REPUBLICA DE COLOMBIA

ANALES
DEL
CONSEJO DE ESTADO

AÑO XLIV TOMO CXVI

NUMEROS 499 - 500

PRIMER SEMESTRE DE 1989

VOLUMEN I

RELATORES:

Dr. Danilo Rojas Betancourth

Dra. Margarita Hernández de Albarracín

IMPRESO EN COLOMBIA

PRINTED IN COLOMBIA

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

CONSEJO DE ESTADO

CONSEJEROS Y DIGNATARIOS

PRIMER SEMESTRE

1989

Presidente:

Doctor Antonio José de Irisarri Restrepo

Vicepresidente:

Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker

Secretaria General:

Doctora Nubia González Cerón

SECCION PRIMERA

Dr. Luis Antonio Alvarado Pantoja
Presidente

Dr. Samuel Buitrago Hurtado
Dr. Guillermo Benavides Melo
Dr. Simón Rodríguez Rodríguez
Dr. Víctor M. Villaquirán M.
Secretario

SECCION SEGUNDA

Dr. Alvaro Lecompte Luna
Presidente.

Dra. Aydée Anzola Linares
Hasta el 31 de mayo la reemplazó el Doctor Joaquín Barreto Ruiz.
Dr. Reynaldo Arciniegas Baedecker
Dra. Clara Forero de Castro
Dr. Miguel A. Perilla Perilla
Secretario

SECCION TERCERA

Dr. Carlos Ramírez Arcila
Presidente. Hasta el 6 de abril lo reemplazó el Doctor Gustavo de Greiff Restrepo.

Dr. Antonio José de Irisarri Restrepo
Dr. Carlos Betancur Jaramillo
Dr. Julio César Uribe Acosta
Dr. Félix Arturo Mora Villate
Secretario

SECCION CUARTA

Dr. Carmelo Martínez Conn
Presidente. Hasta el 6 de marzo lo reemplazó el Dr. Guillermo Chahín Lizcano.

Dra. Consuelo Sarria Olcos
Dr. Jaime Abella Zárate
Dr. José Ignacio Narváez García
Dr. Jorge A. Torrado Torrado
Secretario

SECCION QUINTA

Dr. Jorge Penen Deltieure
Presidente

Dr. Miguel González Rodríguez
Dr. Amado Gutiérrez Velásquez
Dr. Euclides Londoño Cardona

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Dr. Jaime Paredes Tamayo Presidente.
Reemplazado por licencia. Por el Doctor Hernán Cardozo Durán, en interinidad desde el 3 de mayo hasta el 8 de octubre.

Dr. Humberto Mora Osejo
Dr. Jaime Betancur Cuartas
Dr. Javier Henao Hidrón

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*

Dra. Nubia González Cerón
Secretaria General

RELATORES:

Dr. Danilo Rojas Betancourt.
Dra. Margarita Hernández de Albarracín
Hasta el 1º de mayo fue reemplazada por la Doctora Sonia Vivas Pineda desde el 24 de mayo.

PRIMERA PARTE

FUNCION CONSULTIVA

TITULO I

CAPITULO I

REVISION DE CONTRATOS

CONSEJO DE ESTADO. Competencia. REVISION DE CONTRATOS. CUANTIA.

Pese a que en el contrato se haya dispuesto la revisión del Consejo de Estado como control de legalidad, cuando se define su cuantía inferior a la señalada en el Decreto 2269 de 1987, vigente desde el 1º de enero de 1988 hasta diciembre 31 de 1989, estamos ante un contrato que no necesita la revisión de la Corporación, que no está entre los de dicho examen para su perfeccionamiento.

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

Consejero ponente: *Doctor Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia: Contrato de prestación de servicios. Radicación número 276. La Nación colombiana y la Federación Nacional de Cafeteros.

