armado y no los depositarios del poder o facultad de policía, que evidentemente son funcionarios civiles como el Presidente, el Gobernador y el Alcalde. Es por esto que la Sala infiere que la policía uniformada sí podía actuar por iniciativa propia, cuando se tratara de alguna de las situaciones previstas en los literales a) a g) del citado artículo; para el caso cuando se refería a 'proteger a las personas contra peligros inminentes y graves'.

"Está probado en el expediente que el señor comandante de la Policía de Sucre, participó activamente en todo el desarrollo social de las festividades y que inclusive se encontraba presente el día de los hechos en el palco presidencial de la corraleja. Entre otros testimonios que dan cuenta de tal hecho se encuentra el del señor Héctor Támara Vergara, Presidente de la celebración, quien afirmó: 'Después de haber estado en la fiesta que brindaba Don Pedro Juan Tulena el dueño de los toros de ese día me trasladé al palco de la Junta Directiva a eso de las dos y media p.m. más o menos en compañía del dueño de los toros Don Pedro Juan Tulena, del señor Gobernador doctor Hermes Darío Pérez, del comandante de la policía y de otros amigos. A mi lado se sentó Salim Guerra Tulena y Don Eustorgio

Alcocer Navas y enseguida estaba el coronel de la policía y como personajes que recuerdo ahora estaban el Gobernador de Córdoba todo era fiesta, alegría y trago...' (fls. 38 vto. y 39, anexo número 2).

"El señor Celedonio Silva Corviz, designado inspector auxiliar de policía para las festividades de 20 de enero de 1980, depuso al interrogársele sobre si se le había solicitado ayuda a la policía, lo siguiente: 'El día 20 en la mañana al llegar al turno que me correspondía sostuve una charla de amigo con el titular señor Ramírez Castelar y sabiendo de su experiencia igual a la que yo poseo como funcionario público me permití transmitirle lo que el día anterior pude observar como ciudadano común asistente al área de la corraleja y le hice notar en lo que él estuvo de acuerdo que se observaba algunos carabineros en cabalgaduras pero ningún agente de control individual en los diferentes palcos tal vez esta observación motivó al señor Ramírez Castelar para solicitarme que utilizara la máquina de escribir pues él quería oficiar al Comando del Distrito de la Policía Nacional haciéndoles ver esa falla y pidiéndoles la efectividad de esos servicios de agentes de control a la entrada de los palcos. Redactado el oficio y debidamente firmado por el señor Inspector titular Ramírez Castelar me pidió el favor que yo personalmente lo entregara en la guardia del Comando de la Policía Nacional y aun cuando mis deseos era el de entregarlo directamente al oficial del Distrito un número de la guardia me dijo que podría entregarlo allí que ellos lo harían llegar en su oportunidad. Debo subrayar que al agente que me recibió el oficio le pedí que me impusiera un sello en el sobre y melo devolviera pero como el sobre iba engrapado me rechazó la solicitud y me dijo que él no podía abrir ese sobre por cuanto iba remitido al Comando del Distrito y él no se atrevía a violar esa correspondencia. Sin embargo ello debía aceptarlo pensando y sabiendo que copia de este oficio debía haber quedado en los archivos de correspondencia de esa Inspección de Policía' (al fl. 30 vto., anexo 2).

"Comparando las normas que daban competencia a la Policía Nacional para intervenir en casos de peligro inminente para la población con los hechos aquí narrados, se llega a la conclusión de que la actuación del mencionado cuerpo armado fue negligente, o por lo menos no lo suficientemente acuciosa para evitar la catástrofe, que a todas luces se hubiese podido prevenir.

"El comandante de la Policía, según consta en autos, se limitó a divertirse con las jerarquías políticas y administrativas del Departamento, sin importarle el peligro que corrían las personas que participaban en la corrida. Sus servicios de información debieron haberle comunicado la forma deficiente como se construyó la corraleja. También debieron informarle que el día anterior se había derrumbado parte de ella. Además, se percató personalmente del sobrecupo escandaloso que se presentó en los palcos el día de la tragedia, pues —como se dijo— estaba presente en la fista. Sin embargo su actitud fue completamente pasiva. No hizo nada por evitar algo que se presentía en todas partes.

"Lo anterior sucedió a pesar de que en el plan de control de las festividades de veinte de enero, elaborado por el Departamento de Policía Sucre, se declara que la misión de la policía era 'mantener el

orden público en sus elementos esenciales de seguridad, tranquilidad, salubridad y moralidad públicas para que los eventos que se efectúen en el Departamento tengan un normal desarrollo' (fl. 128, anexo número 1).

"No se podrá eximir de culpa a la Nación con el argumento que como el pueblo pedía las fiestas, la Administración no se podía oponer a ellas. El Estado se justifica como organización para proteger la especie humana y no para destruirla. La autoridad tiene medios que le da la soberanía para reprimir, contra la voluntad de los asociados, aquellas conductas que ponen en peligro la subsistencia del grupo. Fundamentada en este principio la fuerza pública combate la subversión tan pronto se presenta y sin esperar orden del poder civil. En el caso *sub júdice* si a la administración se le imposibilitaba prohibir esas bárbaras festividades tan arraigadas en el alma popular, por lo menos debió utilizar todo su esfuerzo para controlarlas y vigilarlas.

"Por último es necesario referirse al ente denominado *'fiestas de corraleja 20 de enero'*, persona jurídica sin ánimo de lucro, a quien se le reconoció personería jurídica por Resolución número 562 de 1977, proferida por el Gobernador de Sucre.

"Como ya se dijo anteriormente, la forma *sui géneris* de designación de los miembros de la Junta de la citada corporación, por decreto del Alcalde de Sincelejo, le daba a ésta su naturaleza pública, no sólo como persona jurídica en sí, sino por su actividad. Sin embargo el hecho que fuera esa Junta la organizadora de todo lo relacionado con la celebración, no quita responsabilidad a la Administración municipal, ni a la nacional. Las tareas que debieron adelantar estas dos últimas para evitar la tragedia eran imperativos legales y constitucionales a los cuales no se podían sustraer. La labor de control y vigilancia de las autoridades seccionales era independiente de la adelantada por la Junta, sus responsabilidades eran distintas pero ésta, al fin, no era más que un organismo asesor de la municipalidad.

"Obviamente que no se puede regar la culpa del ente organizador de las fiestas ni la de los constructores de los palcos. Pero esto no exime a la Administración. Los actores, fundamentados en los artículos 1571 y 2344 del Código Civil dada la concurrencia de culpas, podían reclamar los perjuicios a todos los responsables o a uno cualquiera de ellos y en el *sub lite* se acogió a la Administración. Esta podrá repetir contra los demás responsables".

B) *LOS PERJUICIOS.*

Por auto calendado el día veintisiete (27) de abril de mil novecientos ochenta y dos (1982) (cuaderno número 1, fl. 127), se admitió la demanda en relación con algunos de los demandantes y se inadmitió respecto de las siguientes personas:

JOSE ASCENSION o de la ASCENSION MERCADO SUAREZ, quien demandó invocando su calidad de padre legítimo de JUAN FRANCISCO MERCADO GONZALEZ, por cuanto en la partida de nacimiento de origen eclesiástico figura una persona diferente a la que otorgó el poder.

DIGNA ROSA GONZALEZ, que alegó ser la madre legítima de JUAN FRANCISCO MERCADO GONZALEZ, por cuanto en la partida de matrimonio de origen eclesiástico y en el registro civil de matrimonio, aparece una persona diferente a la que otorga el poder.

JOSE ILADINO, GLADYS DEL CARMEN, TULIA JOSEFA, MINERVA ROSA Y PRACY MARIA, porque no demostraron la calidad de hermanos legítimos con que demandaron, toda vez que en los correspondientes registros de nacimiento figuran como hijos de DIGNA ROSA GONZALEZ y en la partida y registro civil de matrimonio aparece DIGNA ROSA CASTILLO GONZALEZ. Además, y en relación con PRACY MARIA, porque no se registra identidad entre la persona que otorga el poder y la que figura en el registro civil de nacimiento y la presentación de aquel.

No obstante que al folio 130 del cuaderno número 1 aparece un escrito del procurador judicial de los demandantes, en el cual solicita el desglose de las partidas, para corregir "los yerros que motivaron el rechazo parcial de la demanda y poder volverla a presentar", ello, en puridad de verdad, no se hizo. Esto explica que la Sala proceda a examinar el alcance de las pretensiones, a la luz de lo alegado y probado, pero sólo respecto de las personas naturales cuya demanda fue admitida.

GRUPO FAMILIAR MERCADO GONZALEZ.

Por la muerte de JUAN FRANCISCO MERCADO GONZALEZ, reclama su esposa DILIA MARIA PEREZ MERCADO:

Respecto de sus pretensiones, ellas serán denegadas, pues ya, en sentencia de 22 de abril de 1988, actor: JAIME ARTURO BERTEL Y/O, expediente número 3882. Consejero ponente: Carlos Betancur Jaramillo, hubo pronunciamiento igualmente denegatorio. Todos los fallos que tienen que ver con la tragedia de "corralejas", los maneja la Sala con la misma metodología jurídica que hubiera empleado, si en su momento, se hubieran acumulado.

GRUPO FAMILIAR MONTERROZA MARTINEZ.

Por la muerte de DAIZ o DAIZ ENRIQUE MONTERROZA MARTINEZ, reclama su madre natural BEATRIZ LEONOR MARTINEZ.

Pruebas.

a) El nacimiento de MONTERROZA MARTINEZ DAIZ ENRIQUE, se acreditó con el registro civil que obra al folio 20 del cuaderno número 1, en donde consta que nació el día diez (10) de enero de mil novecientos cuarenta y ocho (1948), y que es hijo natural de LEONOR MARTINEZ;

b) La muerte de DAIZ ENRIQUE MONTERROZA MARTINEZ, se demostró con el registro civil que obra al folio 21 del cuaderno número 1;

c) Con las declaraciones de FARIDA MERCADO DE TORRES, LINO TORRES, EDUARDO BRIEVAS y VALENTIN ARROYO, se acreditaron las siguientes circunstancias particulares del caso:

Farida Mercado de Torres. Dijo:

"*Preguntada.* Sabe usted en qué circunstancias de tiempo, modo y en qué lugar murió Daiz Enrique Monterroza Martínez? *Contestó:* El murió en la tragedia de 20 de enero de 1980. Me dí cuenta porque cuando oímos por la radio que se habían caído unos palcos y que los muertos eran muchos me fuí a ver qué le había pasado a mis hijos que estaban allá que afortunadamente no les pasó nada y dentro de los muchos muertos y heridos pude reconocer a Daiz Enrique Monterroza Martínez entre un arrume de muertos que tenían tendidos en la plaza. El estaba como muerto por asfixia embarrado y nigro (sic) y amoratado. Por la noche fuí al velorio porque éramos vecinos y al otro día al entierro..."

Lino Torres. Dijo:

"*Preguntado.* Sabe usted en qué circunstancias de tiempo, modo y lugar, murió Daiz Monterroza Martínez? *Contestó:* El murió en la tragedia de 20 de enero de 1980, murió en la plaza Hermógenes Cumplido cuando se derrumbaron los palcos de corralejas, dijo lo anterior porque cuando oímos la noticia por la radio yo me trasladé con otros vecinos a la plaza a el..."

Eduardo Brievas. Dijo:

"*Preguntado.* Sabe usted en qué circunstancias de tiempo, modo y lugar murió Daiz Enrique Monterroza Martínez? *Contestó:* El murió el 20 de enero de 1980. Lo mataron los palos que se cayeron en el derrumbe de los palcos de la corraleja. Me consta porque ese día yo estaba merodeando alrededor de la plaza y poco después del derrumbe yo con otro amigo, de nombre Alvaro Ruiz, lo sacamos de debajo de la palamenta. Ya estaba muerto..."

Valentín Arroyo. Dijo:

"*Preguntado.* Con quién vivía el señor Daiz Enrique Monterroza y a quién ayudaba con su trabajo? *Contestó:* El vivía con su mamá y una muchacha que él tenía y él era el que la ayudaba en todo..."

Condenas:

Como la víctima tenía para el momento de su muerte más de veinticinco (25) años de edad, y vivía con "*una muchacha que él tenía*", según el anterior testimonio, la Sala no condenará al pago de los perjuicios materiales impetrados en favor de la madre, pues la jurisprudencia de la Corporación ha sido reiterada en el sentido de que en el medio colombiano las personas suelen tomar estado a los veinticinco años (25).

Por perjuicios morales subjetivos, se reconoce a la madre de la víctima, señora Beatriz Leonor Martínez, la cantidad de un mil gramos de otro (1.000), que se pagarán al precio que éste tenga en el momento en que quede ejecutoriada la presente sentencia.

GRUPO FAMILIAR MARTINEZ CARRASCAL.

Por la murte de LUIS ALBERTO MARTINEZ CARRASCAL, reclaman:

Su madre, ALIX CRISTINA CARRASCAL y sus hermanos WILLIAM ENRIQUE y EDGARD ANTONIO MARTINEZ CARRASCAL.

Pruebas.

a) Con el registro civil, que obra al folio 27 del cuaderno número 1, se acredita que ALIX CRISTINA CARRASCAL S., contrajo matrimonio el día primero (1º) de abril de mil novecientos cincuenta y seis (1956) con el señor Pedro Pablo Martínez Mercado;

b) Con el certificado expedido por el señor Notario 2º de Sincelejo, se demostró que la víctima LUIS ALBERTO MARTINEZ CARRASCAL, nació el ocho (8) de julio de 1960, y que es hijo de Alix Cristina Carrascal;

c) La defunción de Luis Alberto Martínez Carrascal, se probó con el certificado de defunción expedido por el Notario Primero del Círculo de Sincelejo (cuaderno número 1, fl. 31);

d) Se demostró, igualmente, con certificados expedidos por Notario, que WILLIAM ENRIQUE MARTINEZ CARRASCAL nació el día 18 de agosto de mil novecientos cincuenta y cinco (1955) y EDGARD ANTONIO MARTINEZ CARRASCAL el día 26 de junio de 1959, y que son hijos de Alix Cristina Carrascal Sierra (cuaderno número 1, fls. 28 y 29);

e) Los declarantes CARLOS VITOLA, RAMON ROMERO BERTEL y ANGEL GABRIEL ARRIETA, depusieron dentro del proceso, así:

Carlos Vitola (cuaderno número 1, fl. 285). Dijo:

"*Preguntado.* Sabe usted qué circunstancias rodearon la muerte de Luis Alberto Martínez Carrascal? *Contestó:* Luis Alberto Martínez Carrascal murió en la tragedia de la corraleja el 20 de enero de 1980, yo ese día estuve en la corraleja, estuve hablando con él antes del derrumbe y después de que se cayeron los palcos ví su cadáver dentro de los escombros de la corraleja, ya estaba muerto cuando lo ví... *Preguntado.* Sabe usted con quién vivía Luis Alberto Martínez Carrascal? *Contestó:* El vivía con su mamá y sus hermanos WILLIAM y EDGARD... *Preguntado:* Sabe usted cuánto se ganaba Luis Alberto? *Contestó:* Cuando trabajaba conmigo en el año de 1979 le pagaba $ 300.00 diarios, él era un trabajador muy hábil y adelantado en el oficio, prácticamente estaba para pasar de ayudante a oficial por eso le pagaba $ 300.00. *Preguntado.* La mamá de Luis Alberto es una persona pobre o tiene rentas? *Contestó:* No le conozco bien ni rentas, inclusive Luis Alberto Martínez Carrascal trabajaba era para ver por ella, él la sostenía en todo..."

Manuel Romero Bertel (cuaderno número 1, fl. 286). Dijo:

"*Preguntado.* Conoció usted al señor Luis Alberto Martínez Carrascal y sabe dónde murió? *Contestó:* Sí conocí al señor Luis Alberto Martínez Carrascal, él vivía con su mamá Alix Cristina Carrascal y dos hermanos William y Edgard que es inhábil como abobado casi al frente de mi casa, él murió en el desastre de la corraleja el 20 de enero de 1980... Ese día por la tarde con la noticia de que se había caído la corraleja y que habían muchos muertos, como no aparecía, la

mamá toda desesperada me pidió el favor que fuera a ayudarle a buscarle, lo buscamos en la plaza, por los hospitales de Corozal y de Sincelejo y lo encontramos en el Hospital Regional de Sincelejo entre una pila de muertos que había en los pasillos del Hospital, estaba todo embarrado y como quemado, parece lo cogieron los cables de la luz instalados en la corraleja, allí lo reclamamos, nos entregaron el cadáver a su mamá y a mí...*Preguntado*. En qué situación quedó la mamá de Luis Alberto Martínez y en qué situación quedaron sus hermanos después de su muerte? *Contestó:* Ellos quedaron muy mal, la mamá es viuda y supremamente pobre y el que llevaba la obligación de la casa porque de los otros hijos Edgard es inhábil y el otro poco trabajo conseguía y tiene ahora y el que veía por ella y atendía sus necesidades era el muerto...*Preguntado*. Sabe usted cuánto se ganaba Luis Alberto Martínez Carrascal? *Contestó:* Como ya dije, él era albañil, se ganaba $ 300.00 diarios. Eso era lo que yo le estaba pagando por los trabajos que me estaba haciendo en la casa y que por cierto se quedaron sin terminar debido a que él murió y tuve que conseguir a otro oficial a quien le pagué lo mismo...era muy dedicado a su hogar y lo que se ganaba como ya dije, era para atender las obligaciones de su mamá..."

Angel Gabriel Arrieta (cuaderno número 1, fl. 287). Dijo:

"*Preguntado*. Con quién vivía Luis Alberto Martínez Carrascal? *Contestó:* Me consta porque fuí su vecino toda la vida que vivía con su mamá y con dos hermanos WILLIAM y EDGARD, EDGARD está impedido para trabajar porque es desmentizado como bobo. *Preguntado*. Sabe usted si la muerte de Luis Alberto afectó a su mamá y a sus hermanos? *Contestó:* Me consta que la mamá y los hermanos se desesperaron mucho por la muerte de Luis Alberto, todavía lo lamentan y lo lloran mucho. El era el que veía por la casa y ahora la mamá no tiene esa ayuda. Ella es muy pobre y se ha afectado mucho. Uno de los hijos no puede trabajar por inhábil y el otro no sabe hacer nada y consigue muy poco trabajo...Luis Alberto era muy apreciado de todos en el barrio, era muy juicioso y trabajador, se mantenía de la casa al trabajo y del trabajo a la casa. El era albañil y muy buen trabajador, por eso siempre se mantenía ocupado. Sé porque me encontré con él haciendo varios trabajos yo como tapicero y él como albañil en las mismas casas u oficinas varias veces que a él le pagaban $ 300.00 diarios, plata que se gastaba casi toda porque él no se veía ni en parranda ni borracho y sólo sacaba para el vestido y la comida que era la misma que llevaba a la casa de la mamá en sostenerla. Ahora que él está faltando y que le falta esa ayuda a la mamá vive muy mal, prácticamente de lo que le damos los vecinos..."

Condenas:

Estando demostrado el daño a la madre, tanto por perjuicios materiales como morales, pues los testimonios anteriores le merecen a la Sala entero crédito, por la forma como los declarantes deponen, las razones que dan para explicar sus dichos y la capacidad de los mismos para ilustrar al sentenciador respecto de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se sucedieron los hechos, etc., se hará la condena por perjuicios materiales en favor de la señora ALIX CRIS-

TINA CARRASCAL, en *abstracto*, para que su monto se fije siguiendo la tramitación incidental de que trata el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, y con sujeción a las siguientes pautas:

1ª Se tomará como fecha de nacimiento de Luis Alberto Martínez Carrascal, el día ocho (8) de julio de mil novecientos sesenta (1960), y se indemnizará el período comprendido entre el veinte de enero de mil novecientos ochenta (1980) y la fecha en que el occiso cumpliría veinticinco (25) años.

2ª Se tendrá como ingresos los que se determinen como rentas exclusivas de trabajo sobre el total de los que haya declarado en los tres últimos años de vida, según declaraciones de renta oportunamente presentadas, esto es, que no sean extemporáneas, y con apoyo en ellas se fijará el promedio anual. A falta de tales declaraciones se tendrá en cuenta el salario mínimo vigente para mil novecientos ochenta (1980).

3ª Se descontará un veinticinco por ciento (25%), como lo que el difunto dedicaba a su propia subsistencia y el setenta y cinco por ciento restante (75%) se tomará como lo que destinaba a la supervivencia de su madre.

4ª El período indemnizado se actualizará atendiendo a los índices del costo de vida, certificados por el DANE, más un interés del seis por ciento anual (6%), teniendo el buen cuidado de no capitalizar estos intereses.

Por concepto de perjuicios morales subjetivos se reconoce a la madre ALIX CRISTINA CARRASCAL la cantidad de un mil gramos de oro (1.000) al precio que el gramo oro tenga en el momento en que quede ejecutoriada la presente sentencia.

A los hermanos del occiso WILLIAM ENRIQUE MARTINEZ y EDGARD ANTONIO MARTINEZ CARRASCAL no se les hace reconocimiento alguno por concepto de perjuicios materiales, porque no fueron impetrados.

Como se demostró que estos hermanos vivían bajo el mismo techo con su madre y el occiso, se le reconoce a cada uno de ellos esto es, a WILLIAM ENRIQUE MARTINEZ, quinientos gramos de oro (500) y a EDGARD ANTONIO MARTINEZ, quinientos gramos de oro (500) al precio que el gramo de oro tenga en el momento en que quede ejecutoriada la presente sentencia.

GRUPO FAMILIAR CAPACHERO PEREZ.

Por la muerte de RUFINO CAPACHERO PEREZ, reclaman:

1º Belarmina Méndez Morales, alegando haber sido la compañera permanente del occiso.

2º RUFINO ANTONIO, DANILO ENRIQUE y ANACIRA DEL SOCORRO CAPACHERO MENDEZ, quienes invocaron su calidad de hijos naturales del causante.

Pruebas.

a) Con el certificado de defunción expedido por el Notario Primero del Círculo Notarial de Sincelejo, se acreditó la muerte de Rufino Capachero Pérez, el día veinte de enero de 1980;

b) Con las declaraciones rendidas por ANA VICTORIA OSORIO y ALBERTINA DE GARAY, se demostró, igualmente, que Rufino Capachero Osorio pereció en la tragedia de la corraleja y que su compañera permanente fue Belarmina Méndez Morales, con la cual tuvo varios hijos. En lo pertinente de tales testimonios, se lee:

Ana Victoria Osorio (cuaderno número 1, fl. 228). Dijo:

"*Preguntada.* Conoce usted o conoció al señor Rufino Capachero Pérez? *Contestó:* Sí lo conocí, él era compañero de labor, también era fritanguero, él empezó a trabajar conmigo como ayudante, primero, después yo trabajaba por la mañana y por la tarde le cedía el puesto a él, trabajamos en el mercado público de Sincelejo, después el puso su propio puestecito al lado mío. *Preguntada.* Sabe usted dónde y cómo falleció el señor Rufino Capachero Pérez? *Contestó:* Falleció en la tragedia de los palcos el 20 de enero de 1980, yo lo ví que lo sacaron muertecito debajo de los palcos. *Preguntada:* Sabe usted con quién vivía el señor Rufino Capachero Pérez y si tenía hijos con la persona con quién vivía, si vivía junto, bajo el mismo techo con su mujer y sus hijos? *Contestó:* Vivía con una señora de nombre Bella el apellido no lo recuerdo ahora, tuvieron cinco hijos, tres varones y dos hembras, le sé el nombre a dos a una le dicen la Mona y a la otra Ana y vivían bajo el mismo techo. *Preguntada.* Cuánto se ganaba usted diariamente en su puesto de fritanguería en la época de la tragedia de las corralejas, es decir hace tres años? *Contestó:* Se ganaba uno en esa época de siete a ochocientos pesos diarios, ganaba más que ahora y ahora casi no se gana nada. *Preguntada:* Sabe usted y por qué razón cuánto se ganaba más o menos en la misma época Rufino Capachero Pérez? *Contestó:* Lo mismo que me ganaba yo se ganaba él libre. *Preguntada.* Qué hacía Rufino Capachero con lo que se ganaba ahí en la fritanguería? *Contestó:* Con lo que se ganaba comenzó a hacer un ranchito y daba para la comida de la casa, el rancho quedó comenzado, hizo la paredilla y dos piezas..."

Albertina de Garay (cuaderno número 1, fl. 289). Dijo:

"*Preguntada.* Conoció usted al señor Rufino Capachero Pérez, dónde, desde cuándo y por qué lo conoció? *Contestó:* Lo conocí desde hace más o menos diez años, lo conocí primero vendiendo pescado en la plaza de mercado público y después se metió a fritanguero como yo, era compañero de trabajo. *Preguntada.* Sabe usted si el señor Rufino Capachero Pérez vivía solo o acompañado y en este caso quién era su compañera y si tenía hijos? *Contestó:* Lo conocí viviendo con Belarmina Méndez y con ella tuvo varios hijos, siete me parece que son, pero no recuerdo los nombres...*Preguntada.* Sabe usted cuánto se ganaba Rufino Capachero en el puesto de fritanguería que tenía en la plaza? *Contestó:* El vendía mucho, tenía buena clientela, vendía hasta 50 libras de tocino, chicharrones y arepas, sé ésto porque mi puesto quedaba junto al de él en la misma hilera y le podían quedar libres $ 800.00 diarios, eso era lo que en promedio me ganaba yo en

esa época y a todos nos quedaba más o menos lo mismo. *Preguntada.* Sabe usted, en qué empleaba, en qué se gastaba Rufino Capachero lo que se ganaba? *Contestó:* Lo que él ganaba lo empleaba en sostener a su familia que es muy pobre y les estaba construyendo una casita en el barrio Berbel. *Preguntada.* Cuál era el capital de trabajo que él tenía en su puesto? *Contestó:* El capital de trabajo de él eran sus manos, un caldero, aceite, y una cómoda, lo que uno hace allá y hacemos los fritangueros es comprar allá mismo en el mercado el tocino, la carne, el cerdo y el aceite para freir, se venden los chicharrones y se paga por la tarde, y lo que nos quedaba unos ochocientos pesos en promedio en esa época era la ganancia del trabajo".

Condenas.

La prueba anterior la valora la Sala y es suficiente para acreditar que Belarmina Méndez Morales, fue la compañera permanente del occiso, pero como dentro del proceso no se demostró que Rufino Antonio, Danilo Enrique y Anacira del Socorro sean hijos naturales de él, sólo se reconocerá a la compañera permanente Belarmina Méndez Morales perjuicios morales subjetivos, por un mil gramos de oro, que se pagarán con el precio que el gramo de oro tenga en la fecha en que quede ejecutoriada la presente sentencia. En el manejo de la prespectiva jurídica que se deja precisada, se recuerda que en fallo de cinco (5) de mayo de 1988. Expediente número 3851, actor Samuel Gil Lidueña y otros, a través de pauta jurisprudencial se dijo:

> "Otro tanto hay que decir en relación con la compañera permanente pues, sin hijos menores, carece de toda protección legal, nada podía exigir legalmente a su compañero y no obstante la injusticia que ello encierra, a los 69 años de edad pierde el apoyo económico de su concubino..."

En el *sub lite* ni siquiera cabe hablar de que en esa unión hubo hijos, pues no se demostró el hecho, en la forma establecida por la ley, lo que hace más imperioso el recibo de la pauta jurisprudencial anterior.

Las pretensiones de RUFINO ANTONIO, DANILO ENRIQUE y ANACIRA DEL SOCORRO CAPACHERO MENDEZ, serán despachadas desfavorablemente, por las siguientes razones:

Primera. Los certificados de registro civil de nacimiento (que obran a fls. 37, 37 *bis* y 38), correspondientes a RUFINO ANTONIO, DANILO ENRIQUE y ANA CIRA CAPACHERO MENDEZ, se limitan a indicar que estas personas son hijos naturales reconocidos por Rufino Capachero Pérez, ignorando el sentenciador quién, cuándo y cómo se hizo ese reconocimiento. De la misma manera que no basta que en los certificados se afirme que Juan es hijo legítimo de María, pues ello demanda la prueba del correspondiente matrimonio, tampoco es de recibo, que se omita en el certificado la precisión y conocimiento del medio probatorio que le permitió al Notario hacer el registro. Por ello la Ley 45 de 1936, en su artículo 2º, vigente en el momento del nacimiento de las personas en antes enlistadas, preceptuaba:

"Artículo 2º El reconocimiento de hijos naturales es irrevocable y puede hacerse, en el acta de nacimiento, firmándola quien reconoce; por escritura pública, por testamento..." A su turno, la Ley 75 de 1968, en su artículo primero manda:

"Artículo 1º El artículo 2º de la Ley 45 de 1936, quedará así:

"El reconocimiento de hijos naturales es irrevocable y puede hacerse:

"1º En el acta de nacimiento, firmándola quien reconoce...".

Segunda. Tampoco puede olvidarse que el reconocimiento de los hijos naturales es *solemne*, y, por lo mismo, demanda el lleno de ciertos requisitos. Así, el artículo 57 de la Ley 153 de 1887 manda: "El reconocimiento del hijo natural debe ser notificado y aceptado o repudiado de la misma manera que lo sería la legitimación según el Título II del Código Civil".

La anterior filosofía jurídica ha llevado a la Corte Suprema de Justicia a fijar pautas jurisprudenciales con el siguiente alcance:

"El simple hecho del reconocimiento no es suficiente para que un individuo se tenga como hijo natural de quien lo reconoce; se requiere, si vive, la notificación para que exprese si acepta o no... El artículo 57 de la Ley 153 de 1887 no está derogado. El reconocimiento del hijo natural en el acta de nacimiento requiere para su validez la firma del padre, siendo, por lo tanto, acto solemne. Si falta el requisito de la firma, el acto no se ha producido y carece, por consiguiente, de efecto legal. *Y no puede tener tal efecto la sola referencia hecha en el acta de origen eclesiástico por quien lo inscribió en el registro, en relación con la indicación del padre natural del bautizado*" (Subrayas de la Sala) (Sentencia de 11 de diciembre de 1946. LXI, 703).

La perspectiva jurídica anterior se mantiene en el artículo 4º de la Ley 75 de 1968 que sobre el particular reza:

"Artículo 4º El reconocimiento no crea derechos a favor de quien lo hace sino una vez que ha sido notificado y aceptado de la manera indicada en el Título II del Libro 1º del Código Civil, para la legitimación".

En el *sub lite* se tiene, pues, que el sentenciador ignora la forma como se hizo el reconocimiento, el momento en que ello ocurrió, y, finalmente, si se dio cumplimiento o no a lo preceptuado en los artículos 240 y siguientes del Código Civil. Por ello cabe concluir que RUFINO ANTONIO, DANILO ENRIQUE y ANACIRA DEL SOCORRO CAPACHERO MENDEZ, no acreditaron, en legal forma, estar legitimadas por activa, y, por ello sus pretensiones serán denegadas.

GRUPO FAMILIAR ACEVEDO NAVARRO.

Por la muerte de JOSE DE LOS SANTOS ACEVEDO NAVARRO, reclaman:

1º La señora María Leonor Navarro de Acevedo, invocando su calidad de madre legítima.

2º RAMIRO MIGUEL, JOSE PABLO, TULIO ENRIQUE y JESUS RAFAEL ACEVEDO NAVARRO, en su calidad de hermanos legítimos de la víctima.

Pruebas.

a) El matrimonio de Pablo Acevedo con Leonor Navarro, se demostró con el certificado de origen notarial que obra al folio 45 del cuaderno número 1;

b) Con los certificados expedidos por el Secretario de la Alcaldía de Morroa se demostró que; RAMIRO MIGUEL, nació el día doce (12) de octubre de mil novecientos cuarenta y ocho (1948); JOSE PABLO, el seis (6) de septiembre de mil novecientos cuarenta y siete (1947); TULIO ENRIQUE, el día primero (1º) de enero de mil novecientos cuarenta y cinco (1945); JESUS RAFAEL, el diecinueve (19) de agosto de mil novecientos cuarenta y dos y JOSE DE LOS SANTOS, esto es, el occiso, el once (11) de abril de mil novecientos cincuenta y dos (1952);

c) Con el certificado que obra al folio 51, expedido por el Notario Segundo de Sincelejo, se demostró la muerte de José de los Santos Acevedo, el día 20 de enero de 1980;

d) Con los testimonios rendidos por FELIX JAVIER GIL (cuaderno número 1, fl. 290); VICTOR CHICA (cuaderno número 1, fl. 191) y JOSE MARIA ORTEGA (cuaderno número 1, fl. 292), se acreditaron las siguientes circunstancias particulares del caso:

Félix Javier Gil. Dijo:

"*Preguntado.* Qué sabe usted acerca de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que murió José de los Santos Acevedo Navarro? *Contestó:* Yo conocí a José de los Santos Acevedo Navarro, desde que era un niño, viví vecino de él en Corozal, sé que murió en el accidente de la Corraleja, lo ví personalmente cuando lo llevaron muerto al Hospital de Corozal y del Hospital me tocó ayudar a trasladar el cadáver hasta la casa de su mamá... *Preguntado.* Sabe usted, cómo está compuesta la familia del finado José de los Santos Acevedo Navarro? Está compuesta de la mamá y de cuatro hijos, cinco con el que murió, uno de ellos es enfermo y *vive en la casa* con su mamá, el enfermo se llama José Pablo Acevedo, los otros son *casados y viven aparte* pero la familia vive muy unida... *Preguntado.* Sabe usted, en qué situación afectiva, anímica quedaron los hermanos de José de los Santos después de su muerte? *Contestó:* Los hermanos de José de los Santos han sufrido mucho con su muerte se les vió y se les vé todavía muy tristes y de la viejita ni se diga y *el hermano inválido en peores condiciones porque José de los Santos era como su papá, él era el que le daba la droga que necesita para controlar su enfermedad, él es epiléptico y cada rato le dan las pataletas propias de su enfermedad*" (Subrayas de la Sala).

Víctor Chica. Dijo:

"*Preguntado.* Conoce usted a la familia de José de los Santos Acevedo Navarro y por qué la conoce y sabe por quiénes está integrada? *Contestó:* Los conozco desde mi infancia porque vivimos en la misma región de Sucre —Sucre— y después hemos convivido catorce años en el barrio de la Concepción de Corozal, en el cual viven, Jesús, Ramiro, Pablo Acevedo Navarro y la mamá de ellos Lenor Navarro viuda de Acevedo vive en un barrio anexo al barrio La Concepción a unas tres cuadras de mi residencia. Ella vivía con el difunto José de los Santos Acevedo Navarro y *Pablo Acevedo Navarro sus hijos, que es enfermo, es epiléptico... Preguntado.* Esta familia es pobre o tiene recursos económicos? *Contestó:* No. Ellos son supremamente pobres, el padre de ellos era peluquero, *los hijos aliviados que son los mayores están casados y tienen su hogar propio, solteros son el enfermo y el finado que le llamaba José de los Santos...* José de los Santos tenía una Chaza de la que derivaba el sustento del sostenimiento de su madre y de su hermano enfermo, calculo aproximadamente que tenía una utilidad de $ 300.00 a $ 400.00 diarios. El mantenía la mamá y a su hermano enfermo, los mantenía sin hambre...La muerte de José de los Santos Acevedos Navarro ha constituido para su familia, madre y hermanos una tragedia muy lamentable en cuanto a lo moral. En lo económico la forma desvalida en que quedó su madre y el hermano que dependían de él, *teniendo en lo sucesivo que atenerse al auxilio de sus otros hijos casados que con sus obligaciones no pueden cumplir en la misma forma que lo hacía el difunto. La mamá vive ahora prácticamente de arrimada de la casa de un hijo al otro o en casa de los vecinos y amigos caritativos de la familia...*" (Subraya la Sala).

José María Ortega. Dijo:

"*Preguntado.* Sabe usted en qué circunstancias de tiempo, modo y lugar murió José de los Santos Acevedo Navarro? *Contestó:* El estuvo charlando conmigo en la plaza de toros de Sincelejo aproximadamente entre una y dos de al tarde del día 20 de enero de 1980 antes de los sucesos de ese día, en una garita donde nos tomamos unos tragos, a él le gustaba tocar tambor y la guachacara, después de eso, después del derrumbe que yo me dediqué a buscar a uno de los hermanos míos que estaba por allí ví fue un cuerpo parecido en ese momento a él y lo ayudé a carga a un volquete que yo pensé lo iba a trasladar aquí al Hospital de Sincelejo con otros cuerpos más, pero fue trasladado directamente al Hospital de Corozal. Cuando lo estábamos bajando un hermano de él de nombre Pablo lo terminó de reconocer y dijo éste es mi hermano y se lo llevó para su casa donde fue el velorio y al otro día lo enterraron...*Preguntado.* Nos puede usted describirnos de qué manera recibieron la muerte de su hermano, los hermanos de José de los Santos Acevedo Navarro? *Contestó:* Todos ellos pues sintieron con bastante pesar la muerte de su hermano. Es más, *a Pablo que sufre de epilepsia que le dan ataques, lo tuvieron que drogar para evitar que le dieran los ataques...*"

Condenas.

En el momento de la muerte de JOSE DE LOS SANTOS ACEVEDO, éste tenía ya más de veintisiete años, pues nació en abril 11 de

1952. Sus hermanos demandantes, nacieron mucho antes que él, esto es, en el período comprendido entre agosto 19 de 1942, momento en el tiempo físico en que nace JESUS RAFAEL y octubre doce (12) de mil novecientos cuarenta y ocho (1948) en que nace Ramiro Miguel Acevedo Navarro.

Dentro del anterior marco de realidades fácticas, la madre no tiene derecho al pago de los perjuicios materiales. Los hermanos tampoco, y ello explica que no los hayan reclamado. La Sala ha dicho, reiteradamente, que a los veinticinco años los colombianos suelen formar su hogar, por lo cual se presume que la ayuda económica que el hijo le presta a sus padres, llega hasta ese momento.

Se condenará, en cambio, al pago de los perjuicios morales subjetivos causados a la madre señora MARIA LEONOR NAVARRO DE ACEVEDO, los que se fijan en un mil gramos de oro puro, que se pagarán al precio que el gramo de oro tenga en que quede ejecutoriada la presente providencia.

Para el hermano JOSE PABLO ACEVEDO NAVARRO, que vivía bajo el mismo techo, con su madre y la víctima, se le reconocen perjuicios morales subjetivos, los cuales se fijan en quinientos gramos de oro puro (500), los que se pagarán con el preciso que el gramo de oro tenga en la fecha en que quede ejecutoriada la presente sentencia. Ramiro Miguel, Tulio Enrique y Jesús Rafael Acevedo Navarro no vivían en la misma casa con el occiso y tenían sus propios hogares. Siguiendo las pautas jurisprudenciales, no se les hará reconocimiento alguno por daños morales.

GRUPO FAMILIAR MARQUEZ ROMERO ARROYO.

Por la muerte de ENDER JAVIER MARQUEZ ROMERO y por las lesiones que se afirma sufrió JUAN ELIAS MARQUEZ ARROYO, reclaman:

a) Juan Elías Márquez Arroyo, quien afirma sufrió lesiones invalidantes en la tragedia de corralejas. También presentó pretensiones alegando ser el padre natural de la víctima;

b) Etilvia Rosa Romero, demanda alegando su condición de madre de Ender Javier Márquez;

c) GREYS MARQUEZ y FRANCISCO MARQUEZ ROMERO, quienes impetran el pago de perjuicios morales como hermanos naturales de la víctima.

Pruebas.

a) Al folio 60 del cuaderno número 1, obra el certificado de nacimiento de el occiso, señor Ender Javier Márquez Romero, expedido por el Notario 2º del Circuito de Sincelejo, en donde se registra: *"Hijo natural reconocido de Juan Elías Márquez con Etilvia Romero";*

b) Al folio 62 aparece la partida de defunción de Ender Javier Márquez Romero, expedida por el Notario Primero del Círculo de Sincelejo;

c) Con los testimonios rendidos por Eduardo Monterroza Acevedo (fl. 293); Gerardo Rodríguez y Humberto Fajardo, se acreditaron las siguientes circunstancias particulares del caso:

Eduardo Monterroza Acevedo. Dijo:

"*Preguntado.* Dónde se encontraba usted el día 20 de enero de 1980? *Contestó:* Me encontraba con mi señor padre y unos amigos departiendo en un cafetín cerca a la plaza Hermógenes Cumplido. *Preguntado.* Sabe usted si el señor Juan Elías Márquez Arroyo o sus familiares resultaron muertos o heridos en el derrumbe de los palcos de corraleja el 20 de enero de 1980. *Contestó:* Un hijito de él pereció en el derrumbe de los palcos, tampoco le recuerdo el nombre, pero como lo conocía de vista porque él andaba en el bus con él y lo llevaba mucho a la empresa, lo reconocí entre los muertos del desastre de corraleja el día 20 de enero de 1980 y fuí a su entierro. Yo personalmente promoví una ayuda en la empresa para el entierro del niño. Su papá Juan Márquez que era conductor de la empresa, también quedó herido. Recibió un golpe en el cráneo, primero fue tratado aquí en Sincelejo en el Hospital y después en Barranquilla. *Como consecuencia de esa lesión quedó totalmente imposibiliiado para conducir porque perdió la visión separada de los objetos, todas las imágenes se le pegan. Vive en la casa sin poder hacer nada, prácticamente de la claridad de los compañeros de trabajo, afirmo ésto porque con frecuencia recogemos unos pesitos para llevarle un mercado. Preguntado:* Recuerda usted qué vehículo de la Cooperativa conducía Juan Elías Márquez Arroyo, cuánto se ganaba diariamente en esa época y en qué empleaba sus ingresos, si le consta? *Contestó:* El conducía el bus 225 de Gerardo Rodríguez, nosotros acostumbramos a pagar el 15% de lo que le queda al vehículo de las ventas líquidas de pasajes diarios después de sacar para la gasolina, comida del chofer...En esa época lo que le quedaba al chofer como mínimo eran entre $ 700.00 u $ 800.00 hoy el mínimo son $ 1.400.00 a $ 1.500.00 diarios. Hago esta afirmación porque como ya dije soy propietario de buses de la Cooperativa donde él trabajaba y lo era por esa época y sé cuánto se ganaban los choferes y cuánto se ganan ahora y todos ganan más o menos lo mismo porque los vehículos son similares y tienen la misma ruta. Lo que se ganaba Juan Elías Márquez Arroyo lo empleaba en sostenerse él a su compañera permanente y a sus hijos, ellos son personas que sólo vivían del trabajo de Juan Elías Márquez Arroyo y no tienen otros ingresos. El tampoco sabe hacer otra cosa y como lo anoté, quedó totalmente incapacitado para conducir vehículos. *No puede ver bien, se le traban las imágenes...*" (Subrayas de la Sala).

Gerardo Rodríguez. Dijo:

"*Preguntado.* Conoce al señor Juan Elías Márquez Arroyo, desde cuándo lo conoce y por qué razón? *Contestó:* Sí lo conozco desde el año 1970, lo conocí porque fue mi trabajador manejándome un carro de mi propiedad. *Preguntado.* Sabe usted con quién vive el señor Juan Elías Márquez Arroyo y cuántos hijos tiene? *Contestó: El vive con Etilvia Rosa Romero, vive con ella bajo el mismo techo desde que yo lo conocí, en esa época yo vivía con ella, que recuerde tiene tres hijos. Preguntado.* Dónde se encontraba usted en las horas de la

tarde de 20 de enero de 1980? *Contestó:* Ese día me encontraba en la corraleja, estaba con un cuñado mío Ubadel Arrieta y Vidal Rodríguez un hermano mío. *Preguntado.* Sabe usted si el señor Juan Elías Márquez Arroyo y su familiares tuvieron algún percance en la tragedia de las corralejas? *Contestó:* Por supuesto que sí. Ese día Juan Elías Márquez Arroyo estaba con otros amigos y con la señora y dos de sus hijos en la corraleja. Yo lo ví porque él estaba en un palco debajo de donde yo estaba inclusive lo invité para que se subiera donde yo me había hecho. *A él lo golpeó un palo en la cabeza y casi se muere. Un hijo de él de nombre Ender Javier Márquez Romero murió de los golpes que recibió instantáneamente. Yo ví al niño muerto... Preguntado:* Sabe usted con quién estaba trabajando el señor Juan Elías Márquez Arroyo en la época en que se accidentó en la corraleja, cuánto se estaba ganando diariamente y en qué empleada sus ingresos? *Contestó: En esa época él trabajaba manejando un carro de mi propiedad afiliado a la Cooperativa Torcoroma...Se ganaba un 15% del producido líquido del carro que es lo que se paga a los choferes aquí en Sincelejo. En esa época se ganaba unos $ 800.00 diarios... Preguntado.* Sabe usted en qué situación quedó después del accidente Juan Elías Márquez y su familia? *Contestó:* El accidente de la corraleja ha sido una tragedia para él y su familia. El ha estado atenido para subsistir a lo que le dan sus amigos y las personas caritativas. Su señora e hijos viven en muy penosas condiciones. El está totalmente inhábil para trabajar porque con el golpe en la cabeza quedó mal de la vista. Moralmente esa familia está destruida por la penosa situación del hombre de la casa y la muerte del hijo..." (Subrayas de la Sala).

Humberto Fajardo. Dijo:

"*Preguntado.* Sabe usted con quién vive y cuántos hijos tiene Juan Elías Márquez Arroyo? *Contestó: Vive con la señora Etilvia Romero. Viven bajo el mismo techo y tienen tres hijos.* Esto lo sé por las relaciones de amistad que me han unido a Juan Elías desde hace más de veinte años como ya dije... *Preguntado.* Sabe usted en qué trabajaba por esa época Juan Elías Márquez Arroyo, cuánto más o menos se ganaba diariamente y en qué empleaba sus ingresos? *Contestó:* Manejaba un bus de Transportes Torcoroma de propiedad de Gerardo Rodríguez, se ganaba aproximadamente de unos $ 700.00 a $ 800.00 diarios y lo que se ganaba le servía para vivir él y sostener a su familia compuesta de su señora y sus tres hijos con quienes ha vivido en la calle 28 barrio Majagual. *Preguntado.* Sabe usted qué está haciendo actualmente el señor Juan Elías Márquez Arroyo? *Contestó:* No está haciendo nada porque quedó totalmente inhábil para conducir. El no puede ver bien y tampoco puede desempeñar otro oficio. *Está inválido. Preguntado.* Sabe usted en qué forma ha afectado la invalidez de Juan Elías Márquez Arroyo y la muerte del hijo a su señora y a los hijos que quedaron vivos? *Contestó:* Ellos están viviendo en pésimas condiciones tanto materiales como de ánimo. *Prácticamente viven de la caridad del gremio de conductores que es el que lo ha ayudado un poco...*" (Subrayas de la Sala);

e) Al folio 313 del cuaderno número 1 obra el resultado del examen médico practicado por el Jefe de Medicina Legal, de Sincelejo, Sucre, al señor JUAN ELIAS MARQUEZ ARROYO, en el cual, y en lo pertinente se lee:

"...examinamos al señor Juan Elías Márquez Arroyo, el cual presenta secuelas de lesiones ocurridas el día 20 de enero de 1980 durante las festividades de corralejas de esta ciudad.

"Según datos de la historia clínica el señor Márquez Arroyo sufrió traumatismos múltiples siendo las lesiones más importantes fractura del peñasco izquierdo y pérdida de substancia con subsecuente infección en la región lateral izquierda del cuello y nuca. Como tratamiento de lo último hubo de hacérsele injertos de piel. Inicialmente fue atendido en Sincelejo pero después fue enviado a Barranquilla donde estuvo atendido por el personal científico del Instituto de Seguros Sociales. *Al examen actual se encuentra estravismo interno del ojo izquierdo con disminución de la agudeza visual.*

"Según datos de la historia clínica el señor Márquez Arroyo no ha trabajado más desde la fecha de las lesiones. *Se considera que no podrá continuar llevando a cabo su trabajo habitual de conductor y por tal motivo en este sentido su incapacidad para el trabajo ha sido permanente hasta la fecha* (diciembre 27 de 1982).

"Teniendo en cuenta los índices de esperanza de vida en la República de Colombia, y su estado general de salud se considera que en circunstancias normales el señor JUAN ELIAS MARQUEZ ARROYO, *puede llegar a vivir unos 28 años más...*" (Subrayas de la Sala).

Condenas.

Las pretensiones de GREYS MARQUEZ ROMERO, por perjucios morales subjetivos, serán despachadas favorablemente por la muerte de su hermano Ender Javier Márquez Romero, y dada su corta edad en el momento de la tragedia, se fijan en trescientos gramos de oro (300) que serán pagados con el precio que éste tenga al momento de quedar ejecutoriado este fallo. A Francisco Márquez Romero no se le hace ningún reconocimiento, pues nació el 26 de junio de 1980, esto es, ya ocurrida la muerte de su hermano. Se demostró que son hermanos naturales por madre. Por las lesiones sufridas por Juan Elías Márquez ningún reconocimiento se hará, pues no se demostró que éste sea el padre natural de Greys y Francisco Márquez Romero. El reconocimiento que de tal calidad se dice que hizo el señor JUAN ELIAS MARQUEZ ARROYO, no se acreditó en legal forma, por las razones en antes expuestas, esto es, cuando se consideró la situación de Rufino Antonio, Danilo Enrique y Anacira del Socorro Capachero Méndez. Las pretensiones de Juan Elías Márquez Arroyo en su pregonada calidad de padre natural en Ender Javier Márquez, serán denegadas, por la misma razón.

Las pretensiones de Etilvia Rosa Romero, en su calidad de madre natural de Ender Javier Márquez, serán denegadas en lo que hace relación con los perjuicios materiales, pues la víctima al morir apenas tenía cuatro años largos de vida, lo que explica bien que no estuviera en capacidad de ayudar económicamente a su madre. El daño material, pues, no se acreditó como cierto.

Se le reconocerán, en cambio, los perjuicios morales subjetivos, por la muerte de su hijo los cuales se fijan en un mil gramos de oro (1.000), que se le pagarán con el precio que el gramo de oro tenga en la fecha en que quede ejecutoriada la presente sentencia.

Las pretensiones de Etilvia Rosa Romero, quien demostró, con prueba testimonial, ser la compañera permanente de Juan Elías Márquez Arroyo, pero sin hijos naturales de éste, serán despachados desfavorablemente, en lo que hace relación a los perjuicios materiales, pues ya se dijo en otro aparte de este proveído que la compañera permanente, sin hijos menores, carece de toda protección legal, pues nada puede exigir de su compañero.

Por lo que respecta a los perjuicios morales subjetivos, por la incapacidad permanente para el trabajo de su compañero Juan Elías Márquez Arroyo, la Sala reitera su pauta jurisprudencial en el sentido de que por una misma tragedia no se puede indemnizar por un monto que exceda un mil gramos de oro. Como ya se hizo este reconocimiento por la muerte de su hijo Ender Javier Márquez, no cabe condena adicional por este rubro.

Las pretensiones de JUAN ELIAS MARQUEZ ARROYO, por perjuicios materiales por las lesiones que sufrió con motivo de la tragedia de corralejas, que le generaron una incapacidad permanente para el trabajo, según el certificado del médico legista, le serán despachadas favorablemente, pero la condena se hará en abstracto para que el monto respectivo se fije a través de la tramitación incidental contemplada en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, siguiendo para ello las siguientes pautas:

Primera. Se tendrá como supervivencia de JUAN ELIAS MARQUEZ ARROYO la de veintiocho años (28), establecida por la oficina de Medicina Legal de Sincelejo, sin consideración a su incapacidad.

Segunda. Se establecerá por todos los medios probatorios posibles el monto de los ingresos de JUAN ELIAS MARQUEZ ARROYO, antes de su invalidez, excluidos los que deriven del capital, y se tomarán como base de la liquidación, siempre que hayan sido oportunamente incluidos en la declaración de renta del demandante, en los últimos tres años, no extemporáneas. En su defecto se tendrá en cuenta, el salario mínimo vigente para el año de mil novecientos ochenta (1980).

Tercera. Se calculará, atendida su supervivencia, el monto de la indemnización, actualizándola de acuerdo con el índice del costo de vida, certificado por el DANE, y se dividirá en debida y futura a partir de la ejecutoria de esta sentencia. La debida se liquidará, aplicando la fórmula de matemáticas financiera aceptada por la jurisprudencia de la Sala. El segundo período, o indemnización futura, se castigará con un seis por ciento (6%) anual de interés, dado su anticipo.

Por concepto de perjuicios morales subjetivos se le reconocen al señor JUAN ELIAS MARQUEZ ARROYO, quinientos gramos de oro, los cuales se cubrirán con el precio que el gramo de oro tenga en la fecha en que quede ejecutoriada la presente providencia.

GRUPO FAMILIAR HERNANDEZ FLOREZ.

Por la muerte de AUQUELIO JACINTO HERNANDEZ FLOREZ, reclaman Espedito Rafael Hernández, quien predica ser el padre natural de la víctima y la señora Cruz María Flórez Peralta, madre del occiso.

Pruebas.

a) Al folio 67 del cuaderno número 1 obra el certificado de registro civil de nacimiento de Auquelio Jacinto Hernández Flórez, en el cual se recoge la siguiente manifestación: "Hijo natural reconocido de Expedito Rafael Hernández Estrada y Cruz María Flórez Peralta";

b) Al folio 68 del cuaderno número 1, obra la partida de defunción de Auquelio Jacinco Hernández Flórez;

c) Dentro del informativo sólo obra el texto de la declaración rendida dentro del proceso por el señor Oscar Pérez, quien se limitó a decir que un hijo suyo trabajaba con él en Carrocerías Romero, pero que ignoraba cuánto ganaba. Precisa sí que el occiso sostenía a su señora madre;

d) En la relación de cadáveres levantados por la Inspección Permanente de Policía, aparece el de Auquelio Jacinto Hernández.

Condenas.

Las pretensiones por perjuicios materiales y morales subjetivos del señor Espedito Rafael Hernández, serán despachados desfavorablemente, pues no acreditó ser el padre natural de la víctima, por las razones de orden jurídico que en antes se precisaron. Con la simple constancia que aparece en el certiifcado de registro de nacimiento, no es posible para el sentenciador dar por probado el estado civil del occiso, respecto de quien afirma ser su padre.

Las pretensiones de la señora Cruz María Flórez Peralta, por perjuicios materiales y subjetivos, no son consideradas pues en el proceso 3794, actor Víctor Callejas, se dictó sentencia el día 6 de mayo de 1988, Consejero ponente: Doctor Jorge Valencia Arango, y se condenó al pago de quinientos gramos de oro (500), por perjuicios morales subjetivos, en favor de la madre Cruz María Flórez Peralta.

C) *RELACION DE CAUSALIDAD ENTRE EL DAÑO Y EL PERJUICIO CAUSADO.*

Para las mentes ociosas y calenturientas, que con ocasión de los fallos de la Sala vienen cuestionando a través de anónimos el alcance de los fallos de la Sala, por la tragedia de corralejas, parece conveniente recordar que, respecto de la relación de causalidad entre el daño y el perjuicio causado, la Sala, en sentencia de veinticinco (25) de abril de mil novecientos ochenta y ocho (1988), Expediente número 3882, Actor Jaime Arturo Bertel Martínez y otros, Consejero, doctor Carlos Betancur Jaramillo, hizo algunas precisiones, que son simple aplicación de jurisprudencia reiterada de la Corte Suprema de Justicia, sobre la materia, como en adelante se destacará. En el referido proveído se anotó:

"Si bien es cierto que el proceso para mostrar una causalidad ocasional ya que existió una causa primera, eficiente, que por sí sola podría tomarse como productora del perjuicio, no lo es menos que en el fondo se produjo la concurrencia de fallas o culpas determinantes, de tal manera que bien pudo demandarse a uno solo de los culpables o a todos en forma solidaria.

"Para corroborar este aserto basta observar el desarrollo de los hechos:

"Los constructores de los palcos fueron los responsables iniciales. Construyeron mal, sin técnica alguna, con materiales usados y de baja calidad.

"Pero esa construcción tenía que ser controlada y supervigilada por las autoridades municipales, a cuyo cargo estaba la organización de los festejos y corridas (el Municipio y la Junta).

"Al no hacerlo, esa entidad incurrió en grave omisión y conformó con la construcción deficiente hecha por 'los dueños' de los palcos, una concausa eficiente.

"La autoridad policiva, a su turno, descuidó sus deberes de velar por la vida e integridad de los asociados y pese a conocer el estado de los palcos y la falta de control por parte de las autoridades municipales, nada hizo para evitar la tragedia que se anunciaba en forma elocuente. Se limitó a mirar, como consta en autos.

"Fuera de esto, los organismos de salud tampoco hicieron nada para evitar la tragedia. Se dejaron contagiar por la irresponsabilidad circundante.

"En suma, nadie quiso actuar correctamente. Con uno que lo hubiera hecho, es muy posible que nada habría pasado".

Como en antes se dijo, la filosofía jurídica anterior la ha venido predicando la Corte Suprema de Justicia en forma reiterada. Así en sentencia de seis (6) de agosto de mil novecientos ochenta y cinco (1985), Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero. Proceso ordinario. Actor: Victoriano Velilla y otros contra la Cooperativa de Habitaciones para Empleados Limitada, recordó:

> "1. Quien por fuera del campo contractual ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es apenas obvio que la ley le imponga al causante del perjuicio la obligación de indemnizar a la víctima, así el autor del hecho dañino se encuentre cumpliendo, en determinado evento, actividades innegablemente útiles y plausibles, porque si bien el ordenamiento lo autoriza para ejercer y lucrarse de su propio derecho, de otro lado lo constriñe a asumir una conducta prudente y, de tal manera, que no hiera o lesione injustamente los derechos de los demás.
>
> "2. En Colombia se recoge el principio generalizado fundamentalmente en el derecho occidental, consistente en que el que causa un daño a otro debe repararlo, postulado este que se encuentra traducido legalmente en los términos siguientes: 'El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro,

es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido' (art. 2341 del C. C.).

"3. La regla precedente, en armonía con otras de que trata el Título 34 del Libro IV del Código Civil y con algunos preceptos de la legislación penal (arts. 104 y 105), delimitan el campo de los legitimarios activos y pasivos de la acción indemnizatoria, al sentar que por el primer aspecto le corresponde a quien ha sufrido el daño y, por el segundo, debe intentarse contra el autor del mismo.

"4. Empero, en el desenvolvimiento de los hechos puede suceder que el daño se haya ocasionado por una única persona, como también puede acontecer que en su producción hayan concurrido o participado varias. La primera hipótesis es más simple que la segunda, como quiera que los titulares activo y pasivo de la acción, por ser únicos, se exteriorizan con mayor facilidad. Por el contrario, la segunda hipótesis, por ser más compleja, al intervenir varias personas en la ocurrencia del hecho dañino, la ley compromete solidariamente a los partícipes de todo el perjuicio proveniente del mismo delito o cuasidelito, al establecer en el artículo 2344 del Código Civil la regla siguiente: 'Si un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo el perjuicio procedente del mismo delito o culpa, salvas las excepciones de los artículos 2350 y 2355'.

"5. Entonces, si por ministerio de la ley se establece que siendo varios los autores del daño cada uno de ellos será solidariamente responsable de todo perjuicio ocasionado con el hecho dañino se tiene, con fundamento en la misma normatividad, que la víctima o acreedor queda facultado para exigir la totalidad del crédito respecto de todos los deudores solidarios conjuntamente, o igualmente por la totalidad contra cualquiera de ellos, a su arbitrio, sin que éstos pueden oponerle el beneficio de división (arts. 1568 inciso 2º y 1571 del C. C.).

"6. La Corte, en las diversas ocasiones en que se le ha sometido el tema de la pluralidad de autores en la producción del hecho dañino, originado en el mismo delito o culpa, y de su responsabilidad solidaria en la indemnización, ha precisado los alcances del artículo 2344 del Código Civil, en los términos siguientes:

"a) 'Cuando hay de por medio varios responsables de un accidente, la obligación de resarcir los perjuicios es solidaria, lo que quiere decir que esos perjuicios se pueden reclamar de uno cualquiera de los responsables, según lo preceptúa el artículo 2344 del Código Civil, en armonía con el 1571. El que realiza el pago se subroga en la acción contra el otro u otros responsables, según los artículos 1579 y siguientes' (LXX, pág. 317 y LXXII, pág. 810);

"b) 'En numerosas ocasiones la jurisprudencia ha definido el alcance del concurso activo de las culpas en la causación de

los daños irrogados a otro, en el sentido de declarar la responsabilidad *in solidum* de todos aquellos cuya conducta culposa o negligente haya contribuido a la producción de esos daños, por lo cual no pueden ser recibidos a exculparse alegando la conducta igualmente censurable de su copartícipes. Tal doctrina fluye con toda claridad de normas legales, como los artículos 2341 y 2344 del Código Civil, cuya aplicabilidad depende, entonces, de una simple regla de apreciación de los hechos, a saber: Si el daño se hubiere producido sin la conducta culposa a que se pretende atribuir, no hay responsabilidad; pero si esta conducta obra como causa única o concurrente, dicha responsabilidad queda configurada' (CXXIV, pág. 411);

"c) 'Según el artículo 2344, cuando dos o más personas incurren en un mismo ilícito responden solidariamente, así se trate de hechos instantáneos o de extensa duración. Lo que interesa para efectos de la solidaridad no es el proceso mismo causante del daño, sino su resultado. Por ejemplo: En el caso de homicidio cometido por varias personas en forma lenta y prolongada, como ocurre, verbigracia, cuando diaria y sistemáticamente se intoxica a alguien con veneno colocado clandestinamente en los alimentos que ingiere, es cierto que se trata de intervenciones distintas y separadas, dentro del proceso de agotamiento de la salud de la víctima, pero constituyen apenas etapas en la producción de un resultado único: La muerte. Con sobrada razón debió prever el legislador colombiano que, en eventos como el ejemplo dado, no pueden nacer obligaciones de indemnizar simplemente conjuntas, esto es, de objeto divisible, sino obligaciones solidarias. El vínculo entre los agentes del hecho ilícito prolongado, y su víctima, tiene que ser uno solo, por el todo, sin perjuicio del *commodum* entre los deudores, o sea, la repartición de la indemnización, una vez pagada por cualquiera de ellos, en justas proporciones entre los mismos, problema que en manera alguna atañe a la víctima acreedora, en cuyos derechos se subroga el deudor que paga la indemnización *in integrum* (art. 1579, C. C.)' (Cas. Civ. de 30 de abril de 1976 CLII, 123).

"7. La doctrina foránea, como la francesa, en donde no existe un texto legal que proclame la responsabilidad solidaria por la indemnización de los perjuicios provenientes de un delito o cuasidelito cuando es cometido por varias personas, semejante al artículo 2344 del Código Civil Colombiano, tal circunstancia no ha sido óbice para que los tribunales de dicho país y los tratadistas más autorizados se hayan inclinado, en principio, por la responsabilidad solidaria, en la medida en que concurran los presupuestos siguientes: a) Que cada uno de los partícipes haya cometido una culpa; b) Que la culpa cometida por cada uno haya causado el daño; c) Que el daño cometido por varios sea único.

"En explicación sobre el último de los presupuestos dichos, ha precisado la doctrina extranjera que si los delitos o cuasidelitos son varios e independientes entre sí, como si uno atropella a un peatón y otro, aprovechando esa circunstancia, pasa y le sustrae el reloj, como se trata de dos hechos ilícitos, desligados

por entero el uno del otro, no hay solidaridad. Empero, por el contrario, sí se ofrece la solidaridad, porque procede del mismo delito o cuasidelito, cuando varias personas se ponen de acuerdo para la ejecución de un delito o cuando, sin concretarse, lo ejecutan en común, como si un individuo, al observar que otro pretende herir a un tercero, sujeta a éste para que aquél pueda lograr su propósito; o si el cuasidelito proviene de la culpa de varios, como acontece cuando dos automotores que, al hacer colisión a causa de que ambos conductores infringieron las normas de tránsito, lesionan a un peatón.

"8. Avanzando la doctrina en punto de responsabilidad solidaria cuando el delito o culpa ha sido cometido por varias personas, ha sostenido, además, que no se opone a la solidaridad pasiva la circunstancia de que los autores del hecho dañino no actúen simultáneamente sino en forma sucesiva, como acontece cuando un mismo daño es el resultado de la reunión de las culpas sucesivas. Y de este criterio participa la jurisprudencia nacional al afirmar que 'no es, pues, de recibo la tesis de que el citado artículo 2344 sólo es aplicable a quienes simultáneamente cometen hecho ilícito determinado, de modo que si su intervención en éste es sucesiva e independiente, sea preciso dividir la indemnización proporcionalmente, a efecto de que la víctima la cobre por partes. Esto es, precisamente, lo que la disposición en comento se propone evitar, aliviando a la parte acreedora de la carga de probar hasta dónde llegó la intervención de cada uno de los agentes del ilícito, extremo que resultaría, si no imposible, por lo menos muy difícil de demostrar, por ser ajeno al campo de sus actividades' (Cas. Civ. de 30 de abril de 1976, CLII, 123).

"9. Igualmente procede la responsabilidad solidaria sin que interese que el delito o causidelito sean por acción o por omisión, pues si el daño se produce porque una persona actúa imprudentemente y otra omite tomar las medidas y precauciones que le incumbía para evitarlo, una y otra son solidariamente responsables, porque con sus conductas (activa y pasiva) han contribuido a su producción.

"10. Aclarado lo anterior, se tiene que el codeudor que indemniza a la víctima, tiene derecho a que los demás le reembolsen la parte que a cada uno corresponde en la deuda. Empero, cuando todos participan en la realización del daño, sin que aparezca claramente establecido el monto de los perjuicios de cada cual, o quién causó con su conducta más perjuicios, lo equitativo y justo es que, en tal evento, para sus relaciones internas, se distribuya por iguales partes, como lo pone de presente la doctrina más generalizada y aceptable".

D) *VALORACION DE LA CONDUCTA ASUMIDA POR EL ALCALDE DE SINCELEJO.*

No obstante que al folio 215 del cuaderno número 1 aparece el acta en que consta que el día veintiuno (21) de julio de mil novecientos ochenta y dos (1982), se le notificó la demanda al Alcalde de Sincelejo, doctor Pedro Padilla Gómez, éste nada hizo para que el Municipio

fuera representado dentro del proceso, pues ni siquiera constituyó apoderado. Esa conducta bien puede calificarse de indolente, y a juicio de la Sala, amerita que sea investigada por la Procuraduría General de la Nación, para que se precisen sus responsabilidades administrativas en el presente caso. El alto funcionario, que estaba *in situ*, y que conocía la magnitud de la tragedia, y también sus posibles consecuencias de orden económico para la comunidad, que es la que al fin y al cabo paga todas las desidias de sus representantes, ha debido actuar con la prudencia y diligencia que su investidura demandaba, siquiera para dejar la sensación, ante propios y extraños, de que el Municipio de Sincelejo tenía doliente.

Aunque el apoderado de la Nación, Policía Nacional, presentó un excelente alegato de conclusión y solicitó pruebas, en el momento procesal oportuno, no parece acomodarse su conducta a la diligencia profesional, al no asistir a la diligencia en que se recepcionaron todos los testimonios que valoró la Sala en este proveído. Esta prueba fue de especial importancia para precisar ingresos de las víctimas, dependencia económica de los demandantes respecto de la misma, etc. La presencia del apoderado de la parte actora en tal diligencia es de suyo bien explicativa de la importancia que la audiencia tenía.

Si se hacen las anteriores consideraciones marginales, es para que la comunidad tenga la cabal comprensión de las circunstancias particulares del proceso y, con mejores elementos de juicio, no lance sobre sus Jueces cargos infundados respecto de las sentencias que a la ligera consideran contrarias a derecho, onerosas y hasta concebidas con intenciones torcidas. El enjuiciamiento hay que hacerlo en la fuente, para cobijar con él a los representantes de los distintos centros de imputación jurídica de la administración y sus apoderados, dentro de los procesos, que, en más de una ocasión, salen de él sin pena ni gloria. El profesional del derecho que litiga no puede pretender, a cada paso, que el sentenciador le llene sus vacíos de conducta probatoria a través de la prueba de oficio, aspiración que actualmente atropella en pedimentos a la magistratura, como pretendiendo que ésta sea al mismo tiempo Juez y parte. Al formular estos reparos en la conducta de los profesionales del derecho no se hace cosa distinta que defender el noble ejercicio de la profesión. Por ello Piero Calamandrei recuerda que:

"...deberían ser los Jueces los más vigorosos defensores de la abogacía, pues sólo cuando los abogados son independientes, pueden los Jueces ser imparciales; sólo cuando se respeta a los abogados, se honra a los Jueces, y *cuando se desacredite la abogacía, lo que en primer término se resiente es la dignidad de los Magistrados y se torna mucho más difícil y angustiosa su justicia*" (Elogio de los Jueces. Tercera Edición, pág. LXIX).

Finalmente la Sala no consideró necesario hacer audiencia pública, en el caso en comento, como lo solicitó el apoderado de los demandantes, por tener la cabal comprensión del asunto.

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: La Nación colombiana —Ministerio de Defensa—, Policía Nacional y el Municipio de Sincelejo, son administrativa y solidariamente responsables por las muertes de Daiz o Daiz Enrique Monterroza Martínez, Luis Alberto Martínez Carrascal, Rufino Capachero Pérez, José de los Santos Acevedo Navarro y Ender Javier Márquez Romero, y por la invalidez permanente total de Juan Elías Márquez Arroyo, con motivo del derrumbamiento de varios palcos de la plaza de toros Hermógenes Cumplido, el día veinte (20) de enero de mil novecientos ochenta (1980).

Segundo: Como consecuencia de la declaratoria anterior, *condénase solidariamente* a la Nación colombiana —Ministerio de Defensa—, Policía Nacional, y al Municipio de Sincelejo, a pagar, por los siguientes conceptos, las sumas de dinero que a continuación se señalan:

A) A título de indemnización por perjuicios morales subjetivos:

1º El equivalente a *un mil gramos de oro (1.000),* al precio que certifique el Banco de la República a la fecha de la ejecutoria de la presente sentencia, a la madre natural del occiso, Daiz o Daiz Enrique Monterroza Martínez, señora Beatriz Leonor Martínez.

2º El equivalente a *un mil gramos de oro (1.000),* al precio que certifique el Banco de la República a la fecha de la ejecutoria de la presente providencia, a la madre legítima del finado Luis Alberto Martínez Carrascal, señora Alix Cristina Carrascal.

3º El equivalente a *quinientos gramos de oro (500),* al precio que certifique el Banco de la República, a la fecha de ejecutoria de ésta sentencia, a los hermanos de Luis Alberto Martínez Carrascal, señores William Enrique y Edgard Antonio Martínez Carrascal.

4º El equivalente a *un mil gramos de oro (1.000),* al precio que certifique el Banco de la República, a la fecha de ejecutoria del presente proveído, a la compañera permanente de la víctima, Rufino Capachero Pérez, señora Belarmina Méndez Morales.

5º El equivalente a *un mil gramos de oro (1.000),* al precio que certifique el Banco de la República, a la fecha de ejecutoria del presente fallo, a la madre legítima del occiso, José de los Santos Acevedo Navarro, señora María Leonor Navarro de Acevedo.

6º El equivalente a *quinientos gramos de oro (500),* al precio que certifique el Banco de la República, a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, al hermano legítimo del finado, José de los Santos Acevedo Navarro, señor José Pablo Acevedo Navarro.

7º El equivalente a *un mil gramos de oro (1.000),* al precio que certifique el Banco de la República, a la fecha de ejecutoria de este proveído, a la madre natural del finado, Ender Javier Márquez Romero, señora Etilvia Rosa Romero.

8º El equivalente a *trescientos gramos de oro (300),* al precio que certifique el Banco de la República, a la fecha de ejecutoria de esta sentenecia, a Greys Márquez Romero.

9º El equivalente a *quinientos gramos de oro (500)*, al precio que certifique el Banco de la República, en el momento en que quede ejecutoriada la presente sentencia, al señor Juan Elías Márquez Arroyo, por los perjuicios morales subjetivos que sufrió con ocasión de las lesiones invalidantes que tiene.

B) A título de indemnización por perjuicios materiales, las sumas que se liquiden en el incidente de los artículos 172 del Código Contencioso Administrativo, y 308 del Código de Procedimiento Civil, siguiendo para ello, las pautas fijadas en los considerandos de esta sentencia, en favor de:

1º Alix Cristina Carrascal, madre legítima del finado Luis Alberto Martínez Carrascal.

2º Juan Elías Márquez Arroyo, por las lesiones invalidantes que acreditó dentro del proceso.

Tercero: Las sumas reconocidas por perjuicios morales subjetivos devengarán los intereses del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, a partir de la ejecutoria de esta sentencia, y las reconocidas a título de indemnización de perjuicios materiales, devengarán intereses a partir de la ejecutoria de la providencia que liquide la condena en abstracto.

Cuarto: Deniéganse todas las demás súplicas de la demanda que ha dado origen al presente proceso, por las razones expuestas a lo largo de este fallo.