Para efectos de la revisión de esta Sala, de conformidad con el artículo 253 del Código Contencioso Administrativo (Decreto-ley 01 de 1984), se encuentra el contrato administrativo suscrito entre el doctor Virgilio Barco, Presidente de la República; Julio Londoño Paredes, Ministro de Relaciones Exteriores; Luis Fernando Alarcón Mantilla, Ministro de Hacienda y Crédito Público; Gabriel Rosas Vega, Ministro de Agricultura; Carlos Arturo Marulanda Ramírez, Ministro de Desarrollo Económico; y María Mercedes Cuéllar de Martínez, Jefe del Departamento Nacional de Planeación, quienes obran en nombre de la Nación y Jorge Cárdenas Gutiérrez, en su carácter de Gerente General de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, persona jurídica de derecho privado y con personería jurídica legalmente reconocida por el Gobierno nacional.

Del estudio de la documentación aparece:

1. El contexto del contrato y los anexos lo denominan como de prestación de servicios (arts. 163 y ss. del Decreto-ley 222 de 1983), tiene el objeto de mantener el sistema contractual, en consideración al análisis del eficaz cumplimiento dado a los contratos celebrados anteriormente por las partes en el manejo de la política cafetera y sus

relaciones con la economía nacional. Este contrato da por terminado los anteriores, y sus cláusulas tienen la finalidad de hacer más eficaz el manejo del Fondo Nacional del Café, así como garantizar la plena realización de la política de concertación entre el Gobierno y el gremio, representado por la Federación.

2. La Ley 11 de 1972 autoriza esta clase de contratos, con duración de diez (10) años, y el ahora en estudio se celebró el 22 de diciembre de 1988, con dictamen previo favorable del Consejo de Ministros dos días antes, diciembre veinte (20). Este contrato da por terminado el celebrado en diciembre veinte (20) de 1978, declarado ajustado a la ley por esta Sala en providencia de febrero cinco (5) de 1979, Radicación 1262, con ponencia del Consejero Mario Latorre Rueda y suscrito además por los Consejeros Samuel Arango Reyes, Jaime Paredes Tamayo y Jaime Betancur Cuartas. En la cláusula vigésimasegunda se preceptuó sobre la cuantía: "El presente contrato es de cuantía indeterminada *pero para los efectos administrativos y fiscales, se considera que su valor excede de diez millones de pesos* ($ 10.000.000.00)" (Subraya la Sala). Según el Decreto-ley 150 de 1976 —Estatuto Contractual— eran de competencia de la Sala los contratos administrativos de la Nación que excedieran dicha cuantía.

3. La función de revisión de los contratos, cuando procede, se contrae por el Consejo al examen de "la autorización legal en virtud de la cual el contrato se celebre; la competencia de los funcionarios y la capacidad de las demás partes que en él intervienen; el régimen legal de las estipulaciones acordadas y las prescripciones de orden fiscal" (art. 256 del C. C. A., Decreto-ley 01 de 1984).

4. El Decreto-ley 222 de 1983, en su artículo 50 prescribe que "los contratos de la Nación cuya cuantía sea o exceda de cincuenta millones de pesos ($ 50.000.000.00) o su equivalente en moneda extranjera deben someterse a la revisión de legalidad del Consejo de Estado. Los celebrados por otras entidades públicas se someterán a esta revisión cuando así lo disponga expresamente el presente estatuto".

5. El Código Contencioso Administrativo (Decreto-ley 01 de 1984), Título XXVII, Capítulo I, De la Revisión en el Consejo de Estado, *reitera* en el artículo 253 la revisión de contratos de la Nación por el Consejo cuando exceden la cuantía de los cincuenta millones de pesos ($ 50.000.000.00).

Pero en el Libro Quinto, Disposiciones Finales, artículo 265 dice que "los valores absolutos que este código expresa en moneda nacional se reajustarán cada dos años, a partir de primero de enero de 1986, en un porcentaje igual a la variación que para el período bienal que termina el 31 de octubre anterior registre el índice de precios del consumidor, nivel de ingresos medios (empleados), que elabora el Departamento Nacional de Estadística, aproximando el resultado a la decena de miles superior. El Gobierno nacional publicará un decreto

con los valores absolutos resultantes, de acuerdo con la certificación que expida el Departamento Nacional de Estadística al terminar el mes de octubre respectivo.

"Si el Gobierno no expidiere el decreto, el aumento será de un veinte por ciento (20%)".