Quinto: Envíese copia de esta sentencia, a la Procuraduría General de la Nación, para que investigue la conducta administrativa del señor Pedro Padilla Gómez, Alcalde de Sincelejo, en el momento en que se le notificó la demanda.

Cópiese, notifíquese, publíquese, comuníquese y cúmplase.

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

Arturo Mora Villate, Secretario.

ESTADO CIVIL DE HIJO NATURAL.— Prueba.

El estado civil de las personas se prueba mediante instrumentos públicos que pueden ser de dos clases: Las actas y los certificados que, con base en los libros y tarjetas del registro del estado civil, expidan los funcionarios encargados por la ley de llevarlo.

Referencia: Expediente número 3571. Actor: Digna Rosa González, Dilia María Pérez Mercado, Beatriz Leonor Martínez y otros. Demandado: La Nación (Ministerio de Defensa) y Municipio de Sincelejo.

Salvedad de voto del Consejero *doctor Antonio José de Irisarri Restrepo.*

Con todo respeto me separo de la decisión adoptada en la anterior sentencia en cuanto no accedió a reconocer indemnización de perjuicios en favor de algunos de los demandantes por considerar que dentro del proceso no se demostró debidamente su calidad de hijos naturales de sus respectivos padres.

La sentencia de que discrepo sostienen, básicamente, que los certificados de registro civil de nacimiento aportados no son pruebas idóneas para acreditar el estado civil de hijo natural porque omiten indicar "quién, cuándo y cómo se hizo ese reconocimiento" y que, así como no basta que en un certificado se afirme que "Juan es hijo legítimo de María, pues ello demanda la prueba del correspondiente matrimonio, tampoco es de recibo que se omita en el certificado la precisión y conocimiento del medio probatorio que le permitió al Notario hacer el registro..."

Mi disentimiento respecto de la tesis anterior encuentra fundamento en el texto de las siguientes disposiciones, cuya claridad es tal, a mi modo de ver, que relevarían de mayores disquisiciones y comentarios.

I. Disponen los artículos 52, 53, 54 y 60 del Decreto-ley 1260 de 1970 o estatuto del registro del estado civil de las personas, lo siguiente:

a) "Artículo 52. La inscripción del nacimiento se descompondrá en dos secciones: Una genérica y otra específica. En aque-

lla se consignarán solamente el nombre del inscrito, su sexo, el municipio y la fecha de su nacimiento, la oficina donde se inscribió y los números del folio y general de la oficina central.

"En la sección específica se consignarán, además, la hora y el lugar del nacimiento; el nombre de la madre; el nombre del padre; en lo posible, la identidad de una y otro, su profesión u oficio, su nacionalidad, su estado civil y el código de sus registros de nacimiento y matrimonio; el nombre del profesional que certificó el nacimiento y el número de su licencia.

"Además, se imprimirán las huellas plantares del inscrito menor de siete años, y la de los dedos pulgares de la mano del inscrito mayor de dicha edad.

"La expresión de los datos de la sección genérica constituye requisito esencial de la inscripción";

b) "Artículo 53. En el registro de nacimiento se inscribirá como apellido del inscrito el del padre, si fuere hijo legítimo, o hijo natural reconocido o con paternidad judicialmente declarada; en caso contrario, se le asignará el apellido de la madre".

c) "Artículo 54. Si el inscrito fuere denunciado como hijo natural, el funcionario encargado de llevar el registro del estado civil preguntará al denunciante acerca del nombre, apellido, identidad y residencia de los padres, y anotará el nombre de la madre en el folio.

"En cuanto al padre, sólo se escribirá su nombre allí cuando esa calidad sea aceptada por el propio declarante o como testigo. Si la paternidad se atribuye a persona distinta de ellos, las anotaciones correspondientes, junto con las bases probatorias de tal imputación, expresadas por el denunciante, previa exigencia de no faltar a la verdad, bajo su firma y la del funcionario, se harán en hojas especiales, por duplicado" (Subraya el suscrito).

d) "Artículo 60. Definida legalmente la paternidad o la maternidad natural, o ambas, por reconocimiento o decisión judicial en firme y no sometida a revisión, el funcionario encargado de llevar el registro del estado civil que tenga el registro de nacimiento del hijo, procederá a corregirla y a extender una nueva acta con reproducción fiel de los hechos consignados en la primitiva, debidamente modificados, como corresponde a la nueva situación. Los dos folios llevarán anotaciones de recíproca referencia".

II. Un poco más adelante, el Título X del estatuto del registro del estado civil de las personas se refiere ya, concreta y específicamente, a las pruebas del estado civil con disposiciones como las siguientes:

1. "Artículo 101. El estado civil debe constar en el registro del estado civil.

"El registro es público, y *sus libros y tarjetas, así como las copias y certificados que con base en ellos se expidan, son instrumentos públicos"* (Subraya el suscrito).

2. "Artículo 103. *Se presume la autenticidad y pureza* de las inscripciones hechas en debida forma en el registro del estado civil. No obstante, podrán rechazarse, *probando la falta de identidad personal,* esto es, el hecho de no ser una misma la persona a que se refieren la inscripción o los documentos en que ésta se fundó y la persona a quien se pretende aplicar" (Subraya el suscrito).

3. "Artículo 106. Ninguno de los hechos, actos y providencias relativos al estado civil y la capacidad de las personas, sujetos a registro, hace fe en proceso ni ante ninguna autoridad, empleado o funcionario público, si no ha sido inscrito o registrado en la respectiva oficina, conforme a lo dispuesto en la presente ordenación, salvo en cuanto a los hechos para cuya demostración no se requiera legalmente la formalidad del registro".

III. Seguidamente, el Título XI del mencionado estatuto se ocupa en regular lo relativo a las copias y certificados que pueden expedir los funcionarios encargados de llevar el registro del estado civil de las personas. A dicho Título pertenecen las siguientes:

A) "Artículo 110. Los funcionarios encargados de llevar el registro del estado civil y la oficina central podrán expedir copias y certificados de las actas y folios que reposen en su archivos.

"No se podrán expedir copias de certificados.

"Los certificados contendrán, cuando menos, los datos esenciales de toda inscripción y los de aquella de cuya prueba se trate.

"Tanto las copias como los certificados se expedirán en papel competente y bajo la firma del funcionario que los autoriza";

B) "Artículo 112. 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 judicial de paternidad en firme y no sometida a revisión,* y en fuerza de ellos se corrija la inscripción inicial" (Destaca el suscrito);

C) "Artículo 115. *Las copias y los certificados* de las actas, partidas y folios del registro de nacimientos *se reducirán a la expresión del nombre, el sexo y el lugar y la fecha del nacimiento.*

"*Las copias y certificados que consignen el nombre de los progenitores y la calidad de la filiación,* solamente podrán expedirse en los casos en que sea necesario demostrar el parentesco y con esa sola finalidad, previa indicación del propósito y bajo recibo, con identificación del interesado.

"La expedición y la detentación injustificadas de copias o certificados de folios de registro de nacimiento con expresión de los datos específicos mencionados en el artículo 52, y la divulgación de su contenido sin motivo legítimo, se considerarán atentados contra el derecho a la intimidad y serán sancionadas como contravenciones, en los términos de los artículo 53 a 56 del Decreto-ley 1118 de 1970" (Sublíneas mías).

IV. De las ya un poco largas transcripciones anteriores, paréceme que resultan nítidas las siguientes conclusiones:

1ª Que el estado civil de las personas se prueba mediante instrumentos públicos que pueden ser de dos clases: Las actas y los certificados que, con base en los libros y tarjetas del registro del estado civil, expidan los funcionarios encargados por la ley de llevarlo.

2ª Que se presume, con presunción *"juris tantum"*, la autenticidad y pureza de las inscripciones hechas en debida forma en el registro civil.

3ª Que en tratándose de hijos naturales, el nombre del padre sólo se anotará en el folio cuando esa calidad sea aceptada espontáneamente por el propio declarante o como testigo, de donde se infiere lógicamente que si el nombre del padre natural figura inscrito es porque aceptó esa calidad.

4ª Que la calidad de hijo natural tanto respecto del padre como de la madre o de ambos, no se establece con el acto mismo del reconocimiento ni con la sentencia judicial en firme y no sometida a revisión que así lo haya declarado sino con el registro público del estado civil de hijo natural en que se haya inscrito el respectivo acto o sentencia. Tal inscripción se prueba con los libros y tarjetas que conformen el registro del estado civil y con las copias y certificados que, con base en ese registro y las anotaciones que en él consten, expidan los funcionarios encargados de llevarlo, y

5ª Que, si de conformidad con el artículo 112 del Decreto 1260 de 1970, las copias de actas o folios de registro de nacimiento de un hijo natural y los certificados que con base en ellos se expidan deben omitir el nombre del presunto padre mientras no sobrevenga reconocimiento o declaración judicial de la paternidad firme, no sujeta a revisión, resulta apenas obvio deducir *"a contrario sensu"* que si existe una copia del acta o folio, o un certificado expedido con base en ellos que mencione el nombre del padre, es porque ante el funcionario encargado de llevar el registro del estado civil se acreditó, en debida forma, el acto de reconocimiento o la sentencia que declaró la paternidad. Esta conclusión se refuerza aún más si se considera la presunción legal de autenticidad y pureza que ampara a las inscripciones hechas en el registro del estado civil de las personas.

V. De otra parte, cuando la sentencia de que discrepto parcialmente niega valor probatorio a los certificados aportados y que en ella se glosan, está desconociendo la fe debida a los instrumentos públicos de conformidad con los artículos 258, 262 numeral 3 y 264 del Código de Procedimiento Civil, en armonía con el 101 del Decreto-ley 1960 de 1970. En efecto: Según el primero de tales preceptos, la prueba que resulte de los documentos públicos (y los certificados en cuestión lo son, a términos de los arts. 251, inciso 3º del C. de P. C. y 101 del Decreto-ley 1960 de 1970), es indivisible y comprende aún lo meramente enunciativo siempre que tenga relación directa con lo dispositivo del acto o contrato; y de conformidad con el numeral 3 del artículo 262 del mismo Código, tienen el carácter de documentos públicos las certificaciones expedidas por los notarios, en los casos

autorizados por la ley (y los certificados en cuestión son expedidos por notarios públicos, en casos expresamente autorizados por el Decreto-ley 1260 de 1970).

VI. Los certificados que la sentencia que procede descalifica como pruebas idóneas del estado civil de hijos naturales, son *documentos o instrumentos públicos*. Ello implica que hacen plena prueba en cuanto al hecho de haberse otorgado o extendido en determinada fecha y respecto de las declaraciones que en ellos haga el funcionario que los autoriza (C. de P. C., art. 264) y, además, que gozan de una presunción de autenticidad (C. de P. C., art. 252) que permanece incólume mientras no se compruebe lo contrario mediante tacha de falsedad, la cual debe someterse a los requisitos de procedencia y trámite procesal previstos en los artículos 289 a 293 del estatuto procesal civil.

No obstante la evidencia de lo anterior, no existe en el expediente el menor rastro de que la parte demandada o el Ministerio Público hubiesen propuesto la tacha de falsedad de los certificados que la sentencia considera como no idóneos para acreditar el estado civil de hijos naturales. Sin embargo, la decisión mayoritaria de la cual me aparto desconoce la presunción de autenticidad no desvirtuada de conformidad con lo que la ley preceptúa, y lo hace olímpicamente con argumentaciones que respeto pero no comparto dada su precariedad jurídica, según creo haberlo demostrado.

Atentamente,

Antonio José de Irisarri Restrepo, Consejero de Estado.

Fecha *ut supra*.

LIQUIDACION DE CONDENA.— Pautas.

Referencia: Expediente número 3571. Actor: Digna Rosa González y otros. Sentencia de fecha julio 21 de 1988.

Aclaración de voto del Consejero *doctor Carlos Ramírez Arcila.*

En el negocio de la referencia, al resolverse sobre las reclamaciones del grupo familiar Martínez Carrascal se dice que "por la muerte de Luis Alberto Martínez Carrascal, reclaman:

Su madre Alix Cristina Carrascal y sus hermanos William Enrique y Edgard Antonio Carrascal.

En la demostración de sus relaciones familiares, varios testigos afirman que Luis Alberto vivía con su mamá y sus hermanos William y Edgard (cuaderno 1, fls. 285, 286 y 287). Al hacer las condenas por perjuicios morales, se asigna para la madre la suma de 1.000 gramos de oro y para cada uno de los hermanos, la cantidad de 500 gramos de oro. En cuanto a los perjuicios materiales, para estos últimos no se hizo reconocimientos alguno, porque no fueron impetrados, y para la madre se hace la condena, para que su monto se fije siguiendo la tramitación incidental de que trata el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, con sujeción a las siguientes pautas:

"1ª Se tomará como fecha de nacimiento de Luis Alberto Martínez Carrascal, el día ocho (8) de julio de mil novecientos sesenta (1960), y se indemnizará el período comprendido entre el 20 de enero de mil novecientos ochenta (1980) y la fecha en que el occiso cumpliría veinticinco años".

"2ª Se tendrá como ingresos los que se determinen como rentas exclusivas de trabajo sobre el total de los que haya declarado en los tres últimos años de vida, según declaraciones de renta oportunamente presentadas, esto es, que no sean extemporáneas, y con apoyo en ellas se fijará el promedio anual. A falta de tales declaraciones se tendrá en cuenta el salario mínimo vigente para mil novecientos ochenta (1980)".

"3ª Se descontará un veinticinco por ciento (25%), como lo que el difunto dedicaba a su propia subsistencia y el setenta y cinco por ciento restante (75%) se tomar como lo que destinaba a la supervivencia de su madre".

"4ª El período indemnizado se actualizará atendiendo a los índices del costo de vida, certificados por el DANE, más un interés del seis por ciento anual (6%), teniendo el buen cuidado de no capitalizar estos intereses" (fl. 101 de la sentencia).

Mi salvedad en el voto se relaciona con la pauta 3ª, donde se parte de la base de que el hijo destinaba el 25% para su propia subsistencia y el 75% para la supervivencia de su madre. Yo considero que de estos hijos tan buenos no se dan tan fácilmente y que en la práctica más bien sucede lo contrario, que el 75% se dedica para gastos personales y el 25% para la supervivencia de la madre. En este caso concreto en que los hermanos no impetraron para ellos perjuicios materiales, excepcionalmente se hubiera podido aflojar la proporción a un 50%, aunque la ausencia de pretensión parcial de estos último no debiera modificar la lógica de las proporciones correspondientes.

Con mi salvedad en ningún momento he pretendido criticar una práctica distributiva, que parece es reiterada en el Consejo de Estado, sino simplemente dejar sembrada con todo respeto una inquietud que ojalá algún día se abra paso porque sinceramente la considero más ajustada a la vivencia existencial.

Carlos Ramírez Arcila, Consejero de Estado.

Bogotá, agosto 4 de 1988.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.— FALLA DEL SERVICIO.

La noción de falla del servicio tiene un carácter relativo, pudiendo el mismo hecho según las circunstancias, ser reputado como culposo o como no culposo.

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

Consejero ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Radicación número 5125. Apelación sentencia. Actor: Ernestina Almario, María Elvira Hernández y otros. Demandado: La Nación —Policía Nacional—.

I

Agotada la tramitación procesal de ley, sin que se observe causal que vicie la actuación, procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por el procurador judicial de los demandantes, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Huila, el día veinticinco (25) de abril de mil novecientos ochenta y siete (1987), que denegó las pretensiones de la demanda por las razones que en el referido proveído se precisan.

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

"Ernestina Almario viuda de Duarte en su propio nombre y representación de sus hijos menores: Libardo y Gimena Duarte Almario, Lucrecia, Clara Yaneth, Ruth y Humberto Duarte Almario; María Elvira Hernández viuda de Duarte en su propio nombre y en representación de sus hijos menores: Fernando, Jorge y Yolima Duarte Hernández, Juan de la Cruz Duarte Navia, Graciela Duarte de Duarte y Stella Duarte de Almario, mediante apoderado en ejercicio de la acción de reparación directa, presentan demanda contra la Nación (Policía Nacional) y solicitan que con citación y audiencia del señor Ministro de Defensa, del Secretario General de dicho Ministerio y del Director General de la Policía Nacional y previos los trámites de un proceso ordinario, el Tribunal haga las siguientes o similares declaraciones y condenas:

"*Primera.* La Nación colombiana (Policía Nacional), es civil y administrativamente responsable del secuestro y posterior muer-

te violenta de Libardo, y Jorge Duarte Navia ocurrido durante el año de 1983, en las inmediaciones del Municipio de Suaza, Departamento del Huila.

"*Segunda.* La Nación colombiana (Policía Nacional) deberá indemnizar, de los daños y perjuicios de todo género ocasionados a los demandantes, por el secuestro y posterior muerte violenta de Libardo y Jorge Duarte Navia, teniendo en consideración las siguientes pautas y factores:

"a) Se actualizarán los ingresos de Libardo y Jorge Duarte Navia, a la época en que se vayan a liquidar los daños materiales;

"b) Se pagará a cada uno de los demandantes, a título de perjuicios morales subjetivos, la suma de dinero necesaria para adquirir a la época de la sentencia o de la liquidación de los perjuicios, la cantidad de dos mil (2.000) gramos de oro puro para las viudas e hijos demandantes y de mil (1.000) gramos de oro puro para cada uno de los restantes demandantes, conforme a la cotización que al efecto certifique el Banco de la República, o en su defecto, empleados cualquiera otra fórmula, sistema o procedimiento, que resultare más favorable a los intereses de los demandantes y que fuere aceptada por el honorable Tribunal;

"c) Se distinguirán dos (2) períodos de indemnización a saber: Lo que se deba a la fecha de la sentencia o del auto aprobatorio de la liquidación o en que posiblemente se efectúe el pago; y, lo futuro, vale decir, desde dicha fecha y hasta los límites máximos en el tiempo a que tiene derecho los integrantes de la parte demandante;

"d) Por la indemnización debida se reconocerán intereses del treinta y tres por ciento (33%) anual, o cualquier otro porcentaje que resultare de aplicar la fórmula de las matemáticas financieras.

"*Tercera.* Si no fuere posible establecer el monto de los perjuicios durante el plenario, la condena deberá hacerse en abstracto o, para lo cual se dispondrá el trámite del incidente respectivo, fijando las bases o pautas a que hubiere lugar, como lo disponen los artículos 172 y 178 del Código Contencioso Administrativo, y 308 del Código de Procedimiento Civil.

"*Cuarta.* La condena impuesta deberá cumplirse en las condiciones y términos a que se refieren los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo, so pena de que vencidos los términos de ley tenga que pagar intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a su ejecutoria y moratoria después de éste término, conforme a certificación que expida la Superintendencia Bancaria".

La demanda trae los siguientes hechos:

"1º Libardo y Jorge Duarte Navia, eran dos ejemplares empresarios, cabezas de dos respetadas y honorables familias con domicilio en el Municipio huilense de Suaza en cuya jurisdicción se encuentran varias de sus haciendas y casas.

"2º Su dedicación y amor al trabajo del campo los llevó a una sobresaliente posición económica en la región que despertó la codicia de los delincuentes que, con frecuencia, les solicitaban cuotas bajo amenaza de secuestro y de atentados contra su integridad y la de sus familias.

"3º Ese ambiente de terror se agudizó el 8 de diciembre de 1982, día en que agentes de la Policía Nacional que tenían conocimiento de las amenazas contra esos grandes y honrados patriotas que eran los finados, interceptaron a un grupo de los extorsionistas cerca a la casa de Libardo en la Inspección Departamental de Policía de Gallardo, jurisdicción del Municipio de Suaza, con un violento intercambio de disparos que dejó como saldo de un muerto y un herido entre los antisociales.

"El antisocial muerto fue identificado como Saúl N. y el herido, que perdió un ojo, al parecer responde al nombre de Leonel Ochoa Montealegre.

"4º El episodio descritos puso de presente a todo el mundo que las amenazas eran reales, que los antisociales estaban dispuestos a todo, incluso a enfrentarse a tiros con la policía, y que los Duarte Navia estaban en un *grave peligro*.

"5º El propio Libardo Duarte Navia así lo manifestó a sus amigos y familiares y así lo *declaró* en el proceso penal que se siguió por la muerte de Saúl N. el frustrado recaudador extorsionista; la declaración la recibió en primer lugar, con un angustioso llamado de protección, la policía de Suaza que se enfrentó a los antisociales el 8 de diciembre de 1982.

"6º Tan evidentes eran las amenazas contra Libardo Duarte Navia, especialmente después del aterrador incidente de 8 de diciembre, que la policía le asignó tres agentes para que le prestaran vigilancia, tanto a él como a su familia.

"Los agentes, entre ellos uno de apellido Cruz, otro de apellido Bohórquez, otro moreno uno rubio, fueron alojados en la casa de Libardo, ahí comían y eran atendidos con todo esmero.

"7º A pesar del *manifiesto peligro* y de la *amenaza* que se había convertido en permanente, por las retaliaciones que eran de esperarse por parte de los antisociales, a los pocos días del atentado que le costó la vida a uno de los delincuentes y no obstante que los anónimos seguían ensañándose con esa familia que no cejaba en su tarea de cultivar el campo y producir alimentos y riquezas para el país, le *fue suspendida la vigilancia de la policía a Libardo Duarte Navia y su familia*, precisamente en los momentos en que más la necesitaba.

"8º El 28 de enero de 1983, a los pocos días de haberle suspendido la vigilancia, fueron secuestrados Libardo y José Duarte Navia.

"9º Por el rescate de Libardo fueron solicitados concretamente, *dos millones de pesos ($ 2.000.000.00)*. Su adolorida y temerosa familia, ante la exorbitante suma de dinero en efectivo

que le solicitaban de un momento a otro, consiguió que los secuestradores se 'transaran' por un millón de pesos (1.000.000.00).

"10. Doña Ernestina Almario hoy viuda de Duarte, en su desespero por reunir ese dinero, tuvo que salir de muchas de las reses que poseían. Las vendió, entre otros, a los señores Nitor Maje, Marco Antonio Hernández Romero y Juan Sánchez.

"11. El primer millón de pesos ($ 1.000.000.00) les fue entregado a los secuestradores en un sitio de las montañas denominado Las Juntas, por Juan Duarte Navia quien por exigencia de los delincuentes, concurrió acompañado de los menores Libardo y Gimena Duarte Almario, hijos de una de las víctimas.

"12. Pero la voracidad de los secuestradores se aumentó, en represalia por la muerte de Saúl N. y exigieron otro millón de pesos ($ 1.000.000.00) que, para poderlo completar, fue incluso necesario recurrir a dos préstamos en la Caja Agraria de Suaza por las sumas de quinientos mil pesos ($ 500.000.00) y doscientos mil pesos ($ 200.000.00) con el pretexto de comprar ganado.

"13. El dinero les fue enviado con Daniel Almario Vieda a las montañas de la cordillera de Suaza. Pero el silencio sobre los secuestrados era absoluto.

"14. El día 25 de septiembre de 1983, el Alcalde Municipal de Guadalupe, en presencia de varios testigos, practicó el levantamiento de los cadáveres que luego fueron identificados como los hermanos Libardo y Jorge Duarte Navia. Dado su avanzado estado de descomposición, el médico legista estimó que su muerte debió producirse a principios del mes de febrero de 1983.

"15. El Teniente del Ejército Carlos Dueñas del Batallón Magdalena, quien participó activamente en el descubrimiento de los cadáveres y en la previa averiguación de los hechos, estimó que la muerte injusta de los dos hombres de bien, fue 'un ajustamiento' por parte de los secuestradores que no les perdonaron la muerte de su compinche Saúl N.

"16. Cualquiera que haya sido la consideración de la Policía, es claro que la suspensión de la protección que las autoridades *deben a todos los ciudadanos, aún en caso de que ni siquiera se la soliciten,* fue imprudente, irreflexiva, apresurada, irracional e irregular, y por consiguiente constitutiva de una clara falla del servicio, o mejor, de la Administración, que debe proteger la vida, honra y bienes de todos los ciudadanos. Como es falla de la Policía Nacional, se comprometió la responsabilidad de la Nación, que debe ser condenada al pago de todos los daños y perjuicios causados. Es que, como ha dicho la jurisprudencia del Consejo de Estado, el servicio insuficiente es peor que falta total del servicio.

"17. Libardo y Jorge Duarte Navia eran hijos legítimos de Juan de la Cruz Duarte y Gregoria Navia.

"18. Libardo contrajo matrimonio con Ernestina Almario y le sobreviven, además de la esposa, los siguientes hijos legítimos: Lucrecia, Clara Yaneth, María Ruth, Humberto, Libardo y Gimena, estos dos últimos menores de edad, y todos estudiantes. Lucrecia, la mayor, en este momento cursa 5º semestre de odontología en el Colegio Odontológico Colombiano (calle 13 número 4-38 de Bogotá) y Clara Yaneth *está matriculada en la Facultad de Bacteriología* de la Universidad Javeriana de Bogotá.

"19. Jorge había contraido matrimonio con María Elvira Hernández Zapata y le sobreviven, además de la esposa, sus hijos menores Fernando, Jorge y Yolima Duarte Hernández.

"20. Tanto Libardo como Jorge eran cabezas de sendas familias muy unidas, que tenía en ellos sus fuente de sostenimiento. No sólo atendía los gastos naturales del hogar, sino que se preocupaban porque sus hijos se educaran y en efecto les costeaban la educación en prestigiosos establecimientos. Ahora las fincas se encuentran abandonadas y están a cargo de un cuidandero. Pero ya no producen lo mismo que antes. Es más exacto decir que han dejado de producir. Además sería insensato y hasta criminal pedirles a las viudas y a los huérfanos que se apersonaran de sus propiedades para que corran la misma suerte de sus esposos y padres.

"21. Al momento de su muerte Libardo contaba con 53 años de edad y Jorge con 46 años, lo que hacía presumir muchos años de fructífera existencia, de acuerdo con las tablas colombianas de mortalidad vigentes.

"22. Igualmente sobreviven a los fallecidos sus hermanos Juan de la Cruz Duarte Navia, Graciela Duarte Navia y Stella Duarte de Almario, quienes, por tratarse de una familia muy unidas, al igual que las viudas y los huérfanos, han venido padeciendo y sufrirán en el futuro dolor irreparable por su muerte, perjuicios derivados de la falla de la Administración, razón por la cual la Nación tiene la obligación de indemnizarlos totalmente".

"La Dirección General de la Policía mediante apoderada contestó la demanda; al hacerlo solicitó la práctica de varias pruebas, solicitado el pago de cierta cantidad de dinero a cambio de los riesgos y peligros que podían correr sus vidas y quienes habían acudido ante la autoridad policiva en pro de su protección y seguridad, dado la seriedad de las amenazas, no es menos real que el ente policivo prestó los servicios solicitados y que según documento que obra en el plenario, éste fue suspendido a petición de los mismos, sin que obre en el expediente constancia o información posterior en donde se diga que éste hubiera sido nuevamente solicitado por los interesados, pues no se puede montar la responsabilidad del ente policivo sobre el riesgo desmedido a veces de las personas o la omisión de éstas en pedir la protección de la autoridad ante las amenazas de los malhechores.

"Bien se deduce de algunas pruebas (notas, cartas) de que los requerimientos provenían de miembros del Décimotercer frente de la FARC, de los cuales en su mayoría no se alude que hubiera

sido puesto en conocimiento de la autoridad, por el contrario se observa, que éstos se hubieran tratado con cierta privacidad a nivel familiar. Es más, se detecta que con posterioridad a la suspensión del servicio por parte de las interesados y no existiendo nota ni prueba alguna que diga lo contrario, que los citados no buscaron nuevamente la protección de la autoridad (policiva), hecho que se desprende de la misma declaración de la viuda rendida ante el Juzgado de Instrucción Criminal: En donde cuenta que tanto su esposo como su cuñado, en la fecha en que fueron secuestrados, salieron con destino a la vereda 'Apicuma' con el fin de buscar ganado para el marcado del domingo en Gallardo, habiendo viajado en el carro de propiedad de su esposo marca Nizzan. Tampoco no es nada raro ni desconocido en nuestro medio, que cuando se dan estas situaciones, la mayoría de veces los familiares o bien no recurren a la autoridad o súbitamente suspenden sus servicios ante las graves amenazas a que los someten los secuestradores o extorsionistas, siendo éstas últimas las primeras que indican que no deben recurrir ante la autoridad y que cualquier información ante ella, les agrava la situación.

"Al volver sobre la declaración de la señora Ernestina Almario de Duarte, élla nos dice que después de 8 de diciembre de 1982, su esposo no volvió a recibir ninguna nota ni nada sobre exigencias de dinero (ésta declara en marzo 4 de 1983), sin embargo en una nota que obra al folio 136, refiere que el 24 de diciembre de 1982, le habían mandado otra nota de la cual nadie dice de que ésta se hubiera informado a la autoridad policial.

"En síntesis no existen en el proceso que en una forma fehaciente y con posterioridad a la suspensión del servicio, se hubiera buscado nuevamente la seguridad, por el contrario, se deduce que hubo un silencio de los hoy occisos y sus familiares, en recurrir en busca de la protección.

"Por lo anterior es de concepto de la Fiscalía, que se *denieguen* las pretensiones del actor".

"Consideraciones de la Sala":

"En forma reiterada esta Corporación siguiendo la jurisprudencia del honorable Consejo de Estado, ha señalado los elementos axiológicos para la prosperidad de la pretensión resarcitoria, así:

" 'a) Una falta o falla del servicio o de la Administración, por omisión, retardo, irregularidad, ineficacia 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 al servicio, 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 (sentencia de Sala Plena, Radicación número 10625, apelación sentencia del Tribunal de Antioquia, demandante Luis Horacio Acosta Díez y otra, Consejero ponente doctor Enrique Low Murtra)'.

"En el presente caso la falla del servicio se hace consistir principalmente en haberse suspendido por parte de las autoridades y cuando más se necesitaba la protección policiva que en forma irregular e incompleta se le venía prestando a los hermanos Libardo y Jorge Duarte Navia, solicitada por ellos ante las amenazas de extorsión y secuestro de que venían siendo víctimas por parte de guerrilleros encargados de sembrar el pánico y el temor en la región de Gallardo (Suaza) en el Departamento del Huila por la época de los lamentables hechos en que a manos de los fascinerosos y después de haber sido secuestrados perdieron la vida los campesinos ya mencionados.

"Situándonos en el caso concreto observamos dentro del expediente los siguientes elementos de juicio:

"A los folios 59 y 60 del informativo obra el Oficio número 0680 de 29 de noviembre de 1985 dirigido por el Mayor Héctor Juan Rodríguez Zamora Comandante del Tercer Distrito de Garzón al Comandante Operativo Civil, que a la letra dice:

" 'En cumplimiento a los Oficios números 1145 y 1147 de 19 de noviembre del año que avanza, procedentes del Tribunal Administrativo del Huila, comedidamente me permito informar las averiguaciones adelantadas para dar respuesta a los requerimientos allí solicitados, así:

" '1º Para fines del año de 1982 y principios de 1983, la situación de orden público se encontraba delicada por la región del sur del Departamento especialmente por los Municipios de Garzón, Guadalupe, Suaza, Acevedo y demás localidades aledañas a la jurisdicción, teniendo en cuenta que para esa fecha ya se encontraba operando el frente sur del movimiento subversivo M-19 la XIII cuadrilla de la FARC y un grupo de bandoleros pertenecientes al Ejército de Liberación Nacional (ELN), los cuales para financiar sus movimientos se dedicaron al boleteo, el chantaje, la extorsión y el secuestro de personas pudientes de la región.

" '2º En el Municipio de Suaza, para la fecha indicada se encontraban laborando un Suboficial y ocho agentes de la Policía Nacional, los cuales eran los encargados de velar por la vida, honra y bienes de los habitantes de esa comarca tanto en la zona urbana como en lo rural.

" '3º Revisada la estadística criminal que se lleva en este Comando y según versiones de personas nacidas y criadas en la

región, se puede deducir que la parte sur del Departamento del Huila, especialmente por el Municipio de Suaza y localidades circunvecinas siempre ha predominado grupos de bandoleros alzados en armas y bandas organizadoras de cuatreros y delincuentes comunes, favoreciéndoles la topografía del terreno para evadir la acción de las autoridades del orden.

"'4º Al hacer una revisión de la minuta de guardia que se lleva en el Comando de la Subestación de Policía Suaza, correspondiente del 161082 en su folio número 3, al 060283 a folio número 200, se pudo constatar que los señores Libardo y Jorge Duarte Navia, efectivamente habían solicitado al Comando de la Unidad Protección Policial.

"'A folio 83 del referido libro de información, de fecha 08-12-02, hora 02:30, asunto salida patrulla, figura la salida de 0-1-4 unidades con destino a la Inspección de Policía de Gallardo (Suaza), con el fin de prestarle seguridad a los Duarte Navia. A folio 84, de fecha 08-12-82, a las 19:45 horas aparece el regreso del personal que se encontraba en la Inspolicía Gallardo. A folio 86, de fecha 08-12-82, a las 13:38 horas, salen los agentes Bohórquez Reyes José y Cruz Joya Ismael, con armamento y munición de dotación oficial, en traje de civil y con el fin de prestarle seguridad al señor Libardo Duarte, según lo ordenado por el señor T. Milton Orellana Muñoz, Comandante del Tercer Distrito de Policía de Garzón, para la Inspección de Gallardo (Suaza). A folio 91 de fecha 13-12-82, a las 11:00 horas, salen los agentes Páez Ortiz Luis Carlos, Maquilón Posue Efrén, en traje de civil, portando armamento y munición de dotación oficial, para la Inspección de Gallardo a prestarle el servicio de seguridad al señor Libardo Duarte, regresando el personal que había salido con fecha 09-12-85. A folio 97 de fecha 16-12-82, salen los agentes Moreno Vásquez Rubiel y Pereira Hidalgo Saúl, con armamento y munición de dotación oficial, en traje de civil, con destino a la Inspolicía Gallardo a prestarle el servicio de seguridad al señor Libardo Duarte, según lo ordenado por el Comando del Distrito. A folio 101 de fecha 10-12-82, a las 12:30 horas, regresan los agentes Pereira Hidalgo Saúl y Moreno Vásquez Rubiel, quienes se encontraban en la Inspección de Gallardo (Suaza), en la finca del señor Libardo Duarte prestándole el servicio de seguridad, sin novedad. A renglón seguido dice: El cual solicitó o manifestó dicho señor que no necesitaba más el servicio, dicha anotación fue hecha por el agente Cruz Joya Ismael quien se encontraba como Jefe de Información'.

"Teniendo en cuenta lo anterior, se puede deducir que el servicio policial se le prestó a los señores Duarte Navia a partir de 08-12-82 y fue suspendido con fecha 19-12-82 a las 12:30 horas, debido a que éstos en forma verbal manifestaron a los agentes que se encontraban de seguridad no querer más el servicio; lo que originó que se hiciera la respectiva anotación en el libro de información.

"Similar información suministra el mismo militar al Tribunal Administrativo en Oficio número 07041 de 11 de diciembre de 1985, visible al folio 79 del expediente allí se dice:

"1º Al revisar el libro de información que se llevó en la Subestación de Policía de Suaza, en el período comprendido de 16-10-82 al 06-0-83 se pudo constatar que el ciudadano Libardo Duarte Navia se le suministró protección desde el 08-12-82 y dicho servicio fue suspendido debido a que el citado señor manifestó no querer más el servicio de seguridad por parte de la Policía, según anotación registrada en el folio 101 del mencionado libro de información.

"2º Efectivamente, entre los agentes que se le asignaron al señor Duarte Navia, estaba Cruz Joya Israel, Bohórquez Ortiz Luis Carlos, Moreno Vásquez Rubiel, Salamanca Rivera Héctor y Suárez Salazar José.

"3º Informo a ese Despacho, que mediante poligrama número 0174 de 31-01-83, el entonces Comandante del Tercer Distrito de Policía Garzón Teniente Jorge Alberto Rodríguez Huertas, comunica al Comando del Departamento de Policía Huila Neiva, sobre el secuestro de Libardo Duarte Navia y su hermano Jorge, según hechos registrados el día 27-01-83 en la Inspección de Gallardo del Municipio de Suaza. Posteriormente aparece el poligrama número 1813 de 26-09-83, donde se informa que en jurisdicción de la Inspección de Policía de Resinas límites con el Municipio de Suaza y Departamento del Caquetá, una patrulla del Ejército Nacional dependientes del Batallón Tenerife encontró dos cadáveres sepultados, los cuales según versiones fueron identificados como los hermanos Duarte Navia; lo que indica que la Policía sí tuvo conocimiento sobre el secuestro y el hallazgo de los occisos".