6. En desarrollo del mencionado artículo 265 el último decreto que dictó el Gobierno nacional es el número 2269 de 1987, noviembre 25, "por el cual se reajustan los valores absolutos que, en moneda nacional expresa el Código Contencioso Administrativo", cuya vigencia es por dos años, de 1º de enero de 1988 a diciembre 31 de 1989, *y respecto de la cuantía de contratos de la Nación, para efectos de la revisión por el Consejo (art. 253) la reajustó y determinó en ciento cinco millones doscientos diez mil pesos ($ 105.210.000.00) (art. 1º, letra K).*

7. Posteriormente, el Gobierno nacional, con base en las facultades de la Ley 30 de 1987, expidió el Decreto-ley 0597 de 1988, abril 5, "por el cual se suprime el recurso extraordinario de anulación, se amplía el de apelación y se dictan otras disposiciones", y en el artículo 4º, en cuanto a las cuantías del Código Contencioso Administrativo, para vigencia a partir de 1º de enero de 1990 dispone: "Artículo 265. Las cuantías y su reajuste. Los valores expresados en moneda nacional por este código, se reajustarán en un cuarenta por ciento (40%), cada dos años, desde el 1º de enero de mil novecientos noventa (1990), y se seguirán ajustando automáticamente cada dos años, en el mismo porcentaje y en la misma fecha. Los resultados de estos ajustes se aproximarán a la decena de miles inmediatamente superior.

"La vigencia de los aumentos porcentuales a que se refiere el inciso anterior, no afectarán la competencia en los asuntos cuya demanda ya hubiese sido admitida".

8. En relación con el contrato en examen, la *cláusula cuadragésima tercera* expresa: "El presente contrato es de cuantía indeterminada *pero para efectos administrativos y fiscales se considera que su valor es de cien millones de pesos* ($ 100.000.000.00)" (Subraya la Sala). Se considera entonces para los efectos indicados una cuantía fija, determinada, inflexible, y también la expresión *"se considera que su valor es"* no deja duda alguna en cuanto al señalamiento por los celebrantes de la cuantía contractual.

9. En el mismo contrato, la *cláusula cuadragésimacuarta*, letra d) dispuso la "Revisión del Consejo de Estado", como control de legalidad, *pero definida su cuantía inferior* a la señalada en el Decreto nacional 2269 de 1987, ya mencionado en lo pertinente y vigente desde el 1º de enero de 1988 hasta diciembre 31 de 1989, *se trata de un contrato que no necesita la revisión de la Corporación, que no está comprendido*

entre los de dicho examen para su perfeccionamiento. Así las cosas, resulta con claridad legal que esta *Sala por carecer de competencia para revisar,* aspecto fundamental para el ejercicio de una atribución en nuestro orden jurídico, debe declararse como consecuencia inhibida respecto del pronunciamiento en los aspectos a que se refiere el artículo 265 del Código Contencioso Administrativo anteriormente transcrito (Decreto-ley 01 de 1984).

10. *Con base en lo expuesto,* la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, *se declara inhibida, por carecer de competencia, por razón de la cuantía, para revisar* el contrato administrativo denominado de prestación de servicios, celebrado entre la Nación y la Federación Nacional de Cafeteros, en cuanto a la Administración del Fondo Nacional del Café, con fecha 22 de diciembre de 1988.

Devuélvase el expediente a la oficina de origen, Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

EXPLOTACION DE CARBON. APORTE. CARBOCOL. EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO. COMPROMISO. CLAUSULA COMPROMISORIA.

Para la exploración, explotación y beneficio de las minas de propiedad nacional, existen cuatro modalidades: Licencia de explotación, concesión, permiso y aporte; pero cuando se trata de yacimientos que constituyen la reserva especial del Estado sólo podrán "aportarse" *o concederse a empresas industriales o comerciales suyas o a sociedades de economía mixta en que sea mayoritaria la participación estatal en el capital social. El aporte es el sistema por medio del cual la Nación a través del Ministerio de Minas y Energía entrega a una de tales entidades una mina, para su "exploración y explotación". CARBOCOL, por estar sometida al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado no puede pactar compromiso ni cláusula compromisoria en los contratos administrativos de exploración y explotación de bienes del Estado, pues entre otras razones, se rigen por normas especiales que no han dispuesto expresamente la facultad de someterlos a la decisión de árbitros o peritos.*

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

Consejero ponente: *Doctor Javier Henao Hidrón.*

Referencia: Contrato de exploración y explotación de yacimientos carboníferos ubicados en los municipios de Becerril, El Paso y La Jagua de Ibirico, en el Departamento del Cesar, celebrado entre CARBOCOL y PRODECO S. A. Radicación número 269.

El señor Ministro de Minas y Energía, doctor Oscar Mejía Vallejo, remite a esta Sala el contrato de exploración y explotación minera carbonífera celebrado entre Carbones de Colombia S. A. —CARBOCOL— y Productos de Colombia S. A. —PRODECO—.

La Sala procede a efectuar la revisión de legalidad en virtud de las facultades otorgadas en los artículos 98-1, 254 y siguientes del Código Contencioso Administrativo y el artículo 65 del Decreto 2477 de 1986.

Se considera:

I. Naturaleza jurídica de Carbones de Colombia S. A.

El Gobierno nacional mediante el Decreto 558 de 1976 autorizó la constitución de CARBOCOL S. A., lo cual se verificó por escritura pública número 6350 de 16 de noviembre del mismo año, de la Notaría Séptima del Círculo de Bogotá.

Carbones de Colombia S. A., es una sociedad entre entidades públicas (Ecopetrol, Proexpo, IFI, Ingeominas, Ecominas y Colminas) organizada como sociedad anónima y sometida al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado. La totalidad de sus acciones deben pertenecer en todo tiempo a entidades descentralizadas del orden nacional.

En consecuencia, está sometida al siguiente régimen jurídico: Las normas generales que rigen a las entidades descentralizadas del orden nacional (Decretos-ley 1050 y 3130, ambos de 1968); el Decreto-ley 130 de 1976, estatuto que regula las entidades descentralizadas de segundo orden o indirectas; las leyes especiales sobre minería y carbón (Leyes 20 de 1969, 61 de 1979 y Decreto 2477 de 1986); las disposiciones que regulan la sociedad anónima; y, además, a sus propios estatutos.

II. Legislación minera.

En desarrollo del artículo 202 de la Constitución, el legislador en diferentes disposiciones (Leyes 60 de 1967, 20 de 1969, 61 de 1979 y, por supuesto, en el nuevo Código de Minas) ha reiterado el principio de la soberanía nacional sobre el subsuelo. En efecto, son de propiedad de la Nación todas las minas que existan en el territorio de la República, excepto aquellas en que terceros demuestren tener el derecho de dominio en su favor.

Para la exploración, explotación y beneficio de las minas de propiedad nacional, existen cuatro modalidades: Licencia de explotación, concesión, permiso y aporte. Pero cuando se trata de yacimientos que constituyen la reserva especial del Estado *sólo podrán "aportarse"* o concederse a empresas industriales o comerciales suyas o a sociedades de economía mixta en que sea mayoritaria la participación estatal en el capital social.

A su vez, la Ley 61 de 1979 por la cual se dictan normas sobre la industria del carbón, establece en su artículo 1º que la exploración y explotación del carbón mineral de "propiedad de la Nación" sólo podrá realizarse mediante el sistema de aporte otorgado por el Ministerio de Minas y Energía a empresas industriales o comerciales del Estado, del orden nacional, dedicadas a dicha actividad.

El aporte es, pues, el sistema por medio del cual la Nación a través del Ministerio de Minas y Energía entrega a una de tales entidades una mina, para su "exploración y explotación".

Así mismo la norma últimamente citada y su Decreto reglamentario 2477, artículo 248, permiten que las entidades titulares del aporte podrán llevar a cabo las actividades de exploración y explotación *directamente o mediante contratos* celebrados con particulares.

III. Contratos de exploración y explotación.

Mediante ellos se pretende la exploración y explotación de bienes del Estado a los que el legislador ha dado un tratamiento especial. La ley 19 de 1982, establece que "se rigen por las normas especiales de la materia" (art. 1º, parágrafo). El Decreto-ley 222 de 1983, expedido en desarrollo de las facultades otorgadas en la ley mencionada los califica en el artículo 16, numeral 6º como administrativos. En el Código Contencioso Administrativo tienen un acápite especial (art. 254).