"En Oficio número 111 de 17 de diciembre de 1985 dirigido al Tribunal por el Comandante de la Subestación de Suaza visible al folio 86 del informativo, dice el militar:

" 'Revisados los archivos correspondientes a los años 1982 y 1983, no se encontró constancia de solicitud para protección policial por parte de los señores en mención' (Se refiere a Libardo y Jorge Duarte Navia).

"Parecida afirmación hace el Inspector de Gallardo (Suaza) en oficio número 37 de 11 de diciembre de 1985 (fl. 92) con la advertencia de que 'durante el tiempo en que sucedieron los hechos no existía tampoco Comando de Policía en esta Inspección'.

"Dan cuenta también los hechos de la demanda, la declaración de la señora Ernestina Almario de Duarte y las mismas autoridades militares que el 8 de diciembre de 1982 se llevó a cabo un operativo militar con motivo de una extorsión de la que iba a ser víctima el señor Libardo Duarte y en el que resultó Saúl N. muerto y herido Leonel Ochoa miembros de la guerrila autora del delito.

"Al respecto dice el Comandante del Departamento de Policía Huila, lo siguiente:

"'b) De conformidad con el informe suscrito por el entonces Comandante de la Subestación de Policía Suaza, se tiene, que la Policía de esa localidad tuvo conocimiento el 8 de diciembre de 1982 a las 6 de la tarde, que el señor Libardo Duarte iba a ser visitado por sujetos que se hacían pasar como integrantes del M-19 quienes venían extorsionándolo, razón por la cual se montó un operativo, observándose horas más tarde la presencia de tres individuos que portaban unas tulas, quienes se paseaban por el sector del cementerio para penetrar luego al monte, saliendo después a la carretera donde fueron abordados por la Policía; al recibir la orden de «alto», los tres desconocidos dispararon contra el personal de uniformados presentándose enfrentamiento en el que resultó muerto el sujeto Saúl N. y lesionado Leonel Ochoa, natural de Galardo, de 18 años, sin más datos conocidos'.

"Y la señora Ernestina Almario de Duarte, esposa de una de las víctimas, en su declaración visible al folio 73 vuelto, expresa:

"'Pues el día 8 de diciembre del año pasado, mi esposo Libardo se levantó temprano a ordeñar y ahí en el corral encontró una nota, donde le hacían una exigencia de dinero, y que si no lo amenazaba de muerte, y que ese dinero tenía que darlo ese mismo día en las horas de la nochecita, mi esposo comentó conmigo tal situación y me mostró la carta y estaba firmada por una organización que no recuerdo cuál era. Esa noche aquí cerca a la casa hubo un tiroteo entre la Policía y unos hombres pero no se porqué sería, y de ese tiroteo supe que había habido un muerto y que era uno de esos hombres que dizque venían para acá'.

"Las circunstancias acreditadas en el proceso le permiten afirmar a la Sala que hay prueba suficiente de la alteración del orden público en la región y por la época en que sucedieron los hechos y de las amenazas y boleteos de que eran víctimas los hermanos Duarte Navia. Las cartas que obran en el plenario, la versión de los testigos y de los militares al respecto, la realización del mismo operativo militar y el secuestro y posterior muerte de las víctimas, son elocuentes en tal sentido.

"Tal estado de cosas hace suponer que efectivamente los hermanos Duarte ameritaban protección especial de la Policía, tal como lo solicitaron, al parecer verbalmente ante el Tercer Distrito de Garzón y tal como le fue prestada por los agentes del orden.

"Porque la realización del operativo militar de 8 de diciembre de 1982, mediante el cual se evitó que las víctimas fueran extorsionadas y el envío durante varios días comprendidos entre el 8 y el 19 de diciembre de 1982 a la casa de los Duarte con el fin de protegerlos, permiten afirmar que la Policía sí prestó atención a la solicitud que en tal sentido le fue formulada e hizo lo que consideró conveniente con el fin de proteger la vida y los bienes de los amenazados.

"Tenemos entonces que si de un lado la protección fue solicitada y había razón para ello, de otro, tal protección le fue prestada por la Policía en la medida en que la Institución y las mismas víctimas, presumiblemente lo consideraron del caso.

"Y se dice, hasta que presumiblemente las mismas víctimas lo consideraron del caso, porque aparte de que según anotación hecha por el agente Cruz Joya Ismael, el señor Libardo Duarte manifestó no necesitar más el servicio de seguridad, tal como lo advierte el señor Fiscal, no hay constancia de que el servicio hubiera sido nuevamente solicitado, ni de que se hubieran continuado los contactos que los hermanos Duarte mantenían con la Policía con motivo de las amenazas y cartas recibidas. Por el contrario, actitudes como las de salir solos a comprar ganado a las veredas como a la de Picuma, dan la sensación de que la confianza hubiera retornado a la mentalidad de las víctimas, tal vez por la circunstancia de no haber vuelto a recibir amenazas tal como lo afirma la señora Ernestina de Duarte en su declaración.

"Es cierto que el artículo 16 de la Constitución Nacional le impone a las autoridades de la República la obligación primordial de 'proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes...'

"Y, siendo esta, tal vez la principal razón del Estado, lo ideal sería que los ciudadanos no tuvieran necesidad de solicitar la protección; sino que como a manera de reconocimiento del mejor de los derechos, le fuera prestada oficiosa, eficaz y permanentemente por parte de las autoridades. Sin embargo hoy, cincuenta años después de haberse establecido la norma, es imposible aspirar a que en forma individual y por siempre nos sea prestado tan maravilloso servicio sobre todo ahora cuando no solamente el Departamento del Huila sino la totalidad de la República se encuentra herida de muerte y amenazada por el terror, el miedo, el delito, la guerrilla, el boleteo, la extorsión, el chantaje y el narcotráfico que a pesar de los esfuerzos del país, hacen de campesinos, periodistas, Jueces, Magistrados y Ministros, presa fácil en un alocado afán por desestabilizar al país o cuando menos por enriquecerse a costa de la paz de la Nación y de la tranquilidad ciudadana.

"El honorable Consejo de Estado en sentencia de 17 de febrero de 1983 con ponencia del doctor Jorge Valencia Arango, sobre la falla del servicio expresó:

" '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 intención dirigida a la autoridad con capacidad funcional, de conformidad con

las exigencias y formalidades establecidas en las leyes. No se puede, pues, predicar omisión generadora de responsabilidad, cuando el funcionario competente necesita de requerimiento para actuar en ejercicio de sus atribuciones y el particular interesado se abstiene de ejercer el derecho de pedir la intervención de acuerdo con las disposiciones legales pertinentes.

"Con razón escribió Charles Rousseau en su 'Teoría General de la Responsabilidad en Derecho Administrativo'. Reconocer que el servicio público, al no funcionar, puede cometer una falta, equivale a decir que está obligado a obrar, y 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 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.

" 'G) 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 si reúnen las formalidades legales, resultan inocuos pues, como antes se anotó, para deducir responsabilidad al Municipio, por falla del servicio, es indispensable acreditar, plenamente, que se pidió la protección policiva en ejercicio del derecho consagrado en la ley que la autoridad competente, ante la querella formalizada, rehusó en forma inexcusable la prestación del servicio causando daño con su actitud pasiva' (Sentencia de julio 16 de 1980) (Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Expediente 10134. Consejero ponente doctor Jorge Dangond Flores).

"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 a todas 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 colom-

biano 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 ciudadano un guardaespaldas podría garantizar la vida de tal ciudadano, pues de otra manera habría 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' y 'magnicidios'.

" '2. De ahí que tratándose de la falla de servicio originada en la omisión de la administración, sea absolutamente necesario demostrar en forma fehaciente que se pidió concretamente la protección de la autoridad ante determinadas amenazas o ante fundados y razonados temores, sin que tal protección o vigilancia se haya presentado por el Estado' (Sentencia de 17 de febrero de 1983. Consejero ponente: Doctor Jorge Valencia Arango. Expediente número 3331)" (fls. 199 a 220, cuaderno 1).

II

Sustentación del recurso:

A folios 237 y siguientes aparece el escrito en que el apoderado de la parte actora hace sus valoraciones jurídicas y fácticas orientadas a defender la perspectiva jurídica desde la cual él apoya y defiende las pretensiones de la demanda. En lo sustancial del mismo, destaca:

"2.1. Está probado que desde noviembre de 1981 empezó el asedio a la familia Duarte por parte de la delincuencia organizada y que desde entonces esos hechos fueron puestos en conocimiento de las autoridades, luego de un dramático y aterrador itinerario ante el Comandante del Batallón de Policía, del Comando de Policía del Municipio de Suaza, Huila, y del Comando del Tercer Distrito de Policía con sede en Garzón, Huila (Declaración juramentada de la señora Ernestina Almario de Duarte ante el Juzgado Tercero de Instrucción Criminal radicado en Garzón. fl. 74). Sin embargo, no se les dio ninguna protección.

"2.2. Tan enteradas estaban las autoridades de la seriedad y gravedad de las amenazas contra la aterrorizada familia, que el 8 de diciembre de 1982, en inmediaciones de la casa de Libardo Duarte Navia, la policía frustró una extorsión contra los Duarte en violento intercambio de balazos que concluyó con la muerte de uno de los antisociales y la captura de otro, este hecho fue reportado por el Comandante de la Policía de Suaza al Comandante del Tercer Distrito de Policía de Garzón en oficio de 9 de diciembre (fl. 86). En la Auditoría 33 de Guerra se llevó a cabo la investigación contra los suboficiales y los agentes que participaron en el citado operativo con el saldo ya indicado, según oficio del propio Comandante del Departamento de Policía Huila

(fls. 102 y 103). En ambos casos se destaca que la Policía 'se enteró' y 'tuvo conocimiento', *es decir, sabía del peligro en que se encontraba la familia Duarte.*

"2.3. A raíz de la fracasada extorsión y sólo entonces, *pero no ese mismo día SINO AL DIA SIGUIENTE*, se dio protección a la familia Duarte, aunque en forma irregular, incompleta, valga decir, deficiente. En efecto, mientras se producían los relevos permaneció desamparada a merced de la voracidad de la delincuencia. *Pero no se crea que la protección se dio a raíz de la solicitud de protección a la Policía, reiterada ante el propio Comandante del Tercer Distrito de Policía, SINO POR ORDEN DEL COMANDANTE DEL TERCER DISTRITO A LA POLICIA DE SUAZA* (fl. 60).

"2.4. No obstante la angustiosa solicitud de protección, *y a pesar de la orden del Comandante del Tercer Disrito de Policía Huila,* por encima de la evidencia del peligro que corría la familia Duarte, a los escasos once días de haberse iniciado se le suspendió la protección (fls. 60 y 79, entre otros).

"2.5. Al mes de suspendida la protección fueron secuestrados Libardo y Jorge Duarte Navia (fl. 79). En septiembre 25 de 1983 se hallaron los cadáveres y los familiares se enteraron de su triste suerte (fls. 31 y 32).

"3º *La falla del servicio.*

"Está demostrada ampliamente la falta o falla del servicio que, en realidad, no fue una sola sino toda una sucesión de fallas. En primer lugar nunca se dio respuesta a la solicitud de amparo frente a la aterradora situación.

"El Comandante del Tercer Distrito de Policía en oficio al honorable Tribunal, una vez revisada la estadística criminal señala:

" '1º Para finales del año de 1982 y principios de 1983, la situación de orden público se encontraba delicada por la región sur del Departamento especialmente por los Municipios de Garzón, Guadalupe, Suaza, Acevedo y demás localidades aledañas a la jurisdicción, teniendo en cuenta que para esa fecha se encontraba operando el frente sur del movimiento subversivo M-19, la XIII cuadrilla de las FARC y un grupo de bandoleros pertenecientes al Ejército de Liberación Nacional (ELN) *los cuales para financiar sus movimientos se dedicaron al boleteo, el chantaje, la extorsión y el secuestro de personas pudientes de la región*' (fl. 59).

"En segundo lugar, se incumplió la orden del Comandante del Tercer Distrito de Policía y se infringió de ese modo el Reglamento de Disciplina y Honor de la Policía (Decreto-ley número 1835 de 1979) que dispone perentoriamente que una orden sólo puede ser revocada por quien la dio un o una instancia superior.

Tampoco hubo informe a ese Comando del cumplimiento primero y posterior incumplimiento de esa orden.

"En tercer lugar, nunca la Policía pidió refuerzos para garantizar la vida, honra y bienes de tan azotada región, como para decir que realizó el 'compromiso de poner todos los instrumentos a su alcance para la debida protección de tales bienes tangibles o intangibles', según reciente sentencia del Consejo de Estado.

"Para exonerar, la providencia acusada invoca la anotación sospechosa e inverosímil que, al parecer, hizo un agente de la Policía para atribuirle a una de las víctimas la manifestación de 'solicitar' no necesitar más el servicio de protección. No obstante que la Policía, cuerpo profesional, estaba informada de la confluencia en la región de representantes de prácticamente todas las organizaciones armadas ilegales.

"Es que aún en el evento de que efectivamente lo hayan solicitado o manifestado las víctimas, que nunca se pidió ni está probado, que se levantara la protección, de ese modo no se deroga el artículo 16 de la Constitución, ni se justifica el incumplimiento de la orden superior, ni mucho menos el dejar de cumplir las funciones que le corresponden a las autoridades en general y a la Policía en particular. Es que la situación de un ciudadano que ha requerido la intervención especial de las autoridades, ante amenaza grave e inminente, que además las autoridades han tenido oportunidad de verificar nada menos que en un feroz intercambio de balazos, es distinta la protección general que deben las autoridades a todos los habitantes del país.

"Cómo no pensar, por ejemplo, que hoy existe un grave peligro, ignorado hasta esta semana por el propio Juez 71 de Instrucción Criminal de Bogotá, *pero conocido de las autoridades de Policía y del DAS* que ultimaron a varios miembros de esa banda, de la seria amenaza que se cernía contra el Juez por las espeluznantes revelaciones que arroja la investigación de las organizaciones de sicarios. Y si algo le ocurriera, sobre todo después de conocidas sus sangrientas intenciones, así no hubiera solicitado la protección especial, así ignorara el riesgo que corría, así pidiera que no le dieran seguridad, *pero plenamente establecido el peligro que corría.* ¿Cómo no aceptar que se habría incurrido en una falta o falla del servicio?

"En el caso del asalto al Palacio de Justicia, con el trágico saldo de víctimas, viudas y huérfanos, no se dijo también que se había solicitado a la Policía que suspendiera la protección?

"Y todo a despecho del mandato constitucional y legal que obliga incluso a investigar los delitos de oficio! Y todo a despecho de las voces del Código Nacional de Policía, artículo 32 que ordena la intervención de las autoridades de oficio, con mayor razón si se lo imploran.

"Pero además, prueba en contra de un tercero una simple anotación de un agente de Policía que le atribuye una declaración a un indefenso ciudadano? Para apreciar la eficacia probatoria de esa deshilvanada frase (no documento como dice el Fiscal del Tribunal del Huila, ni mucho menos incorporado al expediente, como también afirma), se produjo en ejercicio de la potestad

estatal atribuido a ese supuesto agente? Aún en el caso de las escrituras públicas, que gozan de la fe notarial, la doctrina señala que:

"'A través de la declaración documentada, sirve de prueba de los hechos narrados, con diferente eficacia según se trate de oponerla a quienes fueron parte en el mismo acto *o a terceros*' (DEVIS ECHANDIA, Teoría General de la Prueba Judicial, Tomo 2, 1972, Buenos Aires, pág. 548).

"Y agrega más adelante:

"'Las escrituras tienen fuerza obligatoria únicamente entre quienes fueron partes iniciales y sus causahabientes a título universal o singular, pero no contra los terceros o demás personas' (pág. 572).

"Finalmente, y sólo en gracia de discusión, la decisión de que los inermes ciudadanos no necesitaban más protección fue una deducción apresurada y contraevidente de las autoridades de Policía, según constancia expedida por el Comandante de la Subestación de Suaza, que le atribuye a los propios agentes de Policía la declaración de que 'el señor antes mencionado no necesitó más el servicio de seguridad' (se adjunta).

"4º *Jurisprudencia.*

"a) La responsabilidad por falta o falla del servicio ha sido definida y compendiada por la Sección Tercera del Consejo de Estado (fallo de 28 de octubre de 1976, Magistrado ponente doctor Jorge Valencia Arango) y acogida por la Sala Plena del Consejo (expediente número 10625, Consejero ponente doctor Enrique Low Murtra). Se enuncia como 'una falta o falla del servicio o de la Administración, por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio';

"b) Por sentencia unánime de la Sección Tercera, el Consejo de Estado declaró a la Nación responsable y la condenó al pago de los perjuicios a un ciudadano que fue privado de la administración de sus bienes y obligado a pagar un rescate para salvar su vida 'que no le había protegido el Estado' (expediente número 2415, actor: Misael Ruiz, Consejero ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo).

"De la sentencia, cuya revocatoria se pide, queda la sensación de que las propias víctimas fueron responsables de su secuestro y muerte al no abandonar sus fincas y seguir trabajando en beneficio de sus familias y del país. O era que debían salir del país? Cómo pensar que 'la confianza hubiera retornado a la *mentalidad* de las víctimas', como concluye el Tribunal, a pesar de que todos los hechos acreditados lo llevan a la inequívoca convicción de que los Duarte 'ameritaban protección especial de la Policía', si por el contrario, el hecho que prueba la inseguridad y la ausencia del Estado, aunque también el grado de integración de esa patriótica familia, es que Libardo, un hombre de 53 años,

buscó la compañía y el apoyo de su hermano Jorge, de 46 años, para salir a trabajar, es decir, en busca del sustento para sus hijos.

"Establecida la responsabilidad de la Nación, sólo resta que el Consejo de Estado ordene las reparaciones correspondientes" (fls. 237 a 244, cuaderno 1).

III

Conducta procesal del mandatario judicial de la Policía Nacional:

En su alegato de bien probado, que obra a folios 234 y siguientes, anota:

"1. Para que genere responsabilidad a cargo de la Nación, la falla del servicio por *omisión,* es menester que medie solicitud expresa de protección dirigida a la autoridad con capacidad funcional, de conformidad con las exigencias y formalidades establecidas en las leyes. No puede predicarse omisión cuando el particular interesado se abstiene de ejercer el derecho de pedir la intervención de la autoridad pertinente.

"En el presente caso, cuando los hermanos Duarte solicitan protección policial, les fue otorgada en forma inmediata; igualmente, cuando pidieron que la protección les fuera retirada, así sucedió.

"A partir de ese momento, 19-12-82 los occisos ni sus familiares volvieron a ponerse en contacto con la autoridad, en el sentido de solicitar escolta. Así las cosas, resulta obvio que ellos no la necesitaban.

"Sobre este punto específico, ya el honorable Consejo de Estado —Sala de lo Contencioso Administrativo—, Sección Tercera, ha tenido oportunidad de pronunciarse cuando en fallo de febrero 17 de 1983, expediente número 3331. Actor: Ligia Calderón de Córdoba. Consejero ponente doctor Jorge Valencia Arango, dijo:

" '3. De ahí que tratándose de la falla del servicio asignada en la omisión de la Administración, sea absolutamente necesario *demostrar en forma fehaciente que se pidió concretamente la protección* de la autoridad ante determinadas amenazas o ante fundados y razonados temores, sin que tal protección o vigilancia se haya prestado por el Estado...' (Subrayas mías).

"Tal demostración exigida por la jurisprudencia, no reposa dentro del caudal probatorio arrimado al proceso. Por el contrario, se sabe que ellos mismos (los Duarte) solicitaron expresamente que la protección dada por el Estado, con los agentes Israel Cruz Joya, Luis Carlos Bohórquez Ortiz, Rubiel Moreno Vásquez, Héctor Salamanca Rivera y José Suárez Salazar, les fuera retirada.

"Sobre el punto relativo a la obligación del Estado frente al ciudadano, en virtud del artículo 16 de la Constitución Nacional, el honorable Consejo de Estado —Sala de lo Contencioso Administrativo—, Sección Tercera, también se pronunció, en fallo de noviembre 17 de 1967. Expediente número 414. Consejero ponente: Doctor Gabriel Rojas Arbeláez, cuando dijo:

" 'No obstante, sería un absurdo que se pretendiera exigir del Estado la protección individual hasta el último riesgo y hasta la más imprevisible amenaza. Constituiría esto una nueva versión del Estado-Gendarme, tan peregrina como imposible; equivaldría a solicitar del Estado la aplicación de atributos mágicos de que indudablemente carece... No se puede responsabilizar al Estado por la acción furtiva y esporádica de los delincuentes. Se le responsabiliza cuando el desorden causante del daño se hace empresa pública, y aquel no intenta siquiera contrarrestarlo...'

"Finalmente sobre este mismo punto falla del servicio por omisión el honorable Consejo de Estado —Sala Plena en fallo de junio 12 de 1984 expediente número 11014— Actor: Ligia Calderón de Córdoba. Consejero ponente: Doctor Bernardo Ortiz Amaya, en los apartes pertinentes, señala:

" 'Como se ve no encuentra contradicción entre las tesis sostenidas tanto por la jurisprudencia anterior como por la sentencia recurrida, pues en ninguna parte de ésta se afirma que las normas que gobiernan el sistema jurídico de responsabilidad no sean de derecho público para ubicarlos en el derecho privado sino que por el contrario cita una reciente sentencia que reafirma esa posición; tan sólo el recurrente actúa con la obligación de medio es una noción de derecho privado y que la noción del derecho público se refiere a una obligación de resultado.

" 'Ni en la sentencia recurrida se ha establecido esta diferencia, ni en la jurisprudencia que se dice desconocida se afirma que la responsabilidad del Estado sea siempre una responsabilidad de resultado, por cuanto como muy bien lo dice la sentencia 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 pretenda evitarlas.

" '.....

" 'Es evidente por lo tanto que no solamente no hay contradicción doctrinal entre las sentencias mencionadas por el recurrente y la recurrida sino por el contrario *hay una posición consecuente con la doctrina reiterada sobre la necesidad de cumplir algunos requisitos para derivar responsabilidad es del Estado por falta del servicio por omisión*' (subrayas mías).

"Por todo lo señalado y la jurisprudencia transcrita es por lo que el fallo de abril 25 de 1987, proferido por el Tribunal Administrativo del Huila, debe ser confirmado en todas sus partes" (fls. 234 a 236, cuaderno 1).

IV

Vista Fiscal:

La doctora Edné Cohen Daza, Fiscal Segundo de la Corporación, en su vista de fondo, y bajo el rubro: *"Consideraciones"*, pone de presente:

"Analizada la sentencia motivo de la presente apelación, se encuentra que las motivaciones que llevaron a negar las súplicas de la demanda se fundamentaron en los informativos expedidos por el Departamento Nacional de Policía y en las declaraciones de los testigos citados al proceso, pruebas de las cuales concluye el fallador de instancia que por la época de la ocurrencia de los hechos se presentaba en la región una grave alteración del orden público que hizo suponer que efectivamente los hermanos Duarte, quienes habían recibido amenazas de muerte y boleteos, ameritaban protección especial de Policía tal como lo solicitaron al parecer verbalmente y tal como le fue prestada por los agentes del orden en la medida en que la Institución y las mismas víctimas lo consideraron del caso, según anotación hecha por el agente Ismael Cruz, quien afirma que el señor Libardo Duarte manifestó no necesitar más el servicio de seguridad.

"De lo anterior concluye el fallador de instancia que si bien es cierto que el artículo 16 de la Constitución Nacional le impone a las autoridades la obligación de proteger a las personas, es imposible aspirar a que en forma individual y por siempre se preste este servicio, sobre todo en esta época en la que el país se encuentra amenazado por la guerrilla, el boleteo, la extorsión, etc., situación que a pesar de los esfuerzos de todas las autoridades y ciudadanos, no ha sido posible controlar. Por lo anterior concluye que no se configuró la falla del servicio por cuanto no se demostró la omisión en la prestación del servicio de vigilancia.

"Este despacho comparte las apreciaciones del Tribunal, pues efectivamente en la demanda se señala la falla del servicio en el retiro de la vigilancia y protección por parte de la Policía Nacional, solicitada por los señores Libardo y Jorge Duarte lo cual no fue debidamente demostrado en el proceso, toda vez que del informe presentado por el Comandante del Tercer Distrito de Garzón Mayor Héctor Juan Rodríguez, se deduce que la solicitud fue atendida enviando a varios agentes con armamento y munición con el fin de prestar protección en diferentes ocasiones; en el mismo informe se hace constar que el señor Libardo Duarte manifestó que no necesitaba más el servicio (fls. 59 y ss.).

"En el expediente no aparece ninguna prueba que desvirtúe el contenido de este informe, por cuanto las declaraciones de los testigos recibidas en este proceso visibles a los folios 89 y siguientes nada despejan al respecto porque ninguna de estas personas ni siquiera tuvo conocimiento de la prestación del servicio de vigilancia y menos aún que se hubiera suspendido por orden de las autoridades de Policía.

"Casos como el presente se suceden a diario en el país y son lamentables; lo deseable es que pudieran ser controlados; pero en todo caso su ocurrencia no puede ser causa de indemnización por parte del Estado por cuanto el origen de los fenómenos que originan el problema, tiene que ver con los múltiples conflictos económicos, políticos, sociales, de contenido mucho más profundo que la simple vigilancia de las autoridades de Policía Nacional. El problema sería muy sencillo si se redujera a suministrarle agentes del orden a todos los ciudadanos que estuvieran en circunstancias como las de las víctimas del presente proceso, caso en el cual cabría preguntar hasta cuándo debería ser esta vigilancia? Hasta cuándo se den por terminados los conflictos sociales? Porque como es de conocimiento público, mientras el país esté atravesando por tan difícil época, el peligro es permanente y la solución como ya se dijo no radica en la simple protección policiva, así como tampoco puede afirmarse que la causa de estos dolorosos casos sea el deficiente servicio que debe prestar la Policía Nacional.

"Por las anteriores consideraciones se concluye en acuerdo con el *a quo*, que en el presente caso no fueron demostrados los elementos axiológicos exigidos por la jurisprudencia para declarar la responsabilidad del Estado y en consecuencia se solicita a la honorable Sala confirmar el fallo apelado" (fls. 248 a 250, cuaderno 1).

V

Consideraciones de la Sala:

A) La prueba aportada al proceso, orientada a demostrar la falla del servicio, es la siguiente:

1º El Oficio número 0680 de 29-11-85, preparado por el Mayor Héctor Juan Rodríguez Zamora, Comandante del Tercer Distrito de Policía de Garzón (cuaderno número 1, fl. 59).

2º El Oficio número 0704 de 11 de diciembre de 1985, suscrito por el mismo oficial (cuaderno número 1, fl. 79).

3º El Oficio número 038, suscrito por el Comandante del Departamento de Policía Huila —Juez de Primera Instancia— dirigido al Secretario del Tribunal Administrativo del Huila (cuaderno 1, fl. 102); y

4º El Oficio número 111 de 17 de diciembre de 1985, enviado por el Comandante de la Subestación de Policía de Suaza, al Secretario del Tribunal Administrativo del Huila, para dar cumplimiento al Oficio número 1144 de 19 de noviembre del mismo año (cuaderno 1, fl. 86);

B) El anterior acervo probatorio, como es fácil apreciarlo, se originó todo en la autoridad policiva, y fue valorado por el *a quo* en la sentencia impugnada, no habiéndolo encontrado suficiente para acreditar la falla del servicio. A esta misma conclusión llega ahora la Sala, al apreciar las siguientes circunstancias particulares del caso:

Primera. Es verdad fáctica probada y reconocida por la autoridad policiva, que entre 1982 y 1983, la situación de orden público se encontraba delicada en la región del sur del Departamento del Huila, especialmente en los Municipios de Garzón, Guadalupe, Suaza y Acevedo, por la presencia de cuadrillas guerrilleras de las FARC, ELN y M-19, que se dedicaban al boleteo, el chantaje, la extorsión y el secuestro.

Segunda. Es igualmente cierto, que en el Municipio de Suaza, para ese entonces, la vigilancia policiva era prestada, sólo por ocho (8) agentes de la Policía, bajo el comando de un Suboficial.

Tercera. Es cierto, también, que los señores Libardo y Jorge Duarte Navia, solicitaron protección a la Policía en el mes de diciembre de 1982, la cual les fue brindada, con los resultados que se recogen en el Oficio 038, suscrito por el Comandante de la Policía Huila, donde se lee:

> "b) De conformidad con el informe suscrito por el entonces Comandante de la Subestación de Policía de Suaza, se tiene, que la Policía de esa localidad tuvo conocimiento el 8 de diciembre de 1982 a las 6 de la tarde, que el señor Libardo Duarte iba a ser visitado por sujetos que se hacían pasar como integrantes del M-19 quienes venían extorsionándolo, razón por la cual *se montó un operativo, observándose horas más tarde la presencia de tres individuos que portaban unas tulas, quienes se paseaban por el sector del cementerio para penetrar luego al monte, saliendo después a la carretera donde fueron abordados por la policía; al recibir la orden de 'alto', los tres desconocidos dispararon contra el personal de uniformados presentándose enfrentamiento en el que resultó muerto el sujeto Saúl N. y lesionado Leonel Ochoa...*" (Subrayas de la Sala).

Cuarta. Se probó también, dentro del proceso, que la protección se volvió a prestar a las personas, en antes citadas, durante los días nueve (9), trece (13) y dieciséis (16) de diciembre de 1982 y que se desmontó el operativo el diecinueve (19) del mismo mes y año, pues al regreso de la última comisión, el agente Israel Cruz Joya anotó en el Libro de Información que el señor Libardo Duarte comunicaba que ya *"no necesitaba más el servicio"* (Subrayas de la Sala);

C) La Sala valora y aprecia el acervo probatorio, anterior con la filosofía de lo indivisible, pues todo él proviene de la autoridad policiva, y no se ve ninguna buena razón para que a ésta se le crea en unas cosas y no en otras, máxime cuando no se desvirtuó, en ningún momento, lo afirmado por ella. Discurriendo con esta perspectiva, da por probado que es verdad jurídica procesal que el señor Libardo Duarte demandó que cesara la vigilancia cercana que se le prestaba, a lo cual tenía pleno derecho, pues a muchas personas incomoda, por decir lo menos, tener guardaespaldas permanentes;

D) Las demás pruebas que obran dentro del informativo, orientadas a demostrar la falla del servicio, no tienen ese mérito, por las siguientes razones:

"a) El testimonio rendido por la señora Ernestina Almario de Duarte, ante el Juzgado Tercero de Instrucción Criminal, radicado en Garzón, no puede apreciarse porque no fue ratificado en la forma ordenada por la ley. En este particular la jurisprudencia de la Corporación ha sido constante en predicar que tal formalidad se impone, en casos como el presente;

"b) Los testimonios rendidos por los señores Guillermo Artunduaga, Rafael Cuervo, Silvio Hermida, Isidro Silva, y por el presbítero Tarquino Sierra Losada, en nada ilustran al sentenciador respecto de las circunstancias en que se haya podido estructurar la falla del servicio. Así, Guillermo Artunduaga Vargas, afirma que no tenía conocimiento de las amenazas de que eran objeto los señores Libardo y Jorge Duarte, ni respecto de si eran o no cuidados por la Policía. Rafael Isaías Cuervo, destaca que no oyó nunca '...de amenazas contra los Duarte...' Lo propio dijo Isidro Silva Cuéllar, al precisar: 'A mí no me consta nada sobre si esta familia era amenazada, o si hubieran intentado secuestrarlos'. El mismo sacerdote, declarante, que era párroco de Suaza, pero que no sabe ni tiene ninguna información sobre los aspectos sustanciales respecto de los cuales se le interrogó. Sólo el deponente Silvio Hermida testimonia que sabía de las amenazas, porque las víctimas se lo habían contado";

E) Es verdad que dentro del proceso se demostró que el día 27-01-83 la Policía tuvo informes sobre el secuestro de los señores Libardo y Jorge Duarte Navia, hecho que ocurrió un mes largo después de que se levantara el operativo de vigilancia, que en diciembre de 1982 se les prestó. Pero sobre esa circunstancia particular del caso y, la muerte posterior de los referidos ciudadanos, no puede montarse la falla del servicio, pues ésta, como lo enseña Jean Rivero, "...es un incumplimiento en el funcionario normal del servicio, que incumbe a uno o varios agentes de la Administración, pero no imputable a ellos personalmente..." (Derecho Administrativo. Novena Edición, Caracas 1984, pág. 303). Ese incumplimiento, prosigue el ilustre tratadista, debe examinarse a la luz del nivel medio que se espera del servicio, "...variable según su misión y según las circunstancias...", estructurándose la falla, cuando éste se presta por debajo de ese nivel. Por todo ello, concluye, el Juez debe apreciarla sin referencia a una norma abstracta, pero sí preguntándose "*...lo que en ese caso debía esperarse del servicio, teniendo en cuenta de la dificultad más o menos grande de su misión, de las circunstancias de tiempo (períodos de paz, momentos de crisis), de lugar, de los recursos de que disponía el servicio en personal y en material, etc. De ello resulta que LA NOCION DE FALTA DE SERVICIO TIENE UN CARACTER RELATIVO, PUDIENDO EL MISMO HECHO SEGUN LAS CIRCUNSTANCIAS, SER REPUTADO COMO CULPOSO O COMO NO CULPOSO*" (Obra citada, págs. 304 y ss.) (Subrayas de la Sala).

Dentro del anterior marco doctrinario, la Sala concluye que, en el caso en comento, la Policía Nacional, dentro de las limitaciones que tenía en personal, sí prestó la protección, que le era posible brindar, a los hermanos Libardo y Jorge Duarte Navia, no sin dejar de reconocer que sería reconfortante que todas las ciudades, pueblos y veredas de Colombia estuvieran vigilados por fuerzas robustas en el número y bien dotada, para hacerle frente al delito. Ello, infortuna-

damente, no es posible, por las limitaciones que produce la pobreza y porque existe conciencia ciudadana en el sentido de que se impone atender primero las necesidades que ella genera en otros frentes, como el de la salud, la educación, etc. La realidad económica y social que vive el país, determina al sentenciador a estudiar, valorar y estructurar la falla del servicio, en casos como el presente, con la filosofía ya expuesta por el profesor Rivero, esto es, indagando primero, qué podía esperarse, razonablemente, de él. Si en un poblado de la Patria sólo existen ocho agentes de la policía, bajo el comando de un Suboficial, no se puede pretender que la cuarta parte de ellos se dedique, en forma permanente y exclusiva, a vigilar el área geográfica donde una familia está amenazada, olvidando que en otros sitios, del mismo poblado, otras gentes también corren la misma suerte. Una política de "exclusivismo" y de "privilegio" en esta materia no es de recibo a la luz de la lógica de lo razonable, como tampoco lo es, la que pretende que, en un medio subdesarrollado, la autoridad actúe contra el delito, como lo hace, la que goza de los medios más modernos, en los países desarrollados. A la Nación tampoco se le puede pedir que haga lo imposible, pues también sufre las consecuencias que genera la pobreza, y al Juez de lo contencioso administrativo no puede demandársele que acepte, que ésta, es *per se* una falla del servicio, para condenar la pago de los daños que la pobreza misma genera. Si a esta meta se llegara, no habría con qué pagar las sentencias condenatorias, por sustracción de materia.

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

Falla:

1. *Confírmase* la sentencia apelada, por las razones expuestas en este proveído.

2. *Ejecutoriada* la presente providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, publíquese, comuníquese y cúmplase.

Se deja constancia que esta providencia fue estudiada y aprobada en la sesión de la fecha.

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

Arturo Mora Villate, Secretario.

FALLA DEL SERVICIO.— Prueba.

No existe dentro del proceso prueba alguna que demuestre la supuesta comunicación de cese del servicio de vigilancia.

Referencia: Expediente número 5125. Actor: Ernestina Almario, María Elvira Hernández y otros. Demandado: La Nación —Policía Nacional—.

Aclaración de voto del *doctor Antonio José de Irrisarri Restrepo.*

Suscribo la sentencia precedente con aclaración de voto y no con salvedad del mismo, porque considero que no existe dentro del proceso prueba alguna que demuestre la supuesta "comunicación" del señor Libardo Duarte en el sentido de no necesitar más el servicio de vigilancia que las autoridades policivas habían venido prestándole entre los días 8 y 19 de diciembre de 1982, por lo cual no es posible aceptar la afirmación de la parte motiva del fallo según la cual "la Sala... da por probado que es verdad jurídica procesal que el señor Libardo Duarte demandó que cesara la vigilancia cercana que se le prestaba..." Ello no obstante, comparto la decisión confirmatoria del fallo apelado, porque el esfuerzo probatorio de la parte actora fue deficiente y, en verdad, no logró acreditar la falla del servicio que endilga a la Policía Nacional.