Así pues, esta clase de contratos son administrativos y no están sometidos a las disposiciones generales del estatuto contractual (Decreto-ley 222 de 1983), excepto en el régimen de inhabilidades e incompatibilidades (Decreto 2477 de 1986, art. 248). Ello significa que están regulados por normas especiales expedidas respecto de la materia; para el caso del carbón, son aplicables las Leyes 20 de 1969 y 61 de 1979 y el Decreto reglamentario 2477 de 1986.

IV. Contrato entre CARBOCOL y PRODECO.

El Ministerio de Minas y Energía mediante la Resolución número 002411 de 10 de octubre de 1977 otorgó a Carbones de Colombia S. A. —CARBOCOL— por el sistema de aporte el derecho de explorar y explotar los yacimientos carboníferos de propiedad de la Nación, comprendidos en la zona circunscrita en el aporte 871.

En tal sentido, CARBOCOL celebró con PRODECO el contrato que se revisa y que tiene por objeto la exploración, construcción, montaje y explotación de los yacimientos de carbón ubicados en los municipios de Becerril, El Paso y La Jagua de Ibirico, en el Departamento del Cesar, en un área cuya extensión es de 6.668 hectáreas y 9.000 metros cuadrados.

En el contrato CARBOCOL hace uso de las cláusulas exorbitantes de que goza el Estado en los contratos administrativos (Caducidad: cláusula vigésimaoctava. Multas: cláusula vigesimaséptima) y en la cláusula octava establece un procedimiento administrativo para aprobar los estudios de factibilidad del proyecto.

En la cláusula trigésima segunda las partes acordaron el arbitramento y el peritazgo para casos de desacuerdo.

La Sala considera que CARBOCOL por estar sometida al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado no puede pactar compromiso ni cláusula compromisoria en los contratos administrativos de exploración y explotación de bienes del Estado, por las siguientes razones:

1ª El Decreto 3130 de 1968 en su artículo 36 somete las controversias de contratos administrativos celebrados por empresas industriales y comerciales del Estado, a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

La Ley 19 de 1982, en su artículo 4º, establece los contratos administrativos como de conocimiento de la justicia contenciosa administrativa.

El compromiso y la cláusula compromisoria implican la renuncia a hacer valer las respectivas pretensiones ante los jueces (C. de Co., art. 2011), de modo que el arbitramento viene a suplir el pronunciamiento que les corresponde hacer, contrariando las disposiciones legales.

Por consiguiente, no es jurídicamente admisible que las partes mediante un "acuerdo contractual" sometan los desacuerdos suscitados para esta clase de contratos, a particulares, prescindiendo de la jurisdicción ordenada por la ley.

2ª Los contratos administrativos de exploración y explotación de bienes del Estado se rigen por normas especiales que no han dispuesto expresamente la facultad de someterlos a la decisión de árbitros o peritos.

3ª Los artículos 76 y 77 del Decreto-ley 222 de 1983, que permiten la cláusula compromisoria y el arbitraje en otros contratos administrativos, no son aplicables a este tipo de contratos (Ley 19 de 1982, art. 1º, parágrafo).

4ª Las empresas industriales y comerciales del Estado en sus contratos administrativos no pueden aplicar las normas de derecho privado, por ejemplo el Código de Comercio, sino cuando el legislador las haya autorizado expresamente. La ley sólo faculta a estas entidades para aplicar las disposiciones de carácter privado en los contratos que celebren en igualdad de condiciones con los particulares, es decir, en aquellos en que no utilicen las cláusulas exorbitantes. Y,

5ª Las entidades estatales no pueden disponer respecto de derechos que la Nación les haya otorgado por el sistema de aporte, porque son bienes de propiedad estatal, es decir, bienes que no le pertenecen a la entidad descentralizada y sobre los cuales carecen de facultad para disponer libremente.

Por las anteriores argumentaciones, y con fundamento en el artículo 258 del Código Contencioso Administrativo, el *Consejo de Estado,* Sala de Consulta y Servicio Civil,

Se abstiene de declarar ajustado a la ley el contrato contenido en la escritura pública número 319 de 21 de febrero de 1989 otorgado en la Notaría Veintiséis del Círculo de Bogotá, suscrito entre CARBOCOL y Productos de Colombia S. A. —PRODECO—, para la exploración y exploración de yacimientos carboníferos en los municipios de Becerril, El Paso y La Jagua de Ibirico, en el Departamento del Cesar.