No ha de olvidarse, y en este punto comparto íntegramente la motivación de la sentencia que antecede, que la falla del servicio no es un concepto abstracto que pueda manejarse fuera del contexto que ofrezca la realidad histórica, social y política del medio en que se presenta. Por ello, es atinada la cita que de lo expuesto por el profesor Rivero hace la sentencia.

Fecha: *Ut supra.*

Antonio José de Irisarri Restrepo, Consejero de Estado.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL.— FALLA DEL SERVICIO.

Cuando el Estado permite que en "franquicia" los agentes del orden porten prendas militares, está responsabilizándose de las situaciones que de allí se puedan derivar y que den origen a la falla del servicio.

SOCIEDAD CONYUGAL.

Los derechos de los cónyuges sobre el haber social nacen cuando la sociedad termina por alguna de las causales consagradas en la ley.

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 Julio César Uribe Acosta.*

Proyectó: *Inés Hurtado Cubides.*

Referencia: Expediente 3099. Indemnizaciones. Actor: Etelvina Pardo de Barbosa y otros.

I

La pretensión:

Dentro de la oportunidad legal, y en ejercicio de la acción indemnizatoria consagrada en el artículo 68 de la Ley 167 de 1941 (hoy acción de reparación directa y cumplimiento), los señores Efraín Barbosa y Etelvina Pardo de Barbosa, asistidos de procurador judicial, presentaron demanda contra la Nación —Policía Nacional— para que, por los trámites de un proceso ordinario contencioso administrativo de mayor cuantía, se hicieran las siguientes declaraciones:

"...1º Que la Nación, Policía Nacional es responsable del daño moral y de los perjuicios patrimoniales materiales sufridos por los señores Efraín Barbosa y Etelvina Pardo de Barbosa como propietarios del camión de placas SB-9257, marca International, modelo 1965, motor RD450H-5203882, color rojo, de servicio público, con capacidad de diez (10) toneladas, tipo estacas que fue asaltado y robado por el agente de la Policía Nacional, Juan Manuel Romero Ruiz, en servicio activo el día 27 de agosto de

1980, a las siete y media de la noche, a la altura del barrio Altamira, carretera de Oriente de la ciudad de Bogotá, como a unos doscientos metros del retén de Policía Nacional, y finalmente volcado a la altura de la carretera de entrada al barrio de San Cristóbal, cuando era conducido por el mismo agente de Policía Nacional Juan Manuel Romero Ruiz, con pérdida total del vehículo, causándoseles a los demandantes un daño patrimonial con los consiguientes perjuicios morales y materiales que deben ser indemnizados.

"...2º Que como consecuencia de esta condena la Nación colombiana, Policía Nacional o el Ministerio de Hacienda y Crédito Público están obligados a pagarles a los señores Efraín Barbosa con cédula de ciudadanía número 103913 de Bogotá y Etelvina Pardo de Barbosa, con cédula de ciudadanía número 20.473.070 de Bogotá, mayores, de esta vecindad, casados entre sí, con sociedad conyugal vigente, la suma de dos millones de pesos ($ 2.000.000.00), en moneda colombiana como valor del vehículo robado y destruido, más el lucro cesante de $ 150.000.00 moneda colombiana a partir de la fecha del siniestro, con carácter mensual hasta la fecha de la respectiva condena, teniendo en cuenta para esta liquidación de resultado, el valor constante monetario colombiano, esto es el índice inflacionario del peso colombiano, más los intereses del seis por ciento (6%) anual sobre el valor total en que se estimen los perjuicios materiales desde la fecha de producción del daño hasta la fijación de la indemnización y de esta fecha en adelante, los intereses comerciales o bancarios sobre el total indemnizatorio hasta la fecha de pago.

"...3º Condénase a la Nación colombiana, Policía Nacional, al pago por conducto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de los perjuicios morales sufridos por los señores Efraín Barbosa y Etelvina Pardo de Barbosa, en pesos colombianos de la fecha de fijación de la indemnización, el valor equivalente a un mil (1.000) gramos de oro puro, según los precios que para esa fecha fije el Banco de la República, a cada uno de los demandantes.

"...Tanto en el fallo contencioso administrativo como en la indemnización que se fije como debida o consolidada como de la futura por concepto de intereses bancarios o comerciales, se tendrá en cuenta el valor de reposición del peso colombiano esto es el índice inflacionario o en su defecto, el índice de precios al consumidor.

"...4º La Nación colombiana por conducto del Ministerio de Hacienda dará cumplimiento al fallo en los términos de los artículos 121 y 122 del Código Contencioso Administrativo, y en el caso de que vencido este término no se haya dado cumplimiento a este fallo, incurrirá en intereses moratorios iguales a los que la ley señala para los deudores morosos en sus obligaciones tributarias".

II

La causa petendi:

Los presupuestos fácticos de la demanda, se expresaron así:

"...1.1. El señor Efraín Barbosa es propietario del vehículo automotor de carga de placas SB-9257 con las siguientes características: Marca International, modelo 1965, motor número RD450H-5203882 de servicio público, color rojo, con registro en el Instituto Nacional de Tránsito y Transportes de Bogotá, con capacidad de 10 toneladas, tipo estacas y su propietario contrajo matrimonio con Etelvina Pardo con unión conyugal vigente.

"...1.2. Este vehículo automotor de servicio público estaba al cuidado del chofer Germán Herrera Barbosa y el día 27 de agosto, a eso de las 7:30 p.m., cuando regresaba de la ciudad de Villavicencio, transportando un cargamento de harina de arroz con destino a Purina S. A., fue asaltado entre otras personas civiles, por el agente de la Policía Nacional Juan Manuel Romero Ruiz, en servicio activo, destinado a la Dirección General de este Instituto, Grupo de Automotores y quien a mano armada atracó al chofer, tomó el timón del automotor, dejando al chofer al cuidado de otros secuestradores que en taxi lo abandonaron en Timiza y a la altura del sitio del desvío de la carretera a San Cristóbal y la carretera de Oriente conducido el camión cargado de harina de arroz se produjo su volcamiento con pérdida total del vehículo y la muerte accidental del agente Juan Manuel Romero Ruiz. El asalto al automotor se efectuó a la altura del retén de Altamira sobre la carretera a Villavicencio. Placas del agente de Policía tenía número 76239.

"...1.3. El Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, acudió al lugar del siniestro con una grúa y dos carros en la madrugada del jueves 28 de agosto de 1980 encontrando el vehículo volcado y destruido dentro de una profunda zanja en las inmediaciones del barrio Ramajal y San José Sur Oriental de la antigua carretera a Oriente, muerto su conductor el agente de la Policía Nacional Juan Manuel Romero Ruiz, cuyo levantamiento del cadáver lo hizo el Teniente de la Policía Nacional con informe 15970 Jorge Mario Forero Rivera, de la Unidad Móvil de la Policía Judicial y su investigación cursa en el Juzgado 40 de Instrucción Criminal.

"...1.4. El agente de la Policía Juan Manuel Romero Ruiz se encontraba asignado a la Dirección General de la Policía Nacional, Grupo de Automotores con placa 76239 y fue dado de baja con fecha de 28 de agosto de 1980, por defunción. El atraco a mano armada está siendo investigado por el Juez de Instrucción Criminal número 84 de esta ciudad.

"...1.5. El señor Efraín Barbosa hizo entrega de la carga de harina de arroz con total de 160 bultos al Grupo de Automotores de la SIPEC, interviniendo el Teniente Jorge Enrique Valencia, como Jefe de Grupo, José Alberto Fajardo Saavedra con cédula de ciudadanía número 19.228.847 de Bogotá y el Capitán

de la Policía Nacional Avelino Joya Navas como Secretario del Grupo SIPEC, con acta de 29 de septiembre de 1980, que tiene el visto bueno del Mayor Orlando Bautista Vargas como Jefe de SIPEC del Departamento de Policía Bogotá, en esta ciudad, con un valor de transporte de $ 7.000.00 moneda legal, con peso de 9.760 kilos. En dicha acta de entrega de elementos decomisados se deja la constancia que se encontraban dentro del camión marca International, modelo 1975, color rojo marrón, de placas SB-9257 'el cual había sido robado, según denuncia 6430 de 27 de los corrientes formulada en la Unidad Judicial del Centro por el señor Germán Herrera Barón" (sic).

"...1.6. La carta remesa número 008 del comerciante Jesús Antonio Rojas Torres, de Villavicencio, carrera 33 número 23-41 frente al INEM, vía Puerto López, teléfono 3035 de Villavicencio fue extendida el día 27 de agosto de 1980 con destino a Purina S. A. en carro de placas SB-9257 afiliado a Copegan, siendo el conductor Germán Herrera con total de 160 bultos y peso de 9.760 kilos y contenido de harina de arroz, con flete de 700.00 pesos tonelada.

"...1.7. El señor Germán Herrera presentó denuncia ante la Policía Judicial, Oficinas del Centro, en Bogotá bajo registro número 6430 el día 27 de agosto de 1980 así: 'En el día de hoy, venía de Villavicencio, destino Bogotá, manejando el camión de placas SB-9257, marca International, color rojo marrón, modelo 1965, de propiedad de Efraín Barbosa, afiliado a Transportes Copegan, cargado de harina de arroz, y siendo como las 7:30 de la noche, a la altura del barrio Altamira, carretera de Oriente, como a unos 200 metros a este lado del retén de Policía, me obstaculizaron la vía en sentido contrario, por lo cual tuve que parar el carro, en ese momento, se me acercó un señor con vestido de Policía, diciéndome «que le vendiera un galón de gasolina» y hasta tenía un galón amarillo en la mano, a lo cual le dije «que no traía». Entonces, me dijo «que una manguera», y también le negué el servicio. Yo traía el vidrio subido. Y al ver la insistencia de él, bajé el vidrio y ahí fue cuando se me subió al estribo y me puso el revólver en la nuca y me dijo con palabras soeces «que me corriera» y me corrí; él tomó el volante, se sentó y otro tipo ya de civil se subió por el otro lado, me tumbaron al piso del carro, me pusieron el pie en la cabeza y andaron como 200 metros y se detuvieron, me cobijaron con una ruana la cabeza, o sea, me vendaron, me bajaron del carro, el supuesto policía me dijo que no me quitaran nada, arrancaron el carro, se bajó uno del taxi, y se fueron los otros tres en el camión, luego me metieron al taxi, me tumbaron en el piso en la parte de atrás yo seguí vendado, arrancaron a gran velocidad, como a los cuarenta minutos más o menos, me preguntaron qué carga traía, yo les dije que traigo harina, y dijeron más o menos, «me dijeron no trate de hacer nada, sino lo matamos», me apuntaban, me dijeron «tranquilo, no le pasa nada, ni al vehículo», veinte minutos más tarde, detuvieron la marcha y me bajaron; uno de elos le ordenó «llévenlo bien hacia arriba y si trata de alzar la cabeza, se le pegan tres buenos golpes en la cabeza»; se detuvieron y me tumbaron,

me amarraron de los pies, y me dijeron «no trate de pararse por lo menos en un hora, nosotros lo estaremos chequeando, si lo hace adiós de vida», ya por esto, duré como una hora y media boca abajo, luego me levanté y me encontraba en un lugar solito, me solté los pies, y me puse la ruana con que me habían tapado, caminé de pronto me hallé con dos buenos hombres que me llevaron a la salida, luego cojimos el taxi me dijeron los dos buenos hombres que esa salida por ahí es Timiza que yo no conozco, el taxi le dije que me condujera a la casa de mi patrón Luis María Barbosa Barbosa, después nos pusimos a dar vueltas de comisaría en comisaría, hasta que llegamos acá a poner la demanda. Preguntado: Sírvase decir usted pudo observar la descripción física de los individuos autores de estos hechos? Las características de los automóviles? Contestó: «Eran unos siete tipos pero no logré describirlos; los carros eran, un taxi de color negro, con amarillo, sin placas, marca Dodge, modelo reciente, el otro un Nissan, color azul cabinado. Preguntado: Sírvase decir si usted, venía sólo en el viaje de Villavicencio. Contestó: Yo venía solo. Preguntado: Sírvase decir por qué en un viaje de esos tan distante, y teniendo en cuenta el peligro y la carga, por qué motivo lo hacen solo los conductores? Contestó: Porque un carro que viaja de Bogotá a Villavicencio y visiversa (sic) como es cerquita no se necesita la compañía. Preguntado: Sírvase decir si tiene algo más que agregar en su denuncia? Contestó: Me reservo el derecho de ampliarla cuando sea necesario. Es de anotar que dentro del camión se llevaron los documentos del mismo, tales como la tarjeta de operaciones, carta de propiedad a nombre de Efraín Barbosa Barbosa»'. Esta declaración de denuncia se hizo ante el Jefe de turno de la Policía Judicial Unidad Central, siendo el Jefe de turno el doctor Luis Antonio Garavito Bejarano.

"...1.8. El Departamento de Policía Bogotá con fecha 29 de agosto de 1980 extendió un Acta número 1017, en que consta el inventario del camión de placas SB-9257, tipo estacas, color rojo, modelo 1965, mediante el cual se deja constancia que la pérdida es total.

"...1.9. Tres fotografías a color en anexo, muestran el camión de placas SB-9257 siniestrado y se acompañan a la demanda para demostrar el estado de pérdida total del vehículo automotor de propiedad de Efraín Barbosa Barbosa.

"...1.10. El valor actual del camión de 10 toneladas es de $ 2.000.000.00 de que es propietario el señor Efraín Barbosa Barbosa; la afiliación a la empresa de transportes Copegan producía mensualmente según planillas de carga, la suma promedia de $ 150.000.00 mensuales, descontando los gastos de sostenimiento de chofer, etc.".

III

Los fundamentos de derecho:

Como normas violadas se citan los artículos 2º, Constitución de 1886. Artículos 16, 20, 51 de la Constitución. Artículos 68, 84, 121 y

122 del Código Contencioso Administrativo. Decreto-ley 528 de 1964. Artículos 1º y 2º, Decreto número 2347 de 1971. Artículo 167 de la Carta.

IV

Concepto de la violación:

Lo expone el apoderado de los demandantes en los siguientes términos:

> "...1. La Nación colombiana está constituida, según el artículo 2º de la Constitución Nacional, en un régimen de derecho, esto es, de leyes, de normas a las cuales deben sujetarse las autoridades colombianas, sin excepción alguna, lo que implica que los funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones no puedan producir actos u omitirlos sino dentro del régimen que el legislador hubiere señalado en cada caso. Por el artículo 167 de la Carta se ha establecido que la ley organizará un cuerpo de Policía Nacional. En ese orden, a las autoridades colombianas se les ha constituido para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, en su honra y en sus bienes. La misión de las autoridades es, principalmente, en el orden valorativo, proteger a todos los habitantes del territorio, siendo esta responsabilidad integral, según el artículo 20 *ibídem*, esto es, por extralimitación de funciones o por omisión de éstas".

Más adelante, y con apoyo en el Decreto 2347 de 1971, considera que la Policía Nacional, como cuerpo armado permanente para la guarda del orden público interno está instituida para proteger la vida, honra y bienes de todas las personas residentes en Colombia. Dentro de este marco legal, considera como no admisible la conducta de unagente de la Policía que "como cabeza de una asociación para delinquir y como jefe de una cuadrilla de malhechores", asalte a mano armada, un camión, tome el timón, y termine estrellándolo y destruyéndolo en su totalidad; en el ejercicio de lo que considera "...una actividad criminal y delictiva, abandonando sus deberes y sus obligaciones para con la comunidad que está obligado a proteger, haciendo uso de la fuerza armada y de su uniforme, en la comisión de actos punibles contra la integridad de las personas y de sus bienes. Rota dicha regla o desobedecida se quiebra absolutamente el equilibrio social que la Constitución garantiza, mediante los servicios de la Policía Nacional, es decir, aparece una falla del servicio en la seguridad de los asociados, porque esa seguridad está atacada y amenazada por los mismos encargados de realizarla. Es la quiebra misma del Estado. La falta o falla del servicio se prueba por sí misma. No hay causal exculpativa alguna, porque el agente de Policía Nacional hace parte de un cuerpo orgánico y jerarquizado que en todo momento su actividad está regulada como aparece en las situaciones determinadas por el Decreto número 2347 de 1971 y 2340 de 1971. Esta regulación implica para quienes ejercen la dirección de la Policía Nacional deberes entre otros de control del personal a su mando. Con mayor razón cuando este personal hace parte de la Dirección General, es decir, que hace inevitable una relación de inmediación entre el superior y el subalterno, cuya

conducta profesional, como particular se encuentra vigilada. De manera que si aparece en ese personal un agente o agentes que se confabulan en cuadrilla de malhechores o en asociación para delinquir, se presenta una falla en el servicio de protección a la vida, a la honra y a los bienes de los residentes en Colombia de tanta magnitud que pone en quiebra las instituciones civiles de la República" (fl. número 13).

En el extenso escrito, el apoderado de los demandantes, señala los elementos que configuran la falta o falta del servicio, la que considera "fortalecida", si se mira el artículo 2347 del Código Civil que consagra la responsabilidad de las personas, no sólo por sus hechos, sino por los hechos de aquellos que estuvieren bajo su cuidado. Dice que el agente de la Policía Nacional Juan Manuel Romero Ruiz, estaba al servicio de la Dirección General de la Policía Nacional, Sección Automtores, "...lo que implicaba una lógica dependencia disciplinaria de esa Dirección, una selección en el personal por tratarse de un servicio especializado y de una dependencia con la suprema dirección del Instituto, o lo que es en resumen lo mismo, un control y una severa vigilancia en el personal asignado a tan alto nivel directivo..." (fl. número 13).

Luego de relacionar los deberes y obligaciones de los miembros de la Policía Nacional, concluye que la conducta del agente mencionado no se ajustó a esos ordenamientos sino que, "...ese control que los reglamentos policivos imponen a los superiores falla en el manejo del personal subalterno hasta permitirles acciones como las que dan origen a esta reclamación que es en sí, una gravísima falla de organización superior y que ocasionan unos daños en el patrimonio de las personas, la superioridad policiva deje a merced de la arbitrariedad personal de cada agente, su propio comportamiento delictivo o no, censurable o no, plausible o reprobable. En esas condiciones la Nación debe responsabilizarse de la conducta de su agente, y reparar los los perjuicios que ocasionó en el patrimonio de los demandantes. Hay una relación de causalidad que hace inevitable la reparación moral y material de Efraín Barbosa y de Etelvina Pardo de Barbosa" (fl. número 15).

V

Conducta procesal de las partes:

A) *Parte demandante:* El presente negocio se destruyó en los acontecimientos de noviembre de 1985, y fue reconstruido a petición de la parte actora, la que, tanto en la primera oportunidad, como en la reconstrucción, tuvo activa participación en él.

A folio 40 del cuaderno número 1, aparece fotocopia del alegato de bien probado que fuera presentado por ella, en el momento procesal oportuno. Allí, luego de hacer una *"síntesis del siniestro"* y bajo el epígrafe *"Valoración probatoria. Relación de causalidad indemnizatoria"*, se lee:

> "...1º Es plena prueba el instrumento procesal que permite la convicción completa de la existencia de un hecho, autorizado

por la ley. Sirven de instrumento probatorio la declaración de parte, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos privados y públicos, los indicios y cualesquiera otros medios que sean conducentes al convencimiento del fallador (art. 174 del C. de P. C.).

"...En el caso de autos, se ha allegado al proceso en forma regular, oportunamente y con audiencia del señor Fiscal y de la Policía Nacional, mediante el reconocimiento pericial de expertos, el vehículo accidentado 'el que se encuentra totalmente destruido e inservible', al que se le constataron las características; identificándolo como un camión marca International, placas SB-9257, número RD450H-5203882 gravado en caracteres claramente visibles. El vehículo en mención es modelo 1965, tipo estacas. 'La diligencia pericial constató la orden de entrega y el traslado a sitio en donde se encontraba y que dice: «Vehículo clase camión, color rojo, tipo estacas, marca International, modelo 1965, matrícula RF/4505-203882, de placas SB-9257». La pericia le otorgó valor de chatarra por $ 75.000.00. Por valor de reposición se fijó la suma de $ 2.559.523. Por producido neto líquido, $ 4.050.000.00. Por corrección monetaria $ 1.314.900.00. Por intereses $ 2.171.050, lo que arroja en total por indemnización la cantidad de $ 9.950.519 moneda legal por perjuicios materiales y por perjuicios morales a cada uno de los demandantes se fijó la suma de $ 977.500.00 para un total de $ 11.905.519.00. Este peritazgo no fue objetado'.

"...2º Por este peritazgo, como por los diligenciamientos del levantamiento del cadáver de quien fue encontrado muerto dentro de la cabina del vehículo, el acta de defunción y acta de siniestro, se llega a la convicción plena de que el camión de estacas con placas SB-9257, marca International fue volcado y estrellado sobre la carretera Villavicencio-Bogotá, conducido por el agente de la Policía Juan Manuel Ríos, identificado por la plaza 76239 como funcionario policivo al servicio de la Dirección General de la Policía Nacional (expediente de siniestro), en especialidad de conductor, con carga de arroz en harinas y de propiedad de Etelvina Pardo de Barbosa y Efraín Barbosa, lo que también corresponde al denuncio penal por robo ante el Juez 38 de Instrucción Criminal.

"...3º La prueba del hecho de que el camión aparece volcado y estrellado con el cuerpo de un agente de Policía Nacional en la cabina, indica inequívocamente que este policía era quien conducía el carro, dándole plena prueba a los testimonios de Alberto Fajardo Saavedra, del conductor Germán Herrera Barbosa de que se había producido un atraco por parte de un agente de policía en uniforme, gorra y placas y otros que lo embaularon y amarrado lo arrojaron en el barrio Timiza de Bogotá, con lo que se hace plenitud en el convencimiento de que este policía por lo menos, usando el uniforme, placa despojó del carro al conductor con la finalidad de robo por la forma violenta como apresaron al conductor y terminó estrellándolo con pérdida de su propia vida.

"...4º La Policía Nacional expidió la resolución de reconocimiento de prestaciones sociales como agente, en tal acto, da cuenta de su deceso con base en las (sic) informativo 001, sin que hubiere hecho mención alguna al respecto del siniestro. En el expediente de siniestro, folio 152 aparece en el cuaderno 2, que el agente de la Policía presentaba múltiples contusiones causadas al volcarse el camión de placas SB-9257, afiliado a la empresa Copegan, con cargamento al parecer de soya, y 'que momentos antes había sido robado por el occiso acompañado de otro agente de la Policía que al parecer huyó del barrio, según informe de la misma Subdirección General de la Policía'. Al folio 151, aparece el carné de identidad 17.306.976, al folio 145 la hoja de vida, al folio 141, la noticia del robo del vehículo automotor en El Tiempo, al folio 134 el acta de levantamiento del cadáver, encontrado dentro de la cabina del camión, al folio 128, un informe del Teniente José Arley Ruiz Carmona de que el camión había sido robado.

"...En tales condiciones, está probado el *corpus crimine*, la propiedad del vehículo, la valoración de bien destruido, el monto de los perjuicios morales y materiales, lo que me permite establecer las razones para que se haga la condena contra la Nación, que se ha impetrado en autos. Al respecto expongo:

"...1º La reclamación no proviene de un contrato, sino de una relación fáctica provocada por la actividad de un funcionario de la Nación, quien, ejercitando su capacidad de poder como agente de la Policía, en uso de uniforme, se toma a las malas el vehículo automotor, con la complicidad de otro agente y otras personas no identificadas, embaulan al conductor y minutos más tarde aparece estrellado el vehículo con el agente de la Policía dentro de la cabina. La identificación del cadáver señala a un funcionario uniformado de la Policía Nacional en actividad, en uniforme que se toma el vehículo y lo estrella aplastado con el vehículo. El comportamiento punible es evidente, pero al caso, no interesa, porque no se trata de examinar la situación por vía penal, sino la de presentar contra la Nación, una reclamación indemnizatoria por extracontractual en la relación administrativa que el agente provoca con el ciudadano que sufre el perjuicio, en razón de que no está obligado a soportar dicha carga.

"...2º Las autoridades están instituidas para proteger la vida, la honra, los bienes de las personas y para cumplir los fines sociales del Estado. Además, dentro de los fines sociales del Estado y que debe promover, es el trabajo, a más de que el trabajo es una obligación social, el Estado le garantiza de manera especial su protección. Además, con el artículo 20, las autoridades son responsables por acción y omisión. Se da entonces una triple relación jurídica que se ofrece para garantizar un mínimo de seguridad, para que la relación de trabajo esté protegida. Una de las funciones de la Policía Nacional es dar esa protección como dan esa seguridad.. Ello está diseñado por la ley, en su artículo 1º, Decreto 2347 de 1971, definiéndola como cuerpo armado de carácter permanente que hace parte de la fuerza pública,

creada para la guarda del orden público interno. Ella está integrada por personal uniformado eminentemente técnico. Su artículo 2º le impone el deber institucional de proteger la vida, honra y bienes, cooperar en la investigación de delitos, y conservar el orden público en todos sus aspectos de seguridad, tranquilidad, salubridad, moralidad pública. Es cuerpo subordinado. Su rama de servicios coordina los servicios de vigilancia, mantiene contacto directo con las autoridades de su jurisdicción y es responsable de la disciplina del personal que integra el ramo. En ese orden, ningún funcionario de policía uniformado puede ser rueda suelta dentro de la institución, sino que responda a una disciplina controlado en todo momento por el respectivo superior.

"...Su régimen disciplinario es formulado. Lo contempla el Decreto-ley 1835 de 1979, con disciplina exigida por el artículo 2º de ese estatuto, así como la subordinación en su artículo 15. Por este estatuto no se estipula que el agente de la Policía que esté en franquicia deje de serlo por esa causa. Se desprende lo anterior del Decreto-ley 609 de 1977, cuyo artículo 3º fija condiciones de ingreso y el artículo 36 y 37 que fijan las condiciones de retiro. De manera que la franquicia no interrumpe la actividad en el policía.

"...En esta situación, el agente Juan Manuel Ruiz Romero obraba como funcionario, por estar vestido de uniforme, por estar en servicio activo, tenía una disciplina de comportamiento o por lo menos debía tenerla, cuando se apoderó del vehículo y terminó estrellándose. O si es conforme a la versión de José Arley Ruiz Carmona, Teniente de la Policía, que afirma en su testimonio que el camión no fue asaltado, sino protegido, también hay lugar a una relación extracontractual por la actividad anunciada que termina volcándose el vehículo y su conductor protector muerto dentro de la cabina. En ningún momento es explicable que el agente de la Policía aparezca dentro de la cabina, en el lugar donde se estrelló el camión, por mala conducción, por serle imposible manejarlo, así no hubiere habido propósito de apoderamiento del vehículo, ni de la carga con destino a Purina.

"...En ese orden, el agente Ruiz Romero obró, o con dolo, o con culpa, pero siempre produciéndose un daño contra los intereses de los demandantes, por lo que se produce una relación extracontractual de un agente de la acción por cuya causa, conducta, procedimientos se vuelca un vehículo, se estrella. El daño es producto de una falla del servicio. Esa falla en función del daño debe indemnizarse. La indemnización comprende lo moral y lo material, y están evaluadas pericialmente.

"...3º Hay lugar a indemnización moral porque el daño repercute sobre la personalidad moral de los demandantes, en razón de la aflicción, del precio de dolor que la pérdida de un bien material pero productor de los medios de subsistencia, causa en ellos. Es cierto que la apreciación de ese monto indemnizatorio es del fuero de los Jueces, pero también es cierto que si la pericia se pronuncia bajo las condiciones de conocimiento del transtorno moral y personal que tamaño siniestro les produce

a los dueños de la cosa, no es menos cierto que es la expresión que cualquier persona afligida en lo moral reclamaría como indemnización, pues los señores peritos hacen parte del común de las gentes que perjudicadas con la actividad de un agente de la Policía aprecian el daño moral si en ellos se hubiere causado el perjuicio.

"...De otro lado, los artículos 233 y 241 del Código de Procedimiento Civil aplicable por remisión en este caso, señala las condiciones para apreciar el dictamen. En este caso, es firme, preciso, razonado, y se produce por dos eminentes auxiliares de la justicia, abogados, profesores universitarios y exmagistrados, lo que le da fuerza probatoria suficiente para ser admisible en este proceso y respetada por el fallador.

"...No ha de dejarse por fuera de las consideraciones de este memorial, que la corrección monetaria es ya una valoración del artículo 178 del Código Contencioso Administrativo y que en el peritazgo obraron los índices inflacionarios para hacer los cálculos de resultado, oficiados dentro de los términos de la prueba, así que los valores totales no son cuantías improvisadas, sino razonadas, que deben ser consideradas en el fallo como plena prueba para la indemnización.

"...El factor de productividad responde al cálculo de lo que por regla general es rendimiento de un vehículo automotor en el transporte de carga y en el servicio público, que fue constatado con Copegan, empresa a la cual estaba afiliado el camión y por el valor de reposición es el que correspondería si se tratara de reponer por pérdida total tal vehículo automotor.

"...Queda corrido el alegato de traslado y con respeto, por todas las razones expuestas, por falla del servicio, solicito se condene a la Nación".

Con posterioridad al concepto del Ministerio Público, y antes de que el expediente fuera pasado al despacho para la decisión final, el apoderado de los demandantes, presentó dos solicitudes, así: Una, el 19 de septiembre de 1984 (fls. 45 a 48, cuaderno número 1), en la que, so pretexto de solicitar audiencia pública con apoyo en el artículo 147 del Código Contencioso Administrativo, presenta nuevas alegaciones de fondo, situación que se repite en la segunda de las ameritadas solicitudes, que presenta como una ampliación en "...la sustentación de la petición de audiencia pública..." (fls. 49 a 50, cuaderno número 1).

Con posterioridad al 5 de octubre de 1984, fecha en que el expediante fue pasado al despacho para fallo, según constancia secretarial que obra a folio 56 del cuaderno número 1, el mismo apoderado presentó dos nuevos escritos que recogen nuevas argumentaciones, los cuales no serán considerados por la Sala, porque contravienen el artículo 408 del Código de Procedimiento Civil.

B) *Parte demandada:* La Policía Nacional, por conducto de mandataria judicial, acudió tanto al proceso inicial como al reconstruido.

En esta última oportunidad procesal, acompañó copia del alegato de conclusión, que aparece con atestación de la Secretaría de la Sección, en el cual, luego de hacer una síntesis de los hechos, manifestó:

"...En cualquier tipo de proceso indemnizatorio que se siga contra el Estado, es necesario probar no solamente que quien cometió el ilícito es un agente de la Administración, sino que la falta o falla en el servicio se produjo como consecuencia de la prestación del servicio o con ocasión de él.

"...Si no fuera así, se llegaría a la absurda conclusión que la Nación debe responder por todas las actuaciones de sus representantes independientemente de la prestación del servicio y originadas en actuaciones personales del agente, lo cual haría interminable e ilimitada la responsabilidad estatal.

"...En el caso que nos ocupa, es obvio que el agente de la Administración actuó en forma personal y no como desarrollo del servicio o con ocasión del mismo, o, aprovechándose de su investidura para engañar al chofer del camión.

"...Está probado en los autos:

"...1. Que el agente Juan Manuel Romero Ruiz, se encontraba de franquicia.

"...2. Que no se aprovechó de su investidura para engañar: El le solicitó gasolina al chofer del camión, en ningún momento le dijo que era una requisa, o que le mostrara papeles, o planilla de carga del camión, como representante de la autoridad.

"...Estaba realizando una acción por fuera de su órbita como representante de la autoridad, o aprovechándose de tal investidura. Estaba realizando una acción al margen de su función pública.

"...Tanto la doctrina nacional como la extranjera han sostenido que la falta personal del agente es falta ajena a la función pública, es decir, hay falta personal del agente, cuando el acto ha sido cumplido por fuera de sus funciones, al margen de la función pública, cuando busca una finalidad de dañada intención, o cuando su accionar es abiertamente irregular.

"...Hay falla personal del agente, cuando la conducta revela a un hombre con sus debilidades, sus pasiones y sus imprudencias.

"...La responsabilidad personal de los agentes de la Administración exonera de responsabilidad al Estado porque se opone a la configuración de la falla en el servicio, elemento indispensable y sin el cual no puede declararse la responsabilidad del Estado.

"...En consecuencia con lo anterior, respetuosamente solicito sean denegadas las súplicas de la demanda" (fls. 64 y ss., cuaderno 1).

VI

Concepto Fiscal:

El apoderado de los demandantes, acompañó con la demanda de reconstrucción una copia informal del concepto que en su momento, había rendido la señora Fiscal Segundo (2º) de la Corporación, la que fue reconocida por la mencionada funcionaria, como puede verse a folio 35 del cuaderno número 1.

Allí, la mencionada Fiscal, luego de hacer un análisis probatorio en relación con la titularidad del dominio en cabeza del demandante Efraín Barbosa; de hacer un breve recuento de los hechos narrados en la demanda; de relacionar los elementos axiológicos necesarios para la prosperidad de las acciones indemnizatorias, manifiesta:

"...De las pruebas aportadas al proceso, no se deduce en forma clara la falta o falla del servicio de la Policía Nacional, ente demandado dentro de esta *litis*.

"...Efectivamente, según los documentos enumerados al principio de este alegato, se demostró que el señor Barbosa era propietario de un vehículo automotor —camión—; que este fue robado y que posteriormente sufrió un accidente, en el que murió el agente incriminado Juan Manuel Romero. Pero si bien es cierto estos hechos quedaron demostrados en forma suficiente, la falta o falla del servicio imputada a la Policía Nacional no aparece probada.

"...Al folio 85 del cuaderno 2, aparece la providencia con que culminó la investigación administrativa realizada por la Policía Nacional, para efecto de investigar los hechos en que pereció el agente Romero Ruiz y en ella se puede leer al folio 89, lo siguiente:

"...CONSIDERANDOS.

"...En consideración a los numerales anteriores el suscrito Oficial Investigador concluye lo siguiente:

"...a) Que efectivamente el agente conductor Romero Ruiz Juan Manuel dejó de existir a consecuencia de un accidente de tránsito;

"...b) Que los móviles del deceso del citado agente no fueron establecidos en este informativo toda vez que esto le corresponde al Juzgado de Instrucción Criminal que por reparto le corresponde instruir el sumario por los hechos ya enunciados y esta investigación es puramente administrativa para prestaciones sociales;

"...c) Que queda plenamente demostrado a través de la investigación que en el momento de los hechos denunciados, el agente conductor Romero Ruiz Juan Manuel se encontraba en uso de franquicia y en traje de uniforme, ya que trabajaba 24 por 24 o sea trabajaba 24 horas y descansa 24 horas, como conductor del microbus del recorrido del personal que labora en la Dirección General de la Institución de siglas 00-005 y su compañero

agente conductor Rodríguez Calderón Alvaro Nelcy, el día de los hechos se encontraba trabajando con el mismo vehículo según constancia debidamente legalizada que se anexa al presente informativo".

"...Conclusión de lo anterior, sólo puede ser que el agente Romero Ruiz, para el día y la hora en que sucedieron los hechos, no se encontraba laborando en ejercicio de las funciones que le habían sido encomendadas como conductor al servicio de la Policía Nacional y aunque portaba el uniforme de la Institución y la placa correspondiente, los hechos no se produjeron en ejercicio de las funciones a él encomendadas ni como consecuencia del servicio, por lo que no se puede imputar responsabilidad alguna al ente demandado por falta o falla del servicio, ya que se trata de un hecho imputable solamente al agente de la Policía Nacional, un acto personal de éste.

"...Precisamente, cuando el hecho es imputable solamente a falla personal del agente de la Administración, se exonera a la entidad demandada de la responsabilidad que se le imputa".

VII

Consideraciones de la Sala:

A) *La falla del servicio.*

La hace consistir el demandante en la actuación ilegal e irregular de un miembro de la Policía Nacional, por el despojo a mano armada, y posterior destrucción, por volcamiento, de un automotor que se afirma es de propiedad de los actores.

Dentro del proceso, quedaron demostradas las siguientes circunstancias particulares del caso:

1. Que el día 27 de agosto de 1980, en la vía que de Villavicencio conduce a Bogotá, el camión de carga, marca International, de color rojo, modelo 1965 placas SB-9257, conducido por el señor Germán Herrera Barbosa, fue asaltado a mano armada por el agente de la Policía Nacional Juan Manuel Romero Ruiz, quien después de haber ejecutado el atraco, tomó la conducción del vehículo, el cual se volcó más adelante. En el accidente pereció el ocasional conductor.

Las pruebas pertinentes se analizan así:

Testimonial: Con sujeción estricta a los lineamientos de ley, se recibió la declaración del señor Germán Herrera Barbosa, transportador de profesión y conductor del vehículo asaltado y accidentado. Su relato, es el siguiente:

"...Yo era conductor del vehículo. Siendo aproximadamente las 7 y 15 de la noche del día 27 de agosto de 1980 conduciendo el vehículo de placas SB-9257, marca International, modelo 1965, viajando de Villavicencio hacia Bogotá con un cargamento de harina aproximadamente dos kilómetros abajo del retén de Altamira, fuí interceptado por dos vehículos quienes me prohibían

el paso. Al detener la marcha se acercó a mi un agente de la Policía para pedirme unos favores los cuales eran que le vendiera gasolina que yo no pude venderle porque no me alcanzaba. Me insistió en que entonces le prestara una linterna. Tampoco la tenía y me pidió prestada una manguera. Yo no lo hice entonces él se me subió al estribo y me dijo que le hiciera ese favor que si no me daba cuenta que era para un agente de la Policía. Me negué porque realmente no tenía lo que él pedía. *Cuando le bajé el vidrio me puso un revólver en la cien y me dijo córrase para allá que en unos minuticos va a estar muerto. Tomó él el volante y por el otro lado se subió otro señor. Andaron aproximadamente un kilómetro y bajaron del vehículo.* Me subieron en un automóvil en el cual viajaban otras personas. Luego andaron (sic) aproximadamente media hora, detuvieron la marcha, me bajaron, me amarraron por allá en un potrero, me hablaron que si yo me movía hacía algo por desatarme que me matarían que ellos estarían cuidándome ahí por lo menos una hora..." (fl. 11, cuaderno número 4. Subraya la Sala).

Más adelante, el declarante explica que el asalto fue ejecutado por un agente de la Policía, pues le vio el uniforme y la cachucha. Señala que los vehículos utilizados en el asalto eran "...un automóvil de servicio público y un campero azul. De la única persona que me pude dar cuenta fue del uniformado, los demás estaban de civil. Cuando pusimos el denuncio los señores nos avisaron, los señores del F-2 donde pusimos el denuncio, nos dijeron que nos avisaban si llegaban a encontrar el vehículo. Como a las tres de la mañana aproximadamente hubo una llamada de los mismos señores avisando que habían encontrado el vehículo en la antigua carretera San Cristóbal, completamente destrozado y que había un policía muerto..." (fl. 12, cuaderno número 4).

Documental: a) A folio 18 del cuaderno número 2, aparece la fotocopia simple de la denuncia número 6430, que el señor Germán Herrera Barbosa presentó ante la Policía Judicial —Unidad Operativa Central— el 27 de agosto de 1980, documento que la Sala aprecia con amplitud, con apoyo en lo preceptuado en el literal a) del numeral 7º del artículo 1º del Decreto 3825 de 1985, que permite a las partes, en los procesos de reconstrucción, probar los hechos, con los medios probatorios ordinarios, y especialmente:

"a) Con los textos de los escritos y resoluciones, aunque se encuentren en fotocopias incluidas las firmas..."

En el ameritado documento, se lee:

"...En el día de hoy venía de Villavicencio destino a Bogotá, manejando un camión de placas SB-9257, marca International, color rojo marrón, modelo 1965, de propiedad del señor Efraín Barbosa Barbosa, afiliado a Transportes 'Copegan', cargado de harina y arroz, siendo como las siete y media de la noche a la altura del barrio Altamira carretera oriente como a unos doscientos metros a este lado del retén de policía, me obstaculizaron la vía en sentido contrario, por lo cual tuve que parar el carro, y en ese momento se me acercó *un señor vestido de policía y sin*

gorro diciéndome que le vendiera un galón de gasolina y hasta tenía un galón amarillo en la mano, a lo cual le dije que no traía; entonces me dijo que una manguera y también le negué el servicio; yo traía el vidirio subido y al ver la insistencia de él bajé el vidrio, y ahí fue cuando se me subió al estribo y me puso el revólver en la cien y me dijo con palabras soeces que me corriera; me corrí y él tomó el volante se sentó, y otro tipo ya de civil se subió por el otro lado, me tumbaron al piso del carro, me pusieron el pie en la cabeza o sea me vendaron me bajaron del carro; el supuesto policía les dijo que no me quitaran nada; arrancaron el carro, se bajó uno del taxi y se fueron los tres en el camión; luego me metieron al taxi, me tumbaron al piso en la parte de atrás, yo seguía vendado arrancaron a gran velacidad, como a los 40 minutos más o menos, me preguntaron que carga traía; yo les dije traigo harina; dijeron: No trate de hacer nada o sino lo matamos; me apuntaban; dijeron: Tranquilo a usted no le pasará nada ni al vehículo; 20 minutos más tarde detuvieron la marcha, me bajaron uno de ellos les ordenó: Llévenlo bien hacia arriba y si trata de alzar la cabeza se le pegan unos tres buenos golpes en la cabeza; se detuvieron y me tumbaron me amarraron de los pies, me dijeron: No trate de pararse por lo menos en una hora, nosotros lo estaremos chequiando; si lo hace adiós de vida; yo por esto duré como hora y media bocabajo...Los carros uno era un taxi color negro con amarillo sin placas, marca Dodge, modelo reciente; el otro...(ilegible) color azul cabinado..." (fl. 18, cuaderno número 2. Subraya la Sala);

b) A folio 29 del cuaderno principal, aparece la constancia expedida por la Juez Treinta y Ocho Penal de Bogotá, calendada el quince (15) de mayo de mil novecientos ochenta y dos (1982), cuyo texto, es el siguiente:

"...1º Que en este Juzgado cursa el proceso radicado al número 1596, en *averiguación de responsables,* por el delito de hurto, denunciante Germán Herrera Barbosa. El objeto pasivo del delito fue el vehículo de las siguientes características: Clase camión, marca International, modelo 1965, color rojo y marrón, tipo estacas, motor RD450H5203382, chasís FD-85126, placas SB-9257...

"...2º Que por auto de fecha septiembre 12 de 1981, se ordenó el archivo temporal del proceso antes relacionado, en los términos y efectos que preceptúa el artículo 473 del Código de Procedimiento Penal".

La Sala aprecia la anterior prueba, con el valor probatorio que el inciso 2º del artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, confiere a los documentos públicos;

c) Con la misma eficacia probatoria que el documento relacionado en antes, la Sala aprecia la constancia expedida por el Juzgado Veintitrés Superior de Bogotá D. E., que en lo pertinente dice:

"...Que en este Despacho cursa actualmente el proceso número 0383 contra *averiguación de responsables* por el delito de *homicidio* (en accidente de tránsito), occiso Juan Manuel Romero Ruiz agente de la Policía Nacional con carné 17304976 adscrito a

la Subdirección General como conductor y quien para la fecha y hora de los hechos (agosto 27 de 1980 hora 19:30) se encontraba 'en franquicia' y al parecer conducía o acompañaba al conductor del vehículo: Camión marca International, modelo 1965, motor ED-450-H5203882, con placas SB-9257 de propiedad (según certificación de la Jefatura de la Oficina de 'Matrículas y Placas' del DATT de Bogotá) del señor Efraín Barbosa Barbosa identificado con cédula de ciudadanía 103.913 de Bogotá. El automotor citado en ningún momento fue puesto a órdenes del Juzgado 40 de Instrucción Criminal (Despacho que abrió la respectiva investigación en agosto 29 de 1980) como tampoco de este Juzgado de conocimiento en razón a que, tal como lo informó el titular del turno 'B' de la Unidad de Policía Judicial Especial de Tránsito que realizó el levantamiento del cadáver (Acta 0626) *éste había caído a un abismo, quedando completamente destruidos y, por ende, inmovilizado. Se sabe también que dicho camión había sido hurtado pocas horas antes del accidente en mención por lo cual se formuló la denuncia 0430 ante la Unidad Operativa de Policía Judicial 'Central', turno 'C', a las 23:30 horas...*" (Subraya la Sala);

d) A folio 4 del cuaderno principal, aparecen los documentos no instrumentales (fotografías), que se acompañaron con la demanda que dio origen al presente proceso, según consta en el escrito visible a folio 16 del mismo cuaderno. El sentenciador reconoce eficacia probatoria a los aludidos documentos, porque su autenticidad se estableció con el reconocimiento que de ellos hizo el señor Germán Herrera Barbosa, conductor del vehículo accidentado, en audiencia practicada el día 24 de septiembre de 1986, visible a folio 13 del cuaderno número 4, y, porque no fueron tachados de falsos por la otra parte en la oportunidad procesal correspondiente. Todo lo anterior es demostrativo del estado de hecho que existía en el momento en que las fotografías fueron tomadas y no se contradicen con las otras pruebas obrantes en el plenario;

e) *A folio 34 del cuaderno número 2 se encuentra la transcripción del acta de levantamiento número 0626 de 28 de agosto de 1980, occiso Juan Manuel Romero Ruiz,* en la que consta la muerte en accidente de tránsito, en el vehículo (camión) con placas SB-9257. Entre los documentos que portaba el difunto, se relaciona "...carné Policial número 17304976..." Más adelante se lee:

> "...*Vestía pantalón verde oliva, camisa caqui, corbata negra, guerrera verde oliva y en ella la placa de identificación policial número 76239, zapatos negros, medias negras, uniforme éste de agente de la Policía.* En el lugar de los hechos fue encontrado a una distancia abismo distante a unos cien metros de la carretera el camión de placas SB-9257, marca International, modelo 1965, color rojo, éste se encontraba completamente destruido y el cadáver del occiso se encontraba prisionado (sic) en la parte de la cabina..." (Subraya la Sala).

El Capitán Enrique Rodríguez Fontecha, Jefe Unidades Judiciales de la Unidad Especial de Tránsito —Policía Judicial— que suscribe el oficio contentivo del acta de levantamiento del cadáver de

Juan Manuel Romero Ruiz, informa que no envía fotocopia de la misma "...porque se halla totalmente borrada e ilegible, no saliendo su contenido en la misma, motivo por el cual se transcribe";

f) A folio 42 del cuaderno número 2 se observa la fotocopia auténtica del "acta de la entrega de unos elementos decomisados" que hace el Teniente Ricardo Enrique Valencia Copete, Jefe Grupo de Automotores —SIPEC— al señor Efraín Barbosa, identificado con cédula de ciudadanía número 103.913 de Bogotá. Estos elementos, que se entregan en depósito según el acta, son 90 bultos de harina, aproximadamente "...que se encontraban dentro del camión marca International, modelo 1975 (sic), color rojo marrón, de placas SB-9257, el cual había sido robado según denuncia número 6430 de 27 de los corrientes, formulada en la Unidad Judicial del Centro, por el señor Germán Herrera Barón" (sic);

g) A folio 22 del cuaderno número 2 se observa el Oficio número 07366-R, remitido por el Jefe de Archivo General de la Policía Nacional —Secretaría General— documento público con el valor probatorio que le otorga el artículo 252, inciso 2º del Código de Procedimiento Civil, que dice, en lo pertinente:

> "...*el extinto agente Romero Ruiz Juan Manuel identificado con cédula de ciudadanía número 17.304.976 expedida en Villavicencio; le figura que fue nombrado como agente conductor el 1º de diciembre de 1977* y destinado con fecha 5 del mismo mes y año a la RADMI (Sección Transportes) y mediante Resolución número 7357 de 9 de septiembre de 1980, proferida por la Dirección General de la Policía Nacional, *fue dado de baja por defunción y con fecha 27 de agosto de 1980*" (Subraya la Sala).

Lo declarado por el testigo Germán Herrera Barbosa, lleva al sentenciador a la conclusión de que son ciertos los hechos constitutivos de la *causa petendi*, por las siguientes razones: Su testimonio es armónico con las pruebas documentales que se relacionaron en antes, lo que lo hace confiable. Las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se desarrollaron los hechos, hicieron imposible la presencia de personas que pudieran posteriormente rendir su testimonio. Herrera Barbosa viajaba solo, como conductor del camión, cuando fue atracado a mano armada, en horas de la noche, en una carretera, con los resultados conocidos. Fue entonces, el único protagonista de los hechos. Su deponencia, aunque insular, por las circunstancias anotadas, merece credibilidad, porque, además, no fue tachado como sospechoso, por las razones de parentesco y dependencia que lo ligan con el demandante Efraín Barbosa Barbosa, en la forma señalada en el artículo 218 del Código de Procedimiento Civil.

Sobre este aspecto de valoración probatoria, la Sala hace suya la perspectiva jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, en la cual se precisa que el sentenciador tiene "...amplias facultades para calificar la fuerza de convicción de los testimonios de parientes de los litigantes, pues concretamente dispone el ordenamiento que 'el Juez apreciará los testimonios sospechosos de acuerdo con las circuns-

tancias de cada caso' (art. 218 del C. de P. C.)" (Sentencia marzo 24 de 1981. Sala de Casación Civil, Magistrado ponente doctor Alberto Ospina Botero).

Sobre este mismo aspecto de valoración de la prueba, dice el doctor Hernando Devis Echandía:

> "...El Juez dispone de libertad para asignarle al testimonio único un valor probatorio (es decir su eficacia) 'más o menos atendible, según las condiciones del declarante y la sinceridad y claridad de su exposición'; como lo expresaba el texto legal colombiano; en el nuevo Código de Procedimiento Civil Colombiano, el Juez puede otorgarle el valor de plena prueba, si le da certeza por su calidad" (Teoría General de la Prueba Judicial, Quinta Edición, pág. 248).

De acuerdo con lo analizado, se tiene que la persona que fue encontrada muerta, dentro del camión volcado, respondía al nombre de Juan Manuel Romero Ruiz, y portaba prendas y distintivos militares, correspondientes a un agente de la Policía, como se lee en el acta de levantamiento del cadáver (fl. 34, cuaderno número 2). El nombrado, estaba vinculado a la Policía Nacional, desde el 1º de diciembre de 1977 con nombramiento como agente conductor y destinación a la Sección de Transportes. Fue dado de baja por defunción el 27 de agosto de 1980. Todo esto es demostrativo de una conducta irregular de la Administración, que rebasa los límites constitucionales, legales y reglamentarios. Los miembros de la Policía, no deben utilizar los uniformes para abusar de los ciudadanos, y, menos aún, para cometer hechos ilícitos. Su línea de acción es la ley. Así lo dispone el artículo 24 del Reglamento de Servicio de Vigilancia Urbana y Rural (Resolución número 60168 de 1961), y en sus intervenciones deben utilizar "...un sano criterio profesional, interpretativo de la norma legal, sin hacer jamás uso de rigores innecesarios" (art. 23, Reglamento citado).

En relación con el uniforme, dice el artículo 40 de la misma normatividad: "UNIFORME (Respetabilidad que impone). *El uniforme revela autoridad y despierta el respeto al público, inclinándolo a acatar las órdenes de la Policía*" (Subraya la Sala).

Por su parte el artículo 23 del Decreto 2137 de 1983, Estatuto Orgánico de la Policía, reza:

> "...La Policía Nacional está instituida para proteger la vida, honra y bienes de todas las personas residentes en Colombia, garantizar el ejercicio de las libertades públicas y los derechos que de éstas se deriven, prestar el auxilio que requiere la ejecución de las leyes y las providencias judiciales y administrativas, cooperar en la investigación de los delitos y contravenciones, cumplir las labores preventiva, educativa y social y en general conservar el orden público interno de la Nación, con los medios y dentro de límites estatuidos en la Constitución Nacional, en las leyes, en las convenciones y tratados internacionales, en los reglamentos de policía y en los principios universales del derecho".

En el *sub lite* está claramente demostrado que el agente de Policía señor Juan Manuel Romero Ruiz, vestía prendas propias de la Institución; portaba su respectiva guerrera, y la correspondiente placa, y así lo vio la víctima del atraco, lo que facilitó el acceso de aquel al vehículo y, por ende, el despojo del mismo. El camión finalmente resultó accidentado, pereciendo el agente secuestrador. Es verdad que éste se encontraba en franquicia, lo que permitiría, en gracia de discusión, entrar a manejar no la falla del servicio, sino la propia del agente. Así lo solicitan tanto el Ministerio Público, como el apoderado de la Institución. Pero en los tiempos que corren, la Administración está obligada a brindarle a los ciudadanos la seguridad material y jurídica que éstos necesitan. Se quiere con esto significar que cuando el Estado permite que en "franquicia" los agentes del orden porten prendas militares, insignias, está responsabilizándose de las situaciones que de allí se puedan derivar y que den origen a la falla del servicio. Esto, como reiteradamente lo ha dicho la Sala, demanda el examen concreto de cada situación, y ese examen, en el caso *sub júdice*, lleva al sentenciador a predicar que no es de recibo, la conducta de la Administración que con sus agentes uniformados en "franquicia" da lugar a que los ciudadanos, que ignoran esta circunstancia, los vean siempre como representantes de la autoridad en ejercicio. El ciudadano no tiene porqué saber si cuando la autoridad policiva le solicita que se detenga en la vía pública, ésta está o no, en ejercicio de sus funciones. Lo correcto, lo normal, es que se obedezca la orden para poder así ajustar la conducta a derecho. Esto fue lo que ocurrió en el caso en comento. La situación de "franquicia" en que el agente uniformado actuó, no hace sino darle más fuerza de convicción a la conclusión de que la falla se dio.

Ese carácter de autoridad, en supuesto ejercicio de funciones, fue determinante en la comisión del hecho constitutivo de la falla del servicio. Si el autor del mismo no hubiera portado el uniforme militar, posiblemente no se habría podido consumar el ilícito. Sobre el particular, el artículo 50 del Decreto 2857 de 1966 —Reglamento de Régimen Disciplinario para la Policía Nacional— preceptúa:

> "...El carácter de autoridad y el grado que se obstenta son permanentes y se conservan aún en el caso de no vestirse el uniforme. El ejercicio de las funciones del grado o cargo *son permanentes y se ejercerán en cualquier circunstancia de tiempo, modo o lugar*" (Subraya la Sala).

Si el sentenciador concluyera en forma distinta a la anotada, llegaría a la filosofía del absurdo, esto es, que el particular requerido por quien porta prendas y distintivos militares, tiene derecho a manejar el beneficio de la duda, esto es, obedece a la autoridad, si su mente le procesa que no está en "franquicia"; y la desobedece, cuando el resultado es el contrario. Transitando por ese sendero, el resultado sería simplemente de desorden, de desconcierto, de desobedecimiento, de desacato a las autoridades y de caos.

Circunstancias particulares del caso, como la presente, son las que llevan a tratadistas del filosofía del derecho como Carlos Cossio, a predicar que, más que la ley, es la conducta humana la que debe ser interpretada en su interferencia intersubjetiva. La interpretación de

la conducta de la Administración, en este caso concreto, es la que permite realizar mejor la justicia. Negar la existencia de la falla del servicio, simplemente porque el agente uniformado —revestido de carácter de autoridad— estaba en "franquicia", llevaría a una sentencia injusta.

Todos los elementos probatorios que obran en el plenario, analizados en conjunto, en aplicación del principio de la unidad de la prueba, llevan a la convicción necesaria de que los hechos constitutivos de las pretensiones de los demandantes, corresponden a la realidad de lo acontecido, en la forma que los presenta la demanda, y permiten afirmar la existencia de una falla del servicio.

B) *El daño.*

Al proceso acuden en procura de indemnización los señores Efraín Barbosa y Etelvina Pardo de Barbosa "...casados entre sí, con sociedad conyugal vigente..." Reclaman "...los perjuicios patrimoniales materiales..." sufridos como propietarios del camión de placas SB-9257, cuyas características se señalan en el libelo demandatorio (fl. 6, cuaderno número 1), referidos al daño emergente consistente en "...la suma de dos millones de pesos ($ 2.000.000.00), en moneda colombiana como valor del vehículo robado y destruido, más el lucro cesante de ciento cincuenta mil pesos ($ 150.000.00) moneda colombiana a partir de la fecha del siniestro, con carácter mensual hasta la fecha de la respectiva condena, teniendo en cuenta para esta liquidación de resultado, el valor constante monetario colombiano, esto es el índice inflacionario del peso colombiano, más los intereses del seis por ciento (6%) anual sobre el valor total en que se estimen los perjuicios materiales desde la fecha de producción del daño hasta la fijación de la indemnización y de esta fecha en adelante, los intereses comerciales o bancarios sobre el total indemnizatorio hasta la fecha de pago..." (fl. 7, cuaderno número 1).

Así mismo solicitan el pago de los perjuicios morales sufridos por los actores "...en pesos colombianos de la fecha de la fijación de la indemnización, el valor equivalente a un mil (1.000) gramos de oro puro, según los precios que para esa fecha fije el Banco de la República, a cada uno de los demandantes..." (fl. 7, cuaderno número 1).

En el *sub lite* se demostró el matrimonio celebrado entre Efraín Barbosa y Etelvina Pardo de Barbosa, con el registro civil de matrimonio que obra a folio 2 del cuaderno número 1.

La sociedad conyugal, como vínculo patrimonial entre esposos, se entiende contraída por el hecho del matrimonio. Así lo preceptúa el artículo 1774 del Código Civil:

> "...A falta de pacto escrito se entenderá, por el mero hecho del matrimonio contraída la sociedad conyugal con arreglo a las disposiciones de este título".

De acuerdo con el numeral 5º del artículo 1781 del mismo Código el haber de la sociedad conyugal se compone:

> "...5º De todos los bienes que cualquiera de los cónyuges adquiera durante el matrimonio a título oneroso".

A partir de 1º de enero de 1933, fecha en que entró en vigencia la Ley 28 de 1932, se cambió el sistema de disposición y administración de la sociedad conyugal. En virtud del artículo 1º de la mencionada ley, los cónyuges administran independientemente el uno del otro sus propios bienes, así como aquellos que por cualquier causa adquieran a título oneroso durante la vigencia de la sociedad conyugal. Dice así el artículo 1º de la mencionada ley:

> "...Durante el matrimonio cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición tanto de los bienes que le pertenezcan al momento de contraerse el matrimonio o que hubiere aportado a él, como de los demás que por cualquier causa hubiere adquirido o adquiera; pero a la disolución del matrimonio o en cualquier otro evento en que conforme al Código Civil deba liquidarse la sociedad conyugal, se considerará que los cónyuges han tenido esta sociedad desde la celebración del matrimonio, y en consecuencia se procederá a su liquidación".

Cada uno de los cónyuges, responderá ante terceros de las deudas que personalmente contraiga, salvo aquellas en que debe responder solidariamente, en los casos señalados en el artículo 2º de la ley, cuyo tenor es el siguiente:

> "...Cada uno de los cónyuges será responsable de las deudas que personalmente contraiga salvo las concernientes a satisfacer las ordinarias necesidades domésticas o de crianza, educación y establecimiento de los hijos comunes, respecto de las cuales responderán solidariamente ante terceros, y proporcionalmente entre sí, conforme al Código Civil".

Dentro del marco legal anterior, es claro que los derechos de los cónyuges sobre el haber social nacen cuando la sociedad termina por alguna de las causales consagradas en la ley, lo que no se demostró en el *sub lite*, pues el otro cónyuge vive. Por lo tanto, la Sala llega a la conclusión de que la señora Etelvina Pardo de Barbosa, no está legitimada en la causa, porque su cónyuge Efraín Barbosa Barbosa vive, y adquirió, a título oneroso el vehículo involucrado en la *litis*, y, por lo mismo, puede disponer de él libremente mientras no se disuelva la sociedad conyugal. Así se decidirá en la parte resolutiva.

Sobre el particular, es ilustrativo el siguiente aparte de la jurisprudencia nacional:

> "...Sin abandonar el concepto de sociedad conyugal expresado en el Código, la reforma cambia sí radicalmente el sistema de disposición y de administración. Con respecto a terceros ya no será el marido dueño de los bienes sociales como si ellos formaran con los suyos propios un solo patrimonio; ni tampoco el responsable único de las deudas sociales, a quien los acreedores tienen el derecho de perseguir para hacer efectivos sus respectivos créditos sobre sus bienes propios. *En adelante cada cónyuge dispone y administra con entera libertad e independencia del otro, tanto respecto de los antiguamente llamados bienes propios como de los adquiridos particularmente por cada cónyuge después de 1º de enero de 1933. De esta manera la sociedad tiene desde 1933 dos administradores en vez de uno; pero dos adminis-*

tradores con autonomía propia; cada uno sobre el respectivo conjunto de bienes muebles o inmuebles aportados al matrimonio o adquiridos durante la unión, ya por el marido ora por la mujer. Y cada administrador responde ante terceros de las deudas que personalmente contraiga de manera que los acreedores sólo tienen acción contra los bienes del cónyuge deudor, salvo la solidaridad establecida por el artículo 2º en su caso..."

"...Pero disuelta la sociedad surge ahora, bajo el imperio de la reforma, como antes también surgía bajo el imperio del Código Civil, la comunidad sobre los bienes sociales existentes en ese momento en poder de cualquiera de los cónyuges, *comunidad que habrá* de liquidar conforme a las reglas del Código compatibles con el nuevo régimen. Por ejemplo: Un inmueble adquirido hoy por la mujer a título oneroso durante el matrimonio constituye *un bien social que ella puede enajenar y administrar libremente, en fuerza de su plena capacidad, pero virtualmente susceptible en su carácter de bien social, de constituir uno de los elementos integrantes de la masa partible, como activo de la sociedad conyugal, si a tiempo en que ésta se disuelve no ha sido enajenado...*" *(Cas., 20 octubre de 1937, XLV-633; 29 marzo 1939, XLVII, 730; 18 abril 1939, XLVIII, 40)* (Subraya la Sala).

En otra oportunidad, la misma Corporación se pronunció así:

"...De acuerdo con el régimen actual de la sociedad conyugal *cada uno de los cónyuges es, mientras subsiste el matrimonio, dueño de los bienes que adquiera por cualquier título. Son dos patrimonios manejados por personas distintas, que se confunden al disolverse la sociedad conyugal, para el solo efecto de su liquidación.* De consiguiente, cuando la mujer explota durante el matrimonio un negocio, a los ojos de la ley ella es la única que tiene derecho a las utilidades, el marido es como tercero respecto del matrimonio de la mujer, su interés en ese patrimonio sólo surge al morir aquella, a través de la confusión del patrimonio de los dos cónyuges..." (Sentencia, S. de N. G. 23 de febrero 1944, LVII, 274).

Al analizar la falla del servicio, la Sala llegó a la conclusión de que los hechos constitutivos de la *causa petendi,* ocurrieron en la forma como la demanda los presenta, por lo cual surge el derecho de la víctima a ser indemnizada. Esta es el señor Efraín Barbosa Barbosa y no la señora Etelvina Pardo de Barbosa, por las razones en antes precisadas.

C) *La relación de causalidad.*

Del análisis de los dos supuestos anteriores ella surge en forma evidente, pues el daño es la consecuencia que se deriva del hecho constitutivo de la falla del servicio, razón por la cual deben prosperar las pretensiones indemnizatorias, como pasa a verse.

D) *Los perjuicios.*

Perjuicios materiales: De acuerdo con el artículo 1614 del Código Civil, se dividen en daño emergente y lucro cesante. El primero, consiste en la disminución específica, real y cierta del patrimonio. Son

los bienes que salen de éste como consecuencia del daño que le ha sido inferido a la víctima. El esgundo, es la privación de la utilidad o provecho que hubiera producido un capital, de no haber ocurrido el evento dañoso.

Por *daño emergente*, reclaman los actores el valor del vehículo accidentado que señala la demanda en dos millones de pesos ($ 2.000.000.00), actualizados.

Para resolver este extremo es preciso en primer término establecer si se demostró la calidad de propietario del señor Efraín Barbosa, que aduce en la demanda.

A folio 3 del cuaderno principal aparece una certificación suscrita al parecer por el Director de Tránsito y Transportes de Bogotá (ilegible), en la que figura como propietario del camión a que se refiere la demanda, el señor Efraín Barbosa Barbosa, calendada el 29 de noviembre de 1985, y en la que aparece la siguiente constancia: *"No es válida como título de propiedad"*. La Sala, en consideración a que se trata de un negocio reconstruido, acepta la manifestación que en relación con la plena demostración de la titularidad del derecho de dominio del vehículo en cabeza del señor Efraín Barbosa Barbosa, hace el Ministerio Público, en la vista fiscal, que en copia autenticada aparece a folio 36 del cuaderno número 1. Allí se lee:

> "...De las pruebas aportadas el proceso se tiene que el señor Efraín Barbosa era propietario del vehículo automotor camión de placas SB-9257, marca International, modelo 1965 (ver tarjeta de propiedad fl. —sic— y certificado de propiedad expedido por el Departamento de Tránsito y Transportes de Bogotá, fl. 5, cuadenro 1)".

Con el fin de establecer el valor del vehículo, así como el rendimiento líquido mensual, se practicó prueba pericial. El experticio rendido por los doctores Abimael Caballero Siera y Oswaldo Castilla Uribe, aparece a folios 30 y siguientes del cuaderno número 1, en simple fotocopia.

En providencia de 23 de junio de 1986, proferida dentro del trámite de la reconstrucción del expediente, se ordenó la citación de los peritos para que reconocieran las firmas, diligencia que se cumplió con el primero de los nombrados, según se lee en el acta que aparece a folio 20 del cuaderno número 2. El otro auxiliar de la justicia, doctor Oswaldo Castilla Uribe, falleció el 21 de febrero de 1985, como consta en la fotocopia auténtica del registro civil de defunción que se observa a folio 19 del cuaderno número 2.

Como además de esta circunstancia particular del caso, no existe constancia procesal relativa a la contradicción de la peritación, ni al pago de los honorarios de los expertos, la Sala no aprecia la ameritada prueba, porque no reúne los requisitos para su existencia, validez y eficacia probatorias.

Por *lucro cesante*, piden los demandantes la suma de ciento cincuenta mil pesos ($ 150.000.00) mensuales, desde la fecha del percance, hasta la de la condena, para lo cual se tendrá en cuenta "...el valor

constante monetario colombiano, esto es, el índice inflacionario del peso colombiano, más los intereses del seis por ciento (6%) anual, sobre el valor total en que se estimen los perjuicios materiales desde la fecha de producción del daño hasta la fijación de la indemnización y de esta fecha en adelante, los intereses comerciales o bancarios sobre el total indemnizatorio hasta la fecha del pago" (fl. 7, cuaderno 1).

Para establecerlo, se demostró con prueba documental que aparece a folio 21 del cuaderno principal, que el vehículo (camión) de placas SB-9257, estaba afiliado a la empresa de Transportes "Copegan" y que se encontraba en perfectas condiciones para prestar el servicio público en el transporte de carga y ganado. La Sala aprecia, con amplitud, el ameritado documento privado, con la filosofía contenida en el literal a) del numeral 7º del artículo 1º del Decreto 3825 de 1985.

Con el mismo objeto señalado en antes, se practicó prueba pericial, que la Sala no aprecia por las consideraciones que en torno a ella, ya se hicieron. Por ello, deberá hacerse la condena *in génere*, y liquidar los perjuicios materiales de conformidad con lo establecido en los artículos 172 del Código Contencioso Administrativo y 308 del Código de Procedimiento Civil, con arreglo a las siguientes bases:

Primera: Por peritos, se fijará el valor histórico del vehículo que fue destruido en el accidente, es decir, el valor que tenía el 27 de agosto de 1980, para lo cual se atenderán las características de un vehículo similar; la prueba documental (fotografías) que en número de 4 aparecen a folio 4 del cuaderno número 1; el valor con que el demandante Efraín Barbosa Barbosa, lo relacionó en la declaración de renta —no extemporánea— del año gravable de 1979, documento que se deberá aportar en el incidente, en cumplimiento del artículo 10 de la Ley 58 de 1982. La suma correspondiente, no podrá superar los dos millones de pesos ($ 2.000.000.00) que piden los demandantes por este concepto. Al monto que resulte, se le descontará el valor de salvamento del vehículo, que deberá demostrarse dentro del trámite incidental, para lo cual se tomarán en cuenta los documentos no instrumentales (fotografías) relacionados en antes y los medios probatorios autorizados por la ley.

Segunda: El monto histórico que resulte, se actualizará en la forma señalada por la jurisprudencia de la Sala, para lo cual se tomarán en cuenta los índices de precios al consumidor que certifique el Departamento Administrativo Nacional de Estadística —DANE— en el período comprendido entre agosto de 1980, y la fecha de presentación de la demanda incidental. La correspondiente certificación se acercará al proceso en el respectivo trámite procesal.

Tercera: Se determinará, también por peritos, el ingreso neto mensual que por el vehículo accidentado declaró el señor Efraín Barbosa Barbosa, no extemporáneamente, por el año gravable de 1979, documento que se deberá aportar en el incidente, conforme se anotó en antes. El monto resultante por este concepto, no podrá exceder la suma de ciento cincuenta mil pesos ($ 150.000.00) mensuales que piden los actores. Si el contribuyente declaraba suma menor por este con-

cepto, se tendrá en cuenta la declarada; si no declaraba, se reconocerá el seis por ciento (6%) anual, sobre el monto del capital histórico, teniendo el buen cuidado de no capitalizar los intereses.

Perjuicios morales: Estiman los actores, como compensación del daño moral sufrido con ocasión del accidente, el valor equivalente a un mil gramos (1.000) de oro puro, para cada uno de ellos, según el precio que para la fecha de la fijación de la indemnización, certifique el Banco de la República.

En este campo, la jurisprudencia de la Corporación ha sido constante en afirmar que la indemnización busca compensar un dolor, el que se da por sentado en tratándose de la muerte de ciertos seres queridos, y sólo excepcionalmente, por la pérdida de cosas materiales. Así, en un caso similar, precisó:

> "...este tipo de daño sólo se configura cuando se presenta la violación de alguno de los derechos de la personalidad del sujeto, situación que no se da en el caso en comento... Más adelante, citando al profesor Renato Scognamiglio, agrega: '...El motivo consiste en que los daños morales en sentido jurídico técnico no son todas las sensaciones dolorosas ajenas al sacrificio de cualquier interés jurídico protegido, sino que como ya se estableció de atrás, daños morales son sólo los dolorosos, padecimientos, etc., que siguen de una lesión a los *bienes de la personalidad,* que no son susceptibles de configuración como objeto de obligaciones en sentido propio...' (Perjuicios Morales. Jaime Augusto López M. Ediciones Lex Ltda. 1983, pág. 97)" (Expediente número 4274. Actor: Heliodoro Quintero. Sentencia septiembre 18 de 1986. Consejero ponente doctor Julio César Uribe Acosta).

En el *sub lite,* la Sala no encuentra probada ninguna circunstancia particular del caso que le permita hacer la condena impetrada por perjuicios morales.

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 —Ministerio de Defensa— Policía Nacional, es responsable de la destrucción del vehículo (camión) marca International, placas SB-9257, de color rojo, de servicio público, modelo 1965, motor RD450H-5203882, tipo estacas, con capacidad de diez (10) toneladas, de propiedad del señor Efraín Barbosa Barbosa.

Segundo: Como consecuencia de la anterior declaración, se condena *in génere* a la Nación —Ministerio de Defensa— Policía Nacional, a pagar al señor Efraín Barbosa Barbosa, los perjuicios materiales causados en el accidente ocurrido el 27 de agosto de 1980, los cuales se liquidarán, de acuerdo con el procedimiento fijado en los artículos 307 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, conforme con las pautas fijadas en este proveído.

Tercero: Las sumas de dinero que resulten de la liquidación de los perjuicios, causarán intereses comerciales corrientes dentro de los seis meses siguientes a la ejecutoria de la providencia que decida el incidente, y, de ahí en adelante, intereses moratorios.

Cuarto: Deniéganse las demás súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, 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.

El solo hecho de que una actuación administrativa tan sensible como el registro de un diploma de bachiller requiera más de cinco años para concretarse, implica ya una protuberante falla en la administración pública.

FALLA DEL SERVICIO. CADUCIDAD. Término.

Los hechos que integran la falla en la prestación del servicio, continúan en el ámbito temporal hasta que se extinguen y, es sólo a partir de su cesación, cuando se deben comenzar a contar el término de caducidad.

LEGITIMACION EN LA CAUSA. LEGITIMACION POR ACTIVA.

La legitimación en la causa por activa es la identidad del demandante con la persona a quien la ley le otorga la vocación jurídica para reclamar la titularidad de un derecho y por pasiva la identidad del demandado, con aquel a quien se le puede exigir la obligación correlativa que se deriva del primero.

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

Consejero ponente: *Doctor Carlos Ramírez Arcila.*

Proyectó Magistrado auxiliar: *Doctor Héctor Alvarez Melo.*

Referencia: Expediente 5154. Actor: Hugo Napoleón Tovar Silva y otros.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la Personería de Bogotá, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 24 de marzo de 1987.

En la demanda presentada ante dicho Tribunal los señores Hugo Napoleón Tovar, Alfredo de Jesús Tovar M., Guillermo Tovar S., Eiven Tovar S., Myriam Gladys Tovar S., Gustavo Adolfo Tovar S., Jairo

César Tovar S. y Ana María Bernardina Moreno de Tovar, por intermedio de apoderado, solicitan que se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

"*Primero.* Que el Distrito Especial de Bogotá es responsable de la totalidad de los perjuicios ocasionados a mis poderdantes como consecuencia de la falla del servicio en que incurrió la Secretaría de Educación Distrital con ocasión del trámite y registro del diploma de bachiller académico del señor Hugo Napoleón Tovar Silva.

"*Segundo.* Que el Distrito Especial de Bogotá está obligado a reconocer y a pagar los daños y perjuicios así:

"a) A Hugo Napoleón Tovar Silva por concepto de perjuicios materiales el equivalente en moneda nacional de cuatro mil (4.000) gramos de oro, de conformidad a la tasa de cambio vigente al tiempo del fallo (Decreto 100 de 1980, art. 107);

"b) A Hugo Napoleón Tovar Silva, a título de compensación por el daño moral padecido, la suma en moneda nacional equivalente a un mil (1.000) gramos de oro, de conformidad a la tasa de cambio vigente al momento del fallo (Decreto 100 de 1980, art. 106);

"c) A los señores Alfredo de Jesús Tovar M., Guillermo Tovar S., Beatriz María Tovar S., Eiven Tovar S., Myriam Gladys Tovar S., Gustavo Adolfo Tovar S., Jairo César Tovar S. y Ana María Bernardina Moreno Tovar, a título de compensación por el daño moral padecido, a cada uno de ellos, la suma en moneda nacional equivalente a un mil (1.000) gramos de oro, de conformidad con la tasa de cambio vigente al momento del fallo (Decreto 100 de 1980, art. 106);

"d) Subsidiariamente pido que se ordene pagar la cuantía que resulte de la liquidación de la condena genérica, conforme a los artículos 172 y 178 del Código Contencioso Administrativo y 308 del Código de Procedimiento Civil;

"e) A mis patrocinados se les deberá reconocer y pagar sobre el monto de las indemnizaciones intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia y moratorios después de ese término (art. 177, inciso 5, C. C. A.);

"f) El monto de los daños y perjuicios sufridos por mis procurados se actualizará conforme al artículo 178 del Código Contencioso Administrativo.

"*Tercero.* Que se ordene dar cumplimiento a la sentencia dentro del término del artículo 176 del Código Contencioso Administrativo" (fls. 10 y 11, cuaderno 1).

Los hechos causa de las pretensiones procesales se pueden sintetizar así:

1º El señor Napoleón Tovar Silva terminó (validando en el Colegio Distrital Simón Rodríguez) sus estudios de bachillerato en diciembre de 1972 y a partir de esa fecha empezó a gestionar el registro y entrega

del respectivo diploma lo cual solamente logró en cuanto al registro el 16 de julio de 1981 para que le fuera entregado seis meses más tarde, todo ello por negligencia y responsabilidad directa de la Oficina de Registro de Diplomas de la Secretaría de Educación del Distrito Especial de Bogotá.

2º En el año de 1973 el señor Tovar se acercó en varias oportunidades al Colegio Simón Rodríguez y a la Oficina de Registro de Diplomas donde le informaban que el Diploma estaba en trámite. En septiembre de 1974 el rector del colegio le expidió constancia en tal sentido. Posteriormente, en el mismo colegio le informaron que el trámite no se había iniciado porque se había perdido la documentación. Nuevamente allegada la documentación el 19 de octubre de 1976 el rector del Colegio le expidió autorización dirigida a la Oficina de Diplomas para que hiciera los trámites personalmente.

3º El mismo 19 de octubre de 1976 la Jefe de esa Oficina, señora Isabel Vidales de Noguera, le manifestó que no podía tramitar su diploma ante lo cual Tovar Silva se quejó ante la Personería Delegada para la Vigilancia Administrativa dependencia que, en agosto 17 de 1977, solicitó que se sancionara a la Jefe de la Oficina de Diplomas, lo cual cumplió el Alcalde Mayor por medio de la Resolución 530 de septiembre 30 de 1977 multándola con cinco días de su sueldo. En el año de 1977 la Oficina de Diplomas recibió los documentos del señor Tovar Silva.

4º En enero de 1978 la señora Isabel Vidales de Noguera, Jefe de Diplomas, anuló el respectivo diploma y formuló denuncia por el delito de falsedad sindicando directamente al señor Hugo Napoleón Tovar Silva por considerar que los certificados de 5º y 6º de bachillerato aportados por aquél eran falsos. Por otra parte, en carta dirigida al periódico El Tiempo, publicada el 5 de marzo de 1978, trata de "falsario" a Tovar Silva, a raíz de lo cual él mismo, su esposa, su padre y sus hermanos "además de la censura social han sufrido deterioro de su patrimonio moral".

5º Las razones aducidas por la señora Isabel de Noguera para anular el diploma fueron desvirtuadas por la misma administración y el Ministerio de Educación Nacional por medio de la Resolución 18372 de 21 de octubre de 1980 resolvió facultar al Colegio Andrés Bello de Bogotá para expedir el diploma de bachiller con fecha 28 de diciembre de 1972 y enviarlo con la documentación respectiva a la Secretaría de Educación del Distrito para registrar el diploma, a pesar de lo cual solamente hasta el 16 de julio de 1981 procedió a efectuar el registro y a entregar el diploma 6 meses después.

6º Los hechos anteriores causaron perjuicios materiales y morales a los demandantes que se concretan en la imposibilidad del señor Hugo Napoleón Tovar para ingresar a una institución de educación postsecundaria, el habérsele cercenado la posibilidad de ascenso en los empleos desempeñados con posterioridad a la terminación de su bachillerato y en haber sufrido "tanto él como sus familiares grave desmedro moral".

Cita la demanda como fundamentos de derecho los artículos 2º, 16, 17, 20, 26, 30, 39, 45 y 51 de la Constitución Nacional; y los artículos 106 y 107 del Decreto 100 de 1980.

El Tribunal competente por medio del fallo recurrido decidió:

"*Primero.* Declárase no probadas las excepciones propuestas por la apoderada judicial del Distrito Especial de Bogotá.

"*Segundo.* Declárase al Distrito Especial de Bogotá administrativamente responsable por el perjuicio ocasionado al señor Hugo Napoleón Tovar Silva.

"*Tercero.* Condénase al Distrito Especial de Bogotá a pagar al señor Hugo Napoleón Tovar Silva a título de indemnización la suma que equivalga la cantidad de setecientos gramos de oro (700), según lo certifique el Banco de la República para la fecha de esta sentencia, por concepto de perjuicios morales.

"*Cuarto.* Deniégase la condena al pago de perjuicios materiales en relación con el demandante Hugo Napoleón Tovar Silva.

"*Quinta.* Deniéganse las demás súplicas de la demanda" (fls. 165 y 166, cuaderno 1).

Dentro del trámite de la segunda instancia, el recurrente, por intermedio de su apoderado, alegó de conclusión en procura de la revocación de la sentencia impugnada por considerar que con la actuación administrativa no se causaron perjuicios morales al actor ni a sus familiares y en el caso de que se produjeran, no fueron probados y no siendo probados no puede existir condena alguna.

También insiste el recurrente en que se presenta el fenómeno de la caducidad frente a las pretensiones procesales porque "la acción de reparación directa y cumplimiento, caduca a los (2) años contados a partir de la producción del acto o hecho, y en el caso *sub júdice* el hecho hipotético ocurrió el 19 de octubre de 1979, cuando la Oficina de Registro de la Secretaría de Educación se abstuvo de registrar el título de bachiller del señor Hugo Napoleón Tovar Silva por documentación incompleta". Y en el caso de que se aplicara el anterior Código Contencioso Administrativo, también se hallaría caducada porque allí se establecía un término de 3 años que contados a partir de la realización del hecho también había transcurrido.

Por otra parte, en su escrito de sustentación del recurso insiste en que los familiares de Hugo Napoleón Tovar Silva no se encuentran legitimados en la causa para pedir reparación de perjuicios por la no tramitación del diploma de bachiller del mismo.

El concepto Fiscal:

La Fiscal Segunda de la Corporación en su concepto de fondo considera que la sentencia debe ser revocada para declarar la caducidad de la acción o, en caso de no aceptarse ésta, denegar las pretensiones de la demanda. Luego de estudiar los antecedentes, saca sus conclusiones así:

"Primera: Si bien es cierto, que aparentemente existió una demora excesiva en el trámite del diploma del interesado, también resulta ser cierto que no fue por capricho o por arbitrariedad de la Administración. El prolongado tiempo que transcurrió entre la finalización de estudios y el registro del diploma no se puede imputar de manera general y total a la Administración, pues como ya se analizó antes, habría que cuestionarse la actividad del Colegio Simón Rodríguez y la conducta o actividad del propio interesado en la agilización y trámite de la gestión que se proponían, además de las otras circunstancias ya expuestas.

"Segunda: Fue en octubre 19 de 1976 que la Oficina de Diplomas del Distrito se negó a tramitar el diploma, fecha esta en la cual el interesado tuvo conocimiento de este pronunciamiento que le perjudicaba. Desde este momento aparece una decisión adversa a los intereses del actor, siendo ésta la fecha que ha debido tomarse en cuenta para efecto de la caducidad de la acción, y no la de registro del diploma que fue en julio de 1981, fecha en que cesaron los problemas.

"Más aún, existió una Resolución la número 18372 de octubre 21 de 1980 de la cual aparece copia al folio 79 del cuaderno 1, que ordenó la expedición del diploma al señor Tovar Silva, previo el cumplimiento de unos requisitos que se debían cumplir en (sic) En ese momento la Administración solucionó el problema y bien puede tomarse como fecha límite para contar el término de caducidad.

"En todo caso la fecha que se toma en la sentencia, no es la indicada pues en ella no comenzaron los posibles perjuicios, sino que terminaron.

"Debe admitirse que en la demanda no se precisa en qué consistió falla del servicio; interpretando la demanda se debe entender que ésta consistió en la negativa inicial de registro del diploma ocurrida en el año de 1976.

"Por todo lo expuesto, esta Fiscalía considera, que en el presente caso resulta extemporánea la presentación de la demanda y ha debido declararse la caducidad de la acción.

"En el supuesto de no accederse a lo anterior y teniendo en cuenta el análisis anterior, la sentencia también deberá ser revocada para denegar las pretensiones de la demanda".

Consideraciones de la Sala:

La parte recurrente hace hincapié en la ausencia de legitimación en la causa por parte de los familiares de Hugo Napoleón Tovar Silva para reclamar perjuicios morales como consecuencia de la demora en el trámite de su cartón de bachiller y, además, sostiene que existía el fenómeno de la caducidad cuando se hizo uso del derecho de acción. Sea lo primero estudiar estos dos aspectos.

Siendo la legitimación en la causa por activa la identidad del demandante con la persona a quien la ley otorga la vocación jurídica

para reclamar la titularidad de un derecho y por pasiva la identidad del demandado, con aquel a quien se le puede exigir la obligación correlativa que se deriva del primero, se evidencia que los familiares de Hugo Napoleón Tovar Silva cuentan con tal titularidad para exigir el pago de perjuicios morales como consecuencia de la demora injustificada que tuvo la entrega y registro del Diploma de Bachiller del mismo ya que dentro de lo razonable es posible que tales perjuicios se sucedieran porque los elementos internos que configuran el dolor, el honor, el sentimiento, etc., no se pueden apreciar ni aprehender como objetos materiales. Otra cosa es que dentro de un proceso se demuestre su existencia y se cuente con elementos suficientes para valorarlos, es decir, una cosa es que la pretensión pueda ser formulada por quien está legitimado para ello y otra que esa súplica sea despachada favorablemente. Consecuencia de lo anterior es que los demandantes descritos sí están legitimados en la causa para incoar la pretensión de resarcimiento de perjuicios morales.

En relación con la caducidad cuya existencia ha sostenido la parte demandada a través del proceso, tesis también sostenida por la Fiscal de la Corporación, se tiene lo siguiente:

Afirma la apoderada del demandado que "el hecho hipotético ocurrió el 19 de octubre de 1979, cuando la Oficina de Registro de la Secretaría de Educación se abstuvo de registrar el título de bachiller del señor Hugo Napoleón Tovar Silva..." y a partir de tal fecha se ha de contar la caducidad de la acción que, conforme al artículo 136 del actual Código Contencioso Administrativo es de dos años los cuales habían corrido con exceso cuando se presentó la demanda el 11 de julio de 1984; lo mismo sucedería si se aplica el régimen del antiguo Código que daba 3 años para iniciar la misma acción porque también habían transcurrido.

Sea lo primero anotar que, como los hechos sucedieron con antelación a la vigencia del Decreto 01 de 1984, actual Código Contencioso Administrativo, lo relativo a la caducidad se rige por la norma vigente en aquel entonces, que lo era el artículo 28 del Decreto 528 de 1964. Es indudable entonces que, como bien lo dijo el *a quo*, el término de caducidad era de 3 años.

Ahora bien: Es cierto que los hechos de la Administración que dieron lugar a este proceso se iniciaron conforme a las pruebas aportadas (fl. 39 vto., cuaderno 2) el 19 de octubre de 1976 cuando por primera vez la Oficina de Diplomas se negó a recibir la documentación relacionada con el cartón de bachiller de Hugo Napoleón Tovar Silva; pero no es a partir de esa fecha en que ha de comenzarse a contar el término de caducidad, porque los hechos que integran la falla en la prestación del servicio continúan en el ámbito temporal hasta que se extinguen y es sólo a partir de su cesación cuando se debe comenzar a contar el término de caducidad. Y tal extinción sólo se produce con la entrega del diploma registrado, o sea el 4 de agosto de 1981 (fl. 102, cuaderno 2) porque si bien es cierto que el registro se realizó el 16 de junio del mismo año (fls. 89, cuaderno 1 y 102, cuaderno 2) los obstáculos presentados por la Administración continuaron con posterioridad a esa fecha como lo demuestran los documentos que obran

a los folios 85, 86 y 87 del cuaderno uno, donde se establece que, aún después de registrado el diploma, la Secretaría de Educación insiste en que faltan documentos para efectuarlo.

Consecuencia de lo expuesto es que la demanda fue instaurada en tiempo y no se presenta, por tanto, el fenómeno de la caducidad.

La responsabilidad de la Administración:

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.

En cuanto al primer elemento considera la Sala que de las pruebas aportadas al proceso se desprende de bulto, en forma manifiesta la falla en la prestación del servicio por retardo e irregularidades en el mismo.

Efectivamente, el solo hecho de que una actuación administrativa tan sencilla como el registro de un diploca de bachiller requiera más de cinco años para concretarse, implica ya una protuberante falla en la Administración pública que va inevitablemente en perjuicio del ciudadano común que tiene que acudir a ella porque los mismos ordenamientos legales así se lo imponen.

Pero en el caso de autos la situación se hace aún más grave y más evidente la obstrucción de la prestación del servicio. La negativa de recibir la documentación pertinente, la multitud de trámites, las incontables diligencias, memoriales, informes, etc., a que fue sometido el demandante Hugo Napoleón Tovar Silva para lograr, después de varios años, el registro de su diploma de bachiller es verdaderamente alarmante y muestra clara desorganización, ineficacia e ineptitud en el cumplimiento de la función administrativa a que está obligada la Secretaría de Educación del Distrito Especial de Bogotá. Es por decir lo menos lamentable que dentro de la Administración pública se encuentren funcionarios que se constituyan en obstáculo para la prestación de un servicio siquiera medianamente eficiente.

El hecho mismo de que se presentara un denuncio por falsedad (fl. 43), cuyos resultados se desconocen, para luego realizar la misma diligencia administrativa con fundamento en los mismos documentos que se reputaban como falsos indica la ausencia de una conducta seria

y responsable ya que con una pronta investigación administrativa interna se habría podido establecer, como se hizo con el transcurso de los años, la validez de la documentación presentada por el demandante sin entorpecer la función administrativa y causar perjuicios a un particular.

No hay, pues, duda alguna sobre la existencia de la falla en la prestación del servicio a cargo de la parte demandada.

Y existiendo la falla en la prestación del servicio se evidencia que, como consecuencia de ella, se deriva el derecho de reclamar los perjuicios materiales y morales que por motivo de dicha falla se probaren que se hubieren causado.

El nexo entre la falla en el servicio y el daño causado se hace también notorio; es ostensible la relación de causalidad entre una y otro. Si el diploma de bachiller del señor Tovar Silva hubiera sido registrado normalmente no se hubiera producido daño alguno.

En cuanto a los demandantes Beatriz María, Eiven, Myriam Gladys, Gustavo Adolfo y Jairo César Tovar Silva, Ana María Bernardina Moreno de Tovar y Alfredo de Jesús Tovar M. —hermanos y padres de Hugo Napoleón Tovar Silva—, no encuentra la Sala elemento alguno que permita establecer que la falla en la prestación del servicio que se presentó al no ser registrado oportunamente el diploma de bachiller tantas veces mencionado les causara perjuicio alguno de carácter material o moral. La demanda solicita el pago de mil gramos de oro para cada uno de ellos como compensación al perjuicio moral padecido, pero los hechos constitutivos de la falla del servicio no tienen entidad suficientes para trascender más allá del directo lesionado con ellos. Es cierto que con motivo de los hechos se instauró un denuncio por falsedad que en algo vinculaba al señor Hugo Napoleón Tovar, pero se presentó en averiguación de responsables (fl. 43) y no se conocen sus resultados.

La publicación en un periódico de una carta firmada por la Jefe de Diplomas de la Secretaría de Educación (fl. 40A) tampoco puede tener más alcance que el de la rectificación que, según se desprende de su contenido, se hace a otra publicación anterior que se desconoce y no configura un daño que pudiera lesionar el patrimonio moral de estos demandantes.

Se confirmará en consecuencia, el fallo de primera instancia que negó sus pretensiones a los familiares del actor.

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 lo causa pero se sabe que sucederá y eventual cuando hipotéticamente puede existir, pero depende de circunstancias de remota realización que pueden suceder o no.

En el presente caso en lo que toca con perjuicios morales ocasionados al actor Hugo Napoleón Tovar Silva, son de carácter actual según se desprende del *"petitum"* de la demanda y de los hechos que lo 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 de posible acceso a la universidad y de la obtención de ascensos en la empresa en que labora por parte del actor, sin aportar medio de prueba alguno que demuestre que realmente tales hechos se hubieran materializado si el registro del diploma de bachiller se hubiera efectuado oportunamente. Se trata, entonces de conjeturas que no pueden aceptarse para determinar el pago de perjuicios materiales. Y como el perjuicio debe ser cierto y determinable no se puede acceder por falta de pruebas al pago de perjuicios materiales como bien lo dijo el *a quo* en el fallo recurrido.

En cuanto a los perjuicios morales subjetivos se considera que sí se presentaron porque como dijo esta Sala en negocio muy similar al presente, siendo actor Rubén Darío Cardona Jaramillo, en sentencia de mayo 30 de 1985: "Es indiscutible que para quien ha dado todos los pasos orientados a la obtención de su grado, la suspensión intempestiva del mismo, con fundamento en la causal invocada, le causó al actor un daño moral, pues es un hecho, también notorio, que en nuestro medio social, ese acto reviste excepcional importancia, transcendencia y sentido, como que justifica y llena en buena parte la vida. Así las cosas, no hay duda de que con la falla del servicio, que ha quedado analizada, se vulneraron intereses legítimos o bienes no económicos de los que integran el patrimonio moral de la persona demandante, en su parte social y en su parte afectiva, en el honor y en el sentimiento".

En este punto concuerda la Sala con la sentencia del *a quo* en cuanto a la condena al pago de los perjuicios morales pero no en lo relacionado con la valoración de los mismos. Si se tiene en cuenta que el máximo que puede decretarse es el equivalente al precio de 1.000 gramos de oro para daños morales de carácter realmente irreparable como la muerte de personas muy allegadas a la familia y al efecto, o la pérdida del propio actor de miembros de su cuerpo que afectan a la persona física y sicológicamente en forma permanente e irreversible, es apenas lógico que la compensación de otro tipo de lesiones morales se tiene que valorar en forma proporcional al daño causado.

Considera la Sala que el monto de la indemnización fijado por el Tribunal *a quo* peca por exceso y, en consecuencia, se ha de disminuir, la condena para guardar proporcionalidad entre el daño causado por falla en el servicio y la indemnización de perjuicios originada en el mismo. Como consecuencia, se reformará el punto tercero del fallo recurrido y se condenará al pago de la suma equivalente a 500 gramos de oro según lo certifique el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de este proveído.

Por lo expeusto 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 primero, segundo, cuarto y quinto del fallo recurrido.

Segundo. Modifícase el punto tercero del fallo recurrido en el sentido de condenar al Distrito Especial de Bogotá a pagar al señor Hugo Napoleón Tovar Silva, a título de indemnización por perjuicios morales subjetivos la suma equivalente a quinientos (500) gramos de oro, 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 estudiada y aprobada en Sala en sesión de 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.

INDICE GENERAL

PRIMERA PARTE

FUNCION CONSULTIVA

TITULO I

CAPITULO I

CREDITOS ADICIONALES

Págs.

1. Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Dictamen sobre proyecto de decreto por el cual se adiciona el presupuesto de rentas y recursos de capital se abre unos créditos adicionales en el presupuesto de gastos de la Nación por valor de $ 168.339.427.155.15 millones. Dictamen de 29 de junio de 1988. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: Doctor Jorge Penen Deltiure. Radicación número C-064. 9

Salvamento de voto del doctor Carmelo Martínez Conn. ... 24

Aclaración de voto del doctor Jaime Abella Zárate. ... 26

Salvamento de voto de la doctora Clara Forero de Castro. ... 28

Salvamento de voto del doctor Carlos Ramírez Arcila. ... 30

Salvamento de voto de los doctores Samuel Buitrago Hurtado, Reynaldo Arciniegas Baedecker y Julio César Uribe Acosta. ... 34

Aclaración de voto del doctor Alvaro Lecompte Luna. ... 48

Aclaración de voto de los doctores Consuelo Sarria Olcos, Humberto Mora Osejo. ... 53

Salvamento de voto del doctor Jaime Paredes Tamayo. ... 57

Salvamento de voto del doctor Jaime Betancur Cuartas. ... 61

Salvamento de voto del doctor Simón Rodríguez Rodríguez. ... 63

2. Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Dictamen sobre proyecto de decreto por el cual se adiciona el presupuesto de rentas y recursos de capital y se abren unos créditos adicionales en el presupuesto de gastos de la Nación para la vigencia fiscal de 1988 por valor de

Págs.

$ 12.561.946.902.56. Dictamen de 2 de agosto de 1988. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: Doctor José Ignacio Narváez García. Radicación número C-093. 64

Salvamento de voto de los doctores Carmelo Martínez Conn, Antonio José de Irisarri Restrepo, Consuelo Sarria Olcos, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Carlos Betancur Jaramillo, Javier Henao Hidrón, Alvaro Lecompte Luna, Euclides Londoño Cardona, Simón Rodríguez Rodríguez, Jaime Abella Zárate y Aydée Anzola Linares. 69

CAPITULO II

CONSULTAS DEL GOBIERNO

1. Ministerio de Minas y Energía. Consulta relacionada con el impuesto de transporte sobre oleoductos de Ecopetrol. Concepto de 15 de junio de 1988. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Doctor Humberto Mora Osejo. Radicación número 198. Publicación autorizada mediante oficio número 12078 de 13 de julio de 1988. 75

2. Ministerio de Gobierno. Consulta relacionada con el Acto legislativo número 1 de 1986, Ley 78 de 1986, Ley 49 de 1987 y Decreto reglamentario 1001 de 1988. Elección del Tesorero del Distrito Especial de Bogotá. Concepto de 7 de julio de 1988. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Doctor Jaime Betancur Cuartas. Radicación número 212. Publicación autorizada mediante oficio número 0245 de 11 de julio de 1988. 78

3. Ministerio de Minas y Energía. Consulta relacionada con la propiedad privada del subsuelo petrolífero (Ley 20 de 1969). Concepto de 11 de julio de 1988. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Doctor Jaime Paredes Tamayo. Radicación número 187. Publicación autorizada mediante oficio número 013036 de 27 de julio de 1988. ... 83

Salvamento de voto del doctor Humberto Mora Osejo. 100

4. Ministerio de Justicia. Consulta relacionada con honorarios de interventoría —Decreto 3154 de 1980—. Concepto de 12 de julio de 1988. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Doctor Jaime Paredes Tamayo. Radicación número 199. Publicación autorizada mediante oficio número 01-02 C-522 del Ministerio de Justicia. 107

5. Ministerio de Salud. Consulta relacionada con el Sistema Nacional de Salud frente al nuevo régimen municipal (Ley 9ª de 1973). Concepto de 23 de agosto de 1988. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Doctor Humberto Mora Osejo. Radicación número 210. Publicación autorizada mediante oficio número 45083 de 8 de noviembre de 1988. 113

6. Ministerio de Agricultura. Consulta relacionada con señalamiento de nuevos límites de la reserva La Macarena. Concepto de 1º de septiembre de 1988. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Doctor Humberto Mora Osejo. Expediente número 209. Publicación autorizada mediante oficio número 0960 de 15 de septiembre de 1988. 118

Págs.

Salvamento de voto del doctor Javier Henao Hidrón. 130

7. Ministerio de Obras Públicas. Consulta relacionada con la naturaleza jurídica de los cargos de Presidente y Vicepresidente de CARBOCOL. Concepto de 7 de septiembre de 1988. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Doctor Jaime Paredes Tamayo. Radicación número 211. Publicación autorizada mediante oficio número 021329 de 25 de noviembre de 1988. 136

8. Ministerio de Comunicaciones. Consulta relacionada con el Instituto Nacional de Radio y Televisión —INRAVISION—, régimen laboral de sus empleados. Concepto de 8 de septiembre de 1988. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Doctor Jaime Betancur Cuartas. Radicación número 224. Publicación autorizada mediante oficio número 1022 de 15 de septiembre de 1988. 143

9. Departamento Administrativo del Servicio Civil. Consulta relacionada con los empleos de libre nombramiento y remoción y los alcances del artículo 1º de la Ley 61 de 1987. Concepto de 8 de septiembre de 1988. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Doctor Javier Henao Hidrón. Radicación número 217. Publicación autorizada mediante oficio número 11914 de 19 de diciembre de 1988. 148

10. Departamento Administrativo del Servicio Civil. Aclaración a la consulta relacionada con empleos de libre nombramiento y remoción. Concepto de 6 de diciembre de 1988. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Doctor Javier Henao Hidrón. Radicación número 217. Publicación autorizada mediante oficio número 11914 de 19 de diciembre de 1988. 155

11. Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Educación Nacional. Consulta relacionada con las obligaciones a cargo de la Nación respecto del pago de prestaciones sociales de los empleados de la educación nacionalizados mediante Ley 43 de 1975, así como de los vinculados con posterioridad a ella. Concepto de 9 de septiembre de 1988. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Doctor Javier Henao Hidrón. Radicación número 221. Publicación autorizada mediante oficio número 1030 de 29 de septiembre de 1988. 159

12. Ministerio de Desarrollo Económico. Consulta relacionada con el procedimiento o la forma en que las Cámaras de Comercio deben presentar sus presupuestos anuales. Concepto de 9 de septiembre de 1988. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Doctor Humberto Mora Osejo. Radicación número 214. Publicación autorizada mediante oficio número 614 de 27 de septiembre de 1988. 164

13. Ministerio de Comunicaciones. Consulta relacionada con la Compañía de Fomento Cinematográfico —FOCINE—, reconocimiento y pago de la bonificación por servicios prestados y prima de servicios de sus empleados. Concepto de 25 de octubre de 1988. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Doctor Jaime Betancur Cuartas. Radicación número 232. Publicación autorizada mediante oficio número 1183 de 26 de octubre de 1988. 167

Págs.

14. Ministerio de Gobierno. Consulta relacionada con el período de los Secretarios Generales de las Comisiones Constitucionales y Legales. Concepto de 25 de octubre de 1988. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Doctor Javier Henao Hidrón. Radicación número 225. Publicación autorizada mediante oficio número 0572 de 4 de noviembre de 1988. 171

15. Ministerio de Comunicaciones. Consulta relacionada con la composición del Consejo Nacional de Televisión. Concepto de 25 de octubre de 1988. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Doctor Jaime Betancur Cuartas. Radicación número 236. Publicación autorizada mediante oficio número 1194 de 1º de noviembre de 1988. 176

16. Ministerio de Justicia. Consulta relacionada con el pago de las pólizas de seguros en los contratos de administración delegada. Concepto de 26 de octubre de 1988. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Doctor Javier Henao Hidrón. Radicación número 229. Publicación autorizada mediante oficio número 17011 de 3 de noviembre de 1988. 179

17. Departamento Administrativo de Intendencias y Comisarías. Consulta relacionada con sorteos de loterías —vigencia del Decreto 2067 de 1940—. Concepto de 28 de octubre de 1988. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Doctor Jaime Paredes Tamayo. Radicación número 227. Publicación autorizada mediante oficio número 0969 de 15 de noviembre de 1988. 185

18. Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas. Consulta relacionada con las funciones de registro y de control y vigilancia sobre las personas jurídicas cuya personería ha sido otorgada por entidad estatal diferente a este Departamento. Concepto de 2 de noviembre de 1988. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Doctor Humberto Mora Osejo. Radicación número 234. Publicación autorizada mediante oficio número 1029 de 19 de diciembre de 1988. 190

19. Ministerio de Gobierno. Consulta relacionada con el número de votos que según el artículo 83 de la Constitución Nacional constituyen las dos terceras partes de los votos de los asistentes. Concepto de 4 de noviembre de 1988. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Doctor Humberto Mora Osejo. Radicación número 230. Publicación autorizada mediante oficio número 430 de 17 de noviembre de 1988. 193

Aclaración de voto del doctor Javier Henao Hidrón. 195

20. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Consulta relacionada con los alcances de la exención tributaria en favor de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, otorgada por el artículo 74 de la Ley 2ª de 1976. Concepto de 17 de noviembre de 1988. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Doctor Javier Henao Hidrón. Radicación número 237. Publicación autorizada mediante oficio número 15491 de 17 de noviembre de 1988. 198

21. Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas. Consulta relacionada con la Universidad Cooperativa de Colombia, naturaleza

Págs.

jurídica y competencias estatales para ejercer su vigilancia. Concepto de 18 de noviembre de 1988. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Doctor Jaime Betancur Cuartas. Radicación número 240. Publicación autorizada mediante oficio número 1029 de 19 de diciembre de 1988. 203

22. Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas. Consulta relacionada con las actuaciones de este Departamento. Concepto de 25 de noviembre de 1988. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Doctor Humberto Mora Osejo. Radicación número 222. Publicación autorizada mediante oficio número 1029 de diciembre 19 de 1988. 208

23. Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Consulta relacionada con el Banco Central Hipotecario, aplicación del valor del impuesto de registro y anotación. Concepto de 6 de diciembre de 1988. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Doctor Jaime Betancur Cuartas. Radicación número 252. Publicación autorizada mediante oficio número 0979 de 28 de diciembre de 1988. 212

24. Ministerio de Obras Públicas y Transporte. Consulta relacionada con la causación de los impuestos de circulación y tránsito y de timbre nacional, en relación con los vehículos automotores pertenecientes a la asociación CARBOCOL - INTERCOR. Concepto de 16 de diciembre de 1988. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Doctor Javier Henao Hidrón. Radicación número 249. Publicación autorizada mediante oficio número 23483 de 29 de diciembre de 1988. 217

SEGUNDA PARTE

FUNCION JURISDICCIONAL

TITULO II

ORDEN NACIONAL

CAPITULO I

DECRETOS DEL GOBIERNO

1. Decreto número 3312 de 1985, artículo 1º. Sentencia de 1º de julio de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejera ponente: Doctora Consuelo Sarria Olcos. Expediente número 0107. Actor: Guillermo Chahín Lizcano y otro. 225

2. Aclaración al auto de 1º de julio de 1988 por el cual se resolvió un recurso de súplica y suspendió provisionalmente los efectos del artículo 1º del Decreto 3312 de 1985. Actores: Guillermo Chahín Lizcano y Félix Hoyos Lemus. 234

3. Decreto reglamentario 353 de 1984, artículos 2º, ordinales 2º, 3º y 4º, numerales 1º, 4º, ordinales 1º, 2º, 3º y 6º. Auto de 1º de julio de 1988.

Págs.

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejera ponente: Doctora Consuelo Sarria Olcos. Expediente número 1301. Actores: Carlos Alfredo Ramírez Guerrero y Alvaro Hernando Gama Beltrán. 237

4. Decreto reglamentario número 353 de 1988, parágrafo 1º, artículo 3º. Sentencia de 8 de julio de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejera ponente: Doctora Consuelo Sarria Olcos. Expediente número 1361. Actor: Hernando Rodríguez Rozo. 246

5. Decreto 3227 de 12 de noviembre de 1982, ordinal 1º del artículo 3º. Sentencia de 26 de julio de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente número 650. Actor: Gustavo Adolfo Anzola Franco. 250

6. Decreto reglamentario 2477 de 1986, inciso 3º del artículo 150. Sentencia de 28 de julio de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente número 5079. Actor: Fanny Suescún de Bocarejo. 257

7. Decreto reglamentario número 3838 de 1985, artículo 1º, en la expresión "...o abonos en cuenta..." Sentencia de 5 de agosto de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejera ponente: Doctora Consuelo Sarria Olcos. Radicación número 1394. Actor: Fernando Núñez Africano. 262

8. Decreto número 0700 de 20 de abril de 1987, artículos 7º, 8º, 9º, 10, 12 y 13. Auto de 12 de agosto de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente número 971. Actor: Clara Inés Hurtado D. 267

9. Decreto reglamentario 1354 de 1987, segundo inciso del artículo 6º. Auto de 19 de agosto de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Jaime Abella Zárate. Expediente número 1960. Actor: Guillermo Forero Mendoza. 274

10. Decreto reglamentario número 1901 de 12 de julio de 1985, artículos 1º, 2º y 11. Sentencia de 29 de agosto de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente número 554. Actor: Miguel González Rodríguez. 277

11. Decreto número 2816 de 9 de septiembre de 1986. Sentencia de 9 de septiembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Guillermo Benavides Melo. Expendiente número 475. Actor: Jorge Alberto Guerrero. 285

12. Decreto 886 de 10 de abril de 1984. Auto de 9 de septiembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número 970. Actor: Rafael Bernal Salamanca. 289

13. Decreto 1694 de julio de 1984. Sentencia de 14 de septiembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Alvaro Lecompte Luna. Expediente número 2521. Actor: Diana Lucía Cortés Rengifo. 293

Págs.

14. Decreto reglamentario 3404 de 1983, artículo 35. Sentencia de 15 de septiembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente número 494. Actor: Fabio Valencia Cossio. 306

15. Decreto reglamentario 535 de 1987, artículos 2º y 6º. Auto de 21 de octubre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor José Ignacio Narváez García. Expediente número 1913. Actor: Pedro Silvio Pulido Pinto. 311

16. Decreto número 2961 de 23 de octubre de 1981. Sentencia de 24 de octubre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera ponente: Doctora Clara Forero de Castro. Expediente número 1315. Actor: Clemencia Martínez de Bejarano. 315

17. Decreto 259 de 6 de febrero de 1981, artículo 26. Auto de 8 de noviembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja. Expediente número 887. Actor: Luis Carlos Avellaneda Tarazona. 320

18. Decreto 1135 de 1952, artículo 10. Auto de 9 de noviembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera ponente: Doctora Clara Forero de Castro. Expediente número 3502. Actor: Milciades Aponte Herrera. 324

19. Decreto 1945 de 8 de agosto de 1984. Sentencia de 2 de noviembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Alvaro Lecompte Luna. Expediente número 1611. Actor: Félix Joaquín Cárdenas Carrillo. 326

20. Decreto reglamentario número 2799 de 21 de octubre de 1980, artículo 7º, literal a) en la frase que dice: "...en cuyo caso deberá preverse su reemplazo de dicho organismo". Auto de 18 de noviembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número 950. Actor: José María del Castillo Abella. 337

21. Decreto reglamentario número 570 de 1984, segundo inciso, numerales 1º y 2º, artículo 19. Sentencia de 14 de diciembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor José Ignacio Narváez García. Expediente número 1661. Actor: Antonio José Echeverry Giraldo. 341

22. Decreto 404 de 1976, inciso primero del artículo 2º y Decreto 212 de 1977, artículos 1º y 2º. Sentencia de 19 de diciembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja. Expediente número 399. Actor: Camilo Gutiérrez Jaramillo. 352

CAPITULO II

RESOLUCIONES Y ACTOS MINISTERIALES

1. Ministerio de Comunicaciones. Resolución número 0534 de 29 de enero de 1988, proferida por el Ministro de Comunicaciones. SENTENCIAS.

Págs.

Obligatoriedad. Auto de 15 de julio de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente número 886. Actor: Nemesio Camacho Rodríguez. ... 363

2. Ministerio de Educación Nacional. Resolución número 8004 de 31 de mayo de 1983. ACTO ADMINISTRATIVO. Obligatoriedad. Sentencia de 3 de agosto de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Alvaro Lecompte Luna. Expediente número 1609. Actor: Amancia Romelia Beltrán de López. ... 371

3. Ministerio de Desarrollo Económico. Ordinal 3º del Acta número 749 de 19 de junio de 1984, ordinal 11 del Acto número 770 de 4 de diciembre de 1984, ordinal 7º del Acta número 777 de 12 de febrero de 1985. MARCAS Y PATENTES. CONTRATO DE USO DE MARCAS. Auto de 16 de septiembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja. Expediente número 258. Actor: Ancízar Gutiérrez Baquero. ... 379

4. Ministerio de Relaciones Exteriores. Circulares números P/C 410 de 1º de octubre de 1986 y P/C 246 de 12 de julio de 1987, expedidas ambas por el Director General de Protocolo del Ministerio de Relaciones Exteriores. AGENTES DIPLOMATICOS Y CONSULARES. Importación de vehículos. Auto de 23 de septiembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número 898. Actor: Sociedad Auto Germana. ... 387

5. Ministerio de Minas y Energía. Resolución número 002515 de 5 de diciembre de 1984, expedida por el Ministerio de Minas y Energía por medio de la cual otorga permiso número 6040 a "Metromezclas de Medellín Ltda." para la exploración y explotación de anfibolita en una zona de 30 hectáreas situada en el municipio de Copacabana, Antioquia. ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. LEGITIMACION ACTIVA. Prueba. Sentencia de 27 de septiembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente número 4665. Actor: Mario Ríos del Valle y otros. ... 391

6. Ministerio de Defensa Nacional. Resolución número 420 de 9 de marzo de 1979 expedida por el Ministro de Defensa Nacional. MILITARES. Ascenso. Sentencia de 25 de octubre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera ponente: Doctora Aydée Anzola Linares. Expediente número 698. Actor: José Joaquín Ardila Dimaté. ... 398

7. Ministerio de Desarrollo Económico. Artículo 1º, literal i) y artículo 2º. Resolución número 0876 de 1988 expedida por el Ministerio de Desarrollo Económico. ACTO ADMINISTRATIVO. Obligatoriedad. Auto de 11 de octubre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor José Ignacio Narváez García. Expediente número 2288. Actor: Ignacio Escobar Uribe. ... 402

Págs.

8. Ministerio de Minas y Energía. Resoluciones números 000220 y 000763 de 1985. SERVIDUMBRE MINERA. Sentencia de 24 de noviembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Carlos Ramírez Arcila. Expediente número 4770. Actor: Bernarda Concepción Escobar Restrepo. 404

9. Ministerio de Defensa. Caja de Retiro de las Fuerzas Armadas. Resoluciones número 0648 de 20 de febrero de 1978, expedida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y 3286 de 30 de mayo de 1978, dictada por el Ministerio de Defensa. SUBSIDIO FAMILIAR. Finalidad. Auto de 9 de diciembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera ponente: Doctora Clara Forero de Castro. Expediente número 574. Actora: Beatriz Leguízamo de Laverde. ... 418

CAPITULO III

ACTOS ADMINISTRATIVOS DE OTRAS AUTORIDADES DEL ORDEN NACIONAL

1. Policía Nacional. Resoluciones números 3814 de 23 de agosto de 1974 y 5786 de 14 de septiembre de 1977, proferidas por la Dirección General de la Policía Nacional. PENSION DE JUBILACION. Sustitución por muerte en misión de servicio. Sentencia de 7 de julio de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera ponente: Doctora Clara Forero de Castro. Expediente número 1477. Actor: Carmen Cecilia Castro viuda de Castro. 423

2. Superintendencia Bancaria. Resolución número 0699 de 13 de abril de 1988, expedida por el Superintendente Bancario. CARRERA ADMINISTRATIVA. Nombramiento en otro cargo. Derechos del Escalafón. Sentencia de 8 de julio de 1988. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejera ponente: Doctora Clara Forero de Castro. Expediente número S-031. Actor: Hernando Medina Avila. 429

Salvamento de voto del doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. 434

Salvamento de voto del doctor Alvaro Lecompte Luna. 439

3. Fondo de Garantías de Instituciones Financieras. Resolución número 1 de 1988, proferida por la Junta Directiva del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras. SEGURO DE DEPOSITO. Cobertura, sujetos. Auto de 11 de julio de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor José Ignacio Narváez García. Expediente número 2191. Actores: Marcela Monroy y Juan Manuel Charry. 440

4. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución número 913 de 24 de mayo de 1988. CAMARAS DE COMERCIO. ACTOS DE REGISTRO. Auto de 15 de julio de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente número 942. Actor: Sociedad Rafael V. Roa y hermanos. 445

5. Instituto Nacional del Transporte, INTRA. Resolución número 1766 de 26 de octubre de 1987, expedida por el Director General del INTRA.

Págs.

INTRA. Procedimientos administrativos. Auto de 19 de julio de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente número 874. Actor: Sociedad Expreso Trejos Ltda. 450

6. Contraloría General de la República. Oficio número 41289 de 2 de diciembre de 1986. CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. Funciones. Sentencia de 22 de julio de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente número 623. Actor: Asociación de Ingenieros Consultores Colombianos, AICO. 454

7. Empresa Nacional de Telecomunicaciones —TELECOM—. Resolución número 2039 de 25 de abril de 1983, emanada de la Presidencia de TELECOM. DESVIACION DE PODER. Sentencia de 3 de agosto de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Alvaro Lecompte Luna. Expediente número 1672. Actor: Luis Alfonso Tabares Becerra. 461

8. Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, INCORA. Resoluciones número 04246 y número 077 de 17 de septiembre de 1981. BIENES FISCALES. EXTINCION DEL DOMINIO. Procedencia. Sentencia de 11 de agosto de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente número 3466. Actor: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. 473

9. Fondo de Garantías de Instituciones Financieras. Junta Directiva. Artículo 2º, numeral 2º, artículos 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 12, 13, 14, 15, 19, 20, 21, 22 y 23 de la Resolución número 1 de 1988, dictada por la Junta Directiva del Fondo de Garantías. SEGURO DE DEPOSITO. Naturaleza. Auto de 16 de agosto de 1988. Sala Unitaria. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor José Ignacio Narváez García. Expediente número 2221. Actor: Alvaro Tafur Galvis. 489

10. Instituto Nacional de Radio y Televisión —INRAVISION—. Resolución número 4134 de 5 de noviembre de 1981, proferida por el Director General de INRAVISION. PERSONAL INRAVISION. Naturaleza. Sentencia de 31 de agosto de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Alvaro Lecompte Luna. Expediente número 422 (10077). Actor: Guillermo Cajamarca García. 496

11. Instituto de Seguros Sociales. Resolución número 00701 de 15 de junio de 1977, expedida por el Secretario General del Instituto de Seguros Sociales. INSUBSISTENCIA. Autor del acto. Sentencia de 31 de agosto de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera ponente: Doctora Aydée Anzola Linares. Expediente número 182-6997. Actor: Rafael Espinosa Castellanos. 513

12. Universidad Nacional de Colombia. Caja de Previsión Social. Resoluciones números P.J. 132 de 30 de septiembre de 1981, expedida por el Director de la Caja de Previsión Social de la Universidad Nacional y 004 de 26 de febrero de 1982, expedida por el Consejo Directivo de la Caja de Previsión Social de la Universidad Nacional. PERSONAL DOCENTE UNIVERSITARIO. DOCENCIA UNIVERSITARIA. PENSION DE

Págs.

JUBILACION. Compatibilidad. Sentencia de 31 de agosto de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente número 364. Actor: Carmen Elisa Espitia de Petan. 521

13. Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA". Resoluciones números 1222 de 14 de abril de 1983 y 4340 de 20 de diciembre de 1983. SENA. Aportes parafiscales. Sentencia de 2 de septiembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Carmelo Martínez Conn. Expediente número 1703. Actor: Cerro Matoso S. A. 526

14. Caja Nacional de Previsión Social. Resolución número 5760 de 8 de agosto de 1980, expedida por la Subdirección de Prestaciones Económicas de la Caja Nacional de Previsión Social. PENSION DE JUBILACION. Sentencia de 21 de septiembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Alvaro Lecompte Luna. Expediente número 1692. Actor: Caja Nacional de Previsión Social. 535

15. Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas. Artículo 2º de la Resolución número 645 de 24 de abril de 1986, expedida por el Jefe del Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas. COOPERATIVAS. ASAMBLEA GENERAL. Socios. Sentencia de 26 de septiembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número 379. Actor: Cooperativa de Transportadores de Saravita Ltda. 539

16. Fondo Nacional de Caminos Vecinales. Acuerdo número 26 de 23 de mayo de 1962, expedido por la Junta Directiva del Fondo Nacional de Caminos Vecinales. FONDO NACIONAL DE CAMINOS VECINALES. JUNTAS O CONSEJOS DIRECTIVOS. Facultades. Auto de 5 de octubre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera ponente: Doctora Clara Forero de Castro. Expediente número 583. Actor: Fondo Nacional de Caminos Vecinales. 545

17. Fondo de Garantías de Instituciones Financieras. Resolución número 1 de 1988, artículo 2º, numeral 2, literales a), b), c), e), f) y h); artículo 5º, artículo 6º, artículo 7º, artículo 8º, expedida por la Junta Directiva del Fondo de Garantías. SUSPENSION PROVISIONAL. Sustentación expresa. Auto de 12 de octubre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejera ponente: Doctora Consuelo Sarria Olcos. Expediente número 2191. Actor: Marcela Monroy T. y otro. ... 551

18. Fondo de Garantías de Instituciones Financieras. Resolución número 1 de 27 de mayo de 1988, expedida por la Junta Directiva del Fondo de Garantías. SUSPENSION PROVISIONAL. Técnica. Auto de 12 de octubre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sala Unitaria. Consejero ponente: Doctor Jaime Abella Zárate. Expediente número 2213. Actor: María Elisa Rojas de Peláez. 562

19. Fondo de Garantías de Instituciones Financieras. Resolución 1 de 1988, artículo 2º, numeral 2, literales a), b), c), e), f) y h); artículo 5º, artículo 6º, artículo 7º, artículo 8º, expedida por la Junta Directiva

Págs.

del Fondo de Garantías. SEGURO DE DEPOSITO. Auto de 12 de octubre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejera ponente: Doctora Consuelo Sarria Olcos. Expediente número 2221. Actor: Alvaro Tafur Galvis. 570

20. Departamento Administrativo de Tránsito y Transporte. Resolución número 003 de 6 de enero de 1984, expedida por el Director del Departamento Administrativo de Tránsito. SUSPENSION PROVISIONAL. CODIGO NACIONAL DE TRANSITO. Violación de normas superiores. Auto de 1º de noviembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente número 552. Actor: Jafizza Ivonne Namen A. 586

21. Concejo Municipal de Istmina. Artículo 152 del Código Contencioso Administrativo. REVOCASE LA SUSPENSION PROVISIONAL del Acuerdo número 004 de 10 de junio de 1988. Sentencia de 1º de noviembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente número 1016. Actor: Edgar E. Torres Murillo. 590

22. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución número 913 de 24 de mayo de 1988. SUSPENSION PROVISIONAL. ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. Carácter del perjuicio. Auto de 17 de noviembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expependiente número 942. Actor: Sociedad Rafael V. Roa. Hermanos. ... 595

23. Instituto Nacional del Transporte —INTRA—. Resolución número 1713 de 27 de septiembre de 1985, artículos 1º y 2º, expedida por el Director General del INTRA. INTRA. RUTAS Y HORARIOS. Sentencia de 22 de noviembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente número 48. Actor: Nuevo Rápido del Quindío Ltda. 604

24. Superintendencia de Sociedades. Resolución número Ex-08328 de 8 de julio de 1987. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA. Inspección y vigilancia. Sentencia de 22 de noviembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente número 790. Actor: Industria Química Pennwalt S. A. 612

25. Servicio Nacional de Aprendizaje SENA. Resolución número 1216 de 16 de mayo de 1979. ACTO ADMINISTRATIVO. Clases. Sentencia de 28 de noviembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Alvaro Lecompte Luna. Expediente número 1053 (11376). Actor: Angela Patiño Ruiz. 621

26. Policía Nacional. Ministerio de Defensa Nacional. Decreto número 1894 de 5 de julio de 1983. NORMA SUSTANTIVA. Determinación. Sentencia de 29 de noviembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Alvaro Lecompte Luna. Expediente número 1874. Actor: Gabriel Orlando Vizcaino Hernández. 634

27. Instituto Colombiano de la Reforma Agraria. Resolución número 035 de 7 de mayo de 1980. INCORA. Competencia. BALDIOS. Presunción.

Págs.

Sentencia de 1º de diciembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente número 3489. Actor: Cementos del Caribe S. A. y Parrish & Cía. S. A. 653

28. Superintendencia de Control de Cambios. Actos administrativos de 12 de diciembre de 1984 y 4 de enero de 1985. PRINCIPIO DE CELERIDAD. Sentencia de 2 de diciembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente número 220. Actor: Multicambios Ltda. 692

29. Junta Monetaria. Resolución 80 de 1971, artículo 2º, expedida por la Junta Monetaria. JUNTA MONETARIA. CLAUSULA PENAL. Sentencia de 2 de diciembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Jaime Abella Zárate. Expediente número 1424. Actor: Gabriel Cure y Cía. Ltda. 697

30. Junta Monetaria. Resoluciones número 45 de 13 de junio de 1979, número 46 de 13 de julio de 1977 y número 19 de 26 de febrero de 1979. DEPOSITOS PREVIOS. JUNTA MONETARIA. Sentencia de 2 de diciembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Jaime Abella Zárate. Expediente número 1827. Actor: René Vargas Pérez y otros. 703

31. Contraloría General de la República. Resolución orgánica número 011943 de 20 de marzo de 1987. CONTRALORIA GENERAL. Funciones. DIRECCION GENERAL DE ADUANA. CONTROL FISCAL. Sentencia de 9 de diciembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente número 690. Actor: Rafael Rodríguez Calle. 710

32. Caja Nacional de Previsión Social. PENSION DE JUBILACION. DOCENCIA PUBLICA Y PRIVADA. Acumulación de tiempos. Acción de nulidad de las Resoluciones números 8166 de 13 de octubre de 1980, expedida por el Subdirector de Prestaciones Económicas de la Caja; número 00184 de 21 de enero de 1983, expedida por la Directora General de la Caja. Sentencia de 15 de diciembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Alvaro Lecompte Luna. Expediente número 1766. Actor: Helena de las Mercedes Calle Fernández. 719

33. Senado de la República. Comisión de la Mesa. Resolución número 109 de 16 de julio de 1986. EMPLEADOS DEL CONGRESO. Estabilidad. Sentencia de 16 de diciembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera ponente: Doctora Clara Forero de Castro. Expediente número 2493. Actor: Jairo López Morales. ... 725

34. Procuraduría General de la Nación. Resolución número 008 de 11 de mayo de 1988, expedida por el señor Procurador Delegado para la Vigilancia Judicial, de la Procuraduría. PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION. INVESTIGACION DISCIPLINARIA. Tránsito de ley. Auto de 17 de diciembre de 1988. Sala Disciplinaria. Consejera ponente: Doctora Consuelo Sarria Olcos. Expediente número C-092. Actor: Procuraduría General de la Nación. 730

Págs.

TITULO III

CAPITULO I

ASAMBLEAS DEPARTAMENTALES

1. Asamblea Departamental del Meta. Ordenanza número 016 de 27 de noviembre de 1986, artículo 2º. OCUPACION DE HECHO EN ZONA RURAL. Procedimiento. Auto de 23 de julio de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente número 937. Actor: Alfonso Alvarado López. ... 741

2. Asamblea Departamental del Magdalena. Ordenanza número 6 de 14 de diciembre de 1977. ASAMBLEAS DEPARTAMENTALES. Competencia. FACULTAD IMPOSITIVA DEPARTAMENTAL. Auto de 5 de agosto de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejera ponente: Doctora Consuelo Sarria Olcos. Expediente número 1906. Actor: César R. Marcucci. ... 744

3. Asamblea Departamental del Quindío. Ordenanza número 025 de 23 de enero de 1987. CONTRALORIA MUNICIPAL. GESTION FISCAL. Vigilancia. Sentencia de 12 de agosto de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente número 767. Actor: José Jesús Laverde Ospina. ... 748

4. Asamblea Departamental del Valle. Ordenanza número 105 de 1969. CONTRIBUCION DE VALORIZACION. FACULTAD IMPOSITIVA DEPARTAMENTAL. Sentencia de 19 de agosto de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Jaime Abella Zárate. Expediente número 0081. Actor: Agropecuaria Hepra S. A. ... 754

5. Asamblea Departamental de Norte de Santander. Proyecto de Ordenanza de Presupuesto para 1988. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO. Competencia. Auto de 15 de septiembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja. Expediente número 965. Actor: Gobernador del Departamento de Norte de Santander. ... 759

6. Asamblea Departamental de Sucre. Ordenanza número 06 de 1978, artículo primero. CONTRALORIAS DEPARTAMENTALES. Gastos totales, límite. Auto de 26 de septiembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número 922. Actor: José Luis Mendoza Barrios. ... 762

7. Asamblea Departamental de Santander. Ordenanza número 07 de 25 de octubre de 1985. SENTENCIA. ACCION DE NULIDAD. ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. Efectos. Sentencia de 31 de octubre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja. Expediente número 735. Actor: José Manuel Guaracao González. ... 767

Págs.

8. Asamblea Departamental del Valle del Cauca. Ordenanza número 004-E, artículos 1º, 3º, 4º y 5º, la palabra "potable" del artículo 7º y la segunda parte del artículo 8º. MONOPOLIO DEPARTAMENTAL. MONOPOLIO DE LICORES. Auto de 22 de noviembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja. Expediente número 978. Actor: Pablo J. Cáceres Corrales. ... 773

9. Asamblea Departamental del Quindío. Ordenanza número 15 de 30 de noviembre de 1984. MUNICIPIO. Creación. Sentencia de 25 de noviembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente número 920. Actor: José Jesús Laverde Ospina. ... 787

10. Asamblea Departamental de Nariño. Ordenanza número 44 de 1985. MONOPOLIO DE LICORES. Auto de 2 de diciembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente número 507. Actor: Pablo J. Cáceres Corrales. ... 794

11. Asamblea Departamental del Valle del Cauca. Ordenanza número 004-E de 29 de febrero de 1988. SUSPENSION PROVISIONAL. Procedencia. Auto de 9 de diciembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente número 1066. Actor: Miryam Guerrero de Escobar. ... 798

12. Asamblea Departamental del Cauca. Ordenanza número 028 de 1984. SERVICIO SECCIONAL DE SALUD. SUPERVENCION. LEGALIDAD SOBREVIVIENTE. Sentencia de 12 de diciembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente número 557. Actor: Henry Ruiz Tose. ... 802

13. Asamblea Departamental del Tolima. Ordenanza número 83 de 5 de diciembre de 1985. ASAMBLEA DEPARTAMENTAL. Competencia. MUNICIPIO. Creación. Sentencia de 12 de diciembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Expediente número 795. Consejero ponente: Doctor Guillermo Benavides Melo. Actor: Alberto Toro Nieto. ... 808

14. Asamblea Departamental del Cesar. Ordenanza número 29 de 29 de noviembre de 1979. ASAMBLEA DEPARTAMENTAL. Competencia. MUNICIPIO. Creación. Auto de 13 de diciembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente número 118. Actor: Benjamín Hernández Caamaño. ... 813

15. Asamblea Departamental del Cesar. Ordenanza número 01 de 6 de noviembre de 1979. ASAMBLEA DEPARTAMENTAL. Competencia. MUNICIPIO. Creación. Sentencia de 19 de diciembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número 113. Actor: José Manuel Cadavid Castaño. ... 819

Págs.

CAPITULO II

ACTOS DE LOS GOBERNADORES

1. Gobernación de Norte de Santander. Decreto número 000634 de 18 de diciembre de 1987. PRESUPUESTO DEPARTAMENTAL DE RENTAS E INGRESOS Y APROPIACIONES. Auto de 8 de julio de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente número 855. Actor: Luis Hernando Angarita Angarita. 829

2. Gobernación de Sucre. Decreto número 595 de 27 de septiembre de 1984. NORMATIVIDAD SUSTANTIVA. Sentencia de 8 de julio de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Alvaro Lecompte Luna. Expediente número 2119. Actor: Luis Carlos Seba Meza. 832

3. Gobernación del Quindío. Decreto número 0182 de 6 de abril de 1982. NACIONALIZACION DE LA EDUCACION. Efecto. Auto de 5 de agosto de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente número 2798. Actor: Jairo Arbeláez Arias. 850

4. Gobernación de Sucre. Decreto número 024 de 18 de enero de 1985, expedido por el Gobernador de ese Departamento, por el cual el actor fue retirado del cargo de Director de la Escuela Rural el Rincón de Pileta, Municipol de Corozal, por gozar de pensión de jubilación. PERSONAL DOCENTE. Estabilidad. Sentencia de 18 de noviembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera ponente: Doctora Clara Forero de Castro. Expediente número 2344. Actor: Filadelfo A. Domínguez Márquez. 856

CAPITULO III

ACTOS ADMINISTRATIVOS DE OTRAS AUTORIDADES DEL ORDEN DEPARTAMENTAL

1. Junta Seccional de Escalafón Docente de Antioquia. Resolución número 026 de 4 de febrero de 1983. ESCALAFON DOCENTE. Proceso de Ascenso. Auto de 13 de julio de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente número 3391. Actor: María Rosmira Ocampo J. 863

2. Junta Seccional de Escalafón Docente de Risaralda. Resoluciones por medio de las cuales se negó solicitud de ascenso en el escalafón. ESCALAFON DOCENTE. Requisitos no utilizados. Sentencia de 11 de agosto de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera ponente: Doctora Clara Forero de Castro. Expediente número 2671. Actor: Gilma Aguirre. 868

3. Establecimiento Público de Valorización Departamental del Valle del Cauca. Resoluciones número 057 de 18 de febrero de 1981 y 234 de 8 de junio del mismo año. CONTRIBUCION DE VALORIZACION. Límite.

Págs.

Sentencia de 11 de agosto de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejera ponente: Doctora Consuelo Sarria Olcos. Expediente número 0074. Actor: Siderúrgica del Pacífico S. A. SIDELPA. 875

4. CAR. Artículos 2º y 3º del Acuerdo número 5 de 26 de enero de 1984. EXPLOTACION DE CANTERAS. Régimen legal. Auto de 12 de agosto de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente número 555. Actor: Carlos Gustavo Arrieta P. 883

5. Universidad Tecnológica del Chocó. Comunicaciones de junio 25 de 1985, 15 de abril de 1985 y 29 de septiembre de 1983. ESCALAFON DOCENTE. Sentencia de 31 de agosto de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera ponente: Doctora Clara Forero de Castro. Expediente número 2636. Actor: Carlos Calderón Mosquera. 890

6. Servicio Seccional de Salud de Nariño. DESVIACION DE PODER. Prueba. Resolución número 2273 de 5 de diciembre de 1986. Sentencia de 31 de agosto de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera ponente: Doctora Clara Forero de Castro. Expediente número 3259. Actor: Silvio Chávez Cabrera. 894

7. Contraloría General del Departamento del Quindío. Resolución número 059-R de 13 de noviembre de 1986, expedida por el Contralor General del Departamento del Quindío. CONTRALORIA DEPARTAMENTAL. Funciones. Auto de 9 de septiembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número 917. Actor: José Jesús Laverde Ospina. 900

8. Caja Departamental de Previsión Social del Quindío. Acuerdo sin número de 6 de diciembre de 1985, proferido por la Junta Directiva de la Caja Departamental de Previsión Social de esa sección del país. ENTIDADES DESCENTRALIZADAS. JUNTAS O CONSEJOS DIRECTIVOS. Fijación salarial. Sentencia de 13 de septiembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera ponente: Doctora Clara Forero de Castro. Expediente número 2503. Actor: José Jesús Laverde Ospina. 903

9. Universidad Tecnológica de los Llanos Orientales. Resolución por medio de la cual se negó el reconocimiento de la pensión de jubilación de la actora. PENSION DE JUBILACION. Reconocimiento y pago. Sentencia de 23 de septiembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera ponente: Doctora Aydée Anzola Linares. Expediente número 1524. Actora: Gabriela Ríos Cifuentes. 908

10. Instituto de Seguros Sociales de Antioquia. Resolución número 1091 de 14 de mayo de 1980, emanada de la Gerencia Seccional del Instituto de Seguros Sociales de Antioquia. PENSION DE JUBILACION. Incompatibilidades. Sentencia de 29 de septiembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera ponente: Doctora Aydée Anzola Linares. Expediente número 1071. Actor: Gustavo Tobón Restrepo. 918

Págs.

11. Ministerio del Trabajo, Seccional de Antioquia. Resoluciones números 0082 de 14 de marzo de 1986, 0183 de 17 de junio de 1986, expedidas por la Inspección Primera de Relaciones Colectivas y la número 0252 de agosto de 1986, expedida por la jefatura de relaciones colectivas del Ministerio del Trabajo, Seccional de Antioquia. SUSPENSION PROVISIONAL. ACTO SUSPENDIDO. Reproducción. Auto de 5 de octubre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Alvaro Lecompte Luna. Expediente número 2914. Actor: Antonio Agudelo Ledesma. 925

12. Centrales Eléctricas de Norte de Santander S. A. Acuerdo número 002 de 14 de junio de 1984, expedida por la Junta Directiva de Centrales Eléctricas de Norte de Santander. EMPLEADO PUBLICO. Beneficios. Convención Colectiva. Auto de 2 de noviembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera ponente: Doctora Clara Forero de Castro. Expediente número 2673. Actor: Contraloría General de la República. 928

13. Servicio de Salud del Tolima. Resolución número 0665 de 23 de marzo de 1981, proferida por el Jefe del Servicio de Salud del Tolima. PRESTACIONES SOCIALES. Organo creador. Auto de 30 de noviembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera ponente: Doctora Clara Forero de Castro. Expediente número 3686. Actor: Jaime Pimienta Brito. 931

14. SENA. Regional de Neiva. Resolución número 006 de 16 de marzo de 1976. SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO. CADUCIDAD. CARRERA ADMINISTRATIVA. Supresión del cargo. Sentencia de 2 de diciembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente número 933. Actor: Carlos Alfonso Gómez Gómez. 934

15. Contraloría Departamental del Huila. Resolución número 00814 de 3 de agosto de 1982 y aviso de observaciones número 0413 de 5 de octubre de 1983, proferidos por la Contraloría Departamental del Huila. TITULO EJECUTIVO. MANDAMIENTO DE PAGO. Auto de 15 de diciembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejera ponente: Doctora Consuelo Sarria Olcos. Expediente número 1961. Actor: Miguel Perdomo Polanco. 941

TITULO IV

ORDEN MUNICIPAL

CAPITULO I

CONCEJOS MUNICIPALES

1. Concejo Municipal de Fómeque. Acuerdo número 01 de 1978. Artículos 1º y 2º. Sentencia de 1º de julio de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Jaime Abella Zárate. Expediente número 0213. Actor: Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá. 947

Págs.

2. Concejo Municipal de Medellín. Acuerdo número 47 de 1983. Artículos 38 a 41. Sentencia de 8 de julio de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejera ponente: Doctora Consuelo Sarria Olcos. Expediente número 1503. Actor: Ignacio Mejía Velásquez y otro. 957

3. Concejo del Distrito Especial de Bogotá. Acuerdo número 9 de 1973, artículo 3º, numeral 6º. Sentencia de 12 de julio de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Expediente número 387-10861. Consejera ponente: Doctora Aydée Anzola Linares. Actor: Jorge Gómez Amaya. 970

4. Concejo Municipal de Bolívar. Acuerdo números 8, 9 y 10 de 1º de marzo de 1985. Sentencia de 15 de julio de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Jaime Abella Zárate. Expediente número 1553. Actor: Carlos Villalba Bustillo. 979

5. Concejo Municipal de Medellín. Acuerdo 50 de 18 de junio de 1987. Parágrafo 4º del artículo 1º. Auto de 15 de julio de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Jaime Abella Zárate. Expediente número 2194. Actor: Mauricio Toro Zuluaga. 984

6. Concejo Municipal de Valledupar. Decreto número 000188 de 30 de diciembre de 1987. Auto de 16 de agosto de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja. Expediente número 908. Actor: Luis Fabián Fernández Maestre. 988

7. Concejo de Manizales. Acuerdo número 45 de 29 de noviembre de 1973. Artículo 36. Sentencia de 19 de agosto de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja. Expediente número 696. Actor: Antonio Botero Escobar. 993

8. Concejo Municipal de Santiago de Cali. Acuerdo número 25 de 5 de diciembre de 1979. Sentencia de 19 de agosto de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Jaime Abella Zárate. Expediente número 1677. Actor: Luis Mario Duque. 1000

9. Concejo Municipal de Mosquera. Acuerdo número 014 de 5 de julio de 1983. Auto de 26 de agosto de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor José Ignacio Narváez García. Expediente número 2217. Actor: Bernardo Ortiz Amaya y Roberto Uribe Pinto. 1004

10. Concejo Municipal de Acacías (Meta). Acuerdo número 010 de 21 de noviembre de 1986. Auto de 26 de agosto de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor José Ignacio Narváez García. Expediente número 2126. Actor: Francisco A. Iregui Iregui. 1008

11. Concejo Municipal de Santiago de Cali. Acuerdo 164 de 20 de diciembre de 1943. Artículo 23. Sentencia de 2 de septiembre de 1988. Sala

Págs.

de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Carmelo Martínez Conn. Expediente número 0504. Actor: Luis Mario Duque. 1012

12. Concejo Municipal de Santa Marta. Acuerdo número 19 de 30 de junio de 1987. Auto de 16 de septiembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Jaime Abella Zárate. Expediente número 2256. Actor: César Rolando Marcucci Vera. 1022

13. Concejo Municipal de Cartagena. Acuerdo número 20 de 1981. Artículo 2º y el Acuerdo número 20 de 1985, artículo 5º. Auto de 23 de septiembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor José Ignacio Narváez García. Expediente número 2086. Actor: Municipio de Cartagena. 1025

14. Concejo Distrital de Bogotá. Artículo 9º del Acuerdo número 19 de 1987. Auto de 28 de octubre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Jaime Abella Zárate. Expediente número 2308. Actor: Teobaldo Angulo Guiza. ... 1028

15. Concejo Municipal de Villavicencio. Acuerdo número 34 de 16 de agosto de 1984, artículo 3º. Auto de 28 de octubre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejera ponente: Doctora Consuelo Sarria Olcos. Expediente número 2133. Actor: Víctor Manuel Rojas Gutiérrez. 1031

16. Concejo del Distrito Especial de Bogotá. Acuerdo números 15 y 18 de 4 y 9 de diciembre de 1987, respectivamente. Auto de noviembre 21 de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Jaime Abella Zárate. Expediente número 2222. Actor: Pablo Cárdenas Pérez. 1035

17. Concejo Municipal de Envigado. Acuerdo número 016 de 3 de febrero de 1985. Sentencia de 25 de noviembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente número 840. Actor: Hospital Manuel Uribe Angel de Envigado. 1039

18. Concejo Municipal de Bucaramanga. Acuerdo Metropolitano número 006 de 9 de marzo de 1988. Auto de 25 de noviembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente número 1046. Actor: Blas Enrique Gil. 1048

19. Concejo Intendencial del Putumayo. Acuerdo número 005 de 29 de enero de 1988. Auto de 9 de diciembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja. Expediente número 995. Actor: Eduardo Enríquez Maya. 1051

20. Concejo Municipal de Circasia. Acuerdo número 001 de 19 de abril de 1988. Auto de 19 de diciembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número 1049. Actor: Omar Rivillas Pineda. 1055

Págs.

CAPITULO II

ACTOS ADMINISTRATIVOS DE OTRAS AUTORIDADES DEL ORDEN MUNICIPAL

1. Junta Municipal de Beneficencia de Pereira. Acuerdo número 05 de 26 de noviembre de 1987. Auto de 17 de agosto de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera ponente: Doctora Aydée Anzola Linares. Expediente número 3458. Actor: Departamento de Risaralda. 1061

2. Secretaría de Hacienda del Distrito Especial de Bogotá. Circular número 03 de 11 de agosto de 1976, expedida por la División Distrital de Impuestos de la Secretaría de Hacienda del Distrito Especial. Sentencia de 2 de diciembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Jaime Abella Zárate. Expediente número 0494. Actor: Pablo J. Cáceres Corrales. 1063

CAPITULO III

ACTOS DE LOS ALCALDES

1. Alcaldía Mayor de Bogotá. Acción de nulidad del Decreto número 1028 de 27 de septiembre de 1976. EMPLEADO PUBLICO. Suspensión. Sentencia de 31 de agosto de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente número 514. Actor: Luis Eduardo Adán Arévalo. 1071

2. Alcaldía Municipal de Medellín. Decreto número 320 de 7 de junio de 1988. Auto de 1º de septiembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero ponente: Doctor Miguel González Rodríguez. Expediente número 199. Actor: Liga de Usuarios de las Empresas Públicas Municipales de Medellín. 1081

3. Alcaldía de Bucaramanga. Acción de nulidad de la Resolución número 877 de 30 de diciembre de 1985. Sentencia de 9 de septiembre de 1988. Sala de lo, Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente número 689. Actor: Williamson Chahín Correa. 1086

4. Alcaldía del Municipio de Gigante (Huila). Acción de nulidad del artículo 2º del Decreto número 088 de 15 de diciembre de 1987. Auto de 1º de noviembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja. Expediente número 954. Actor: Luis Alfredo Perdomo Ramírez. 1096

5. Alcaldía del Municipio de Itagüí. Resolución número 438 de 29 de junio de 1988. Auto de 2 de noviembre de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número 1010. Actor: Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Ltda. 1099

Págs.

TITULO V

INDEMNIZACIONES

CAPITULO I

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

1. RESPONSABILIDAD POR TRABAJOS PUBLICOS. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA. Fundamento legal. CONTRATO DE OBRA PUBLICA. Perjuicios a terceros. Sentencia de 5 de julio de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente número 5084. Actor: Alberto Romero Mendoza. ... 1107

2. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO. FALLA DEL SERVICIO. Sentencia de 12 de julio de 1988. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: Doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número R-029. Actor: Ligia Calderón de Córdoba. ... 1124

Aclaración de voto del doctor Alvaro Lecompte Luna. ... 1162

Salvamento de voto del doctor Jaime Abella Zárate. ... 1165

Salvamento de voto de la doctora Clara Forero de Castro. ... 1167

Salvamento de voto del doctor Julio César Uribe Acosta. ... 1169

Salvamento de voto de la doctora Consuelo Sarria Olcos. ... 1203

Aclaración de voto del doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. ... 1208

3. LIQUIDACION DE CONDENA. Pautas. ESTADO CIVIL DE HIJO NATURAL. Prueba. Sentencia de 21 de julio de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente número 3571. Actor: Digna Rosa González y otros. ... 1209

Salvamento de voto del doctor Antonio José de Irisarri Restrepo. ... 1281

Aclaración de voto del doctor Carlos Ramírez Arcila. ... 1286

4. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. FALLA DEL SERVICIO. Sentencia de 4 de agosto de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente número 5125. Actor: Ernestina Almario, María Elvira Hernández y otros. ... 1288

Aclaración de voto del doctor Antonio José de Irisarri Restrepo. ... 1311

5. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. FALLA DEL SERVICIO. SOCIEDAD CONYUGAL. Sentencia de 5 de agosto de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente número 3099. Actor: Etelvina Pardo de Barbosa y otro. ... 1312

Págs.

6. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. FALLA DEL SERVICIO. CADUCIDAD. Término. LEGITIMACION EN LA CAUSA. LEGITIMACION POR ACTIVA. Sentencia de 8 de agosto de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Carlos Ramírez Arcila. Expediente número 5154. Actor: Hugo Napoleón Tovar Silva y otros. 1339