En consecuencia, formula las siguientes observaciones:

1ª La cláusula trigésimasegunda, "Desacuerdos", requiere ser modificada en el sentido de excluir el arbitramento y los peritazgos.

2ª La cláusula octava, "Estudio de factibilidad", requiere ser modificada en el sentido de excluir la decisión de peritos que se pactó en el punto 8.5.

Devuélvase al Ministerio de origen.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

EXPLOTACION DE CARBON. APORTE. CONCESION. CARBOCOL. EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO (Salvamento de voto).

La finalidad de las Leyes 20 de 1969 y 61 de 1979 es hacer que las minas de reserva nacional nunca sean exploradas y explotadas por particulares, sin ningún nexo con las entidades públicas, y que las minas de carbón no pueden ser exploradas y explotadas sino mediante aportes a empresas industriales y comerciales del Estado, ésta no está facultada por la ley para conceder o ceder la explotación.

Radicación número 269.

Referencia: Contrato.

No comparto la decisión mayoritaria por los siguientes motivos:

1º La Ley 20 de 1969 prescribe que las minas de propiedad de la Nación pueden explorarse y explotarse mediante licencia, concesión, permiso o aporte; pero, según el artículo 8º de la misma ley, como reconoce clara y expresamente la mayoría, "cuando se trata de yacimientos que constituyen la reserva especial del Estado *sólo podrán aportarse* (la mayoría subraya) o concederse a empresas industriales y comerciales suyas o a sociedades de economía mixta en que sea mayoritaria la participación estatal en el capital social". Además, de conformidad con el artículo 1º de la Ley 61 de 1979, como también afirma la mayoría, "la exploración y explotación del carbón mineral de 'propiedad de la Nación' sólo podrá realizarse mediante el sistema de aporte otorgado por el Ministerio de Minas y Energía a empresas industriales o comerciales del Estado, del orden nacional, dedicadas a dicha actividad". "El aporte es, pues —la mayoría agrega—, el sistema por medio del cual la Nación a través del Ministerio de Minas y Energía entrega a una de tales entidades una mina para su 'exploración y explotación' ".

De este modo la mayoría acertadamente comprendió y afirmó *que las minas de carbón de propiedad de la Nación no pueden ser exploradas y explotadas sino por el sistema de aporte de la Nación hecho a una empresa industrial del Estado, o asimilada a ella, que en este caso es CARBOCOL.*

2º Pero se equivocó y contradijo notoriamente cuando, al interpretar el artículo 1º de la Ley 61 de 1979, que faculta a la empresa o sociedad receptora del aporte para explorar y explotar la mina *directamente o con el concurso de contratistas particulares,* estimó que aquélla, en este caso CARBOCOL, puede dar en concesión a un particular el yacimiento que la Nación le aportó para que lo explore y explote bajo su exclusiva responsabilidad. Olvidó considerar que *la clara e inequívoca finalidad de las Leyes 20 de 1969 y 61 de 1979 es hacer que las minas de la reserva nacional nunca sean exploradas y explotadas por particulares,* sin ningún nexo con las entidades públicas, y *que las minas de carbón no pueden ser exploradas y explotadas sino mediante aportes a empresas industriales y comerciales del Estado:* Si el artículo 8º de la Ley 20 de 1969 contempla que las minas de la reserva nacional pueden ser exploradas y explotadas, además del sistema de aportes, por el de concesión a empresas industriales o comerciales del Estado o a sociedades de economía mixta en las que el capital oficial sea mayoritario, *el régimen especial prescrito para las minas de carbón de propiedad de la Nación consiste, según el artículo 1º de la Ley 61 de 1979, en que su exploración y explotación "sólo podrán realizarse mediante el sistema de aporte otorgado por el Ministerio de Minas y Energía a empresas industriales y comerciales del Estado, del orden nacional, que tengan entre sus fines dicha actividad".* Y si la misma disposición prescribe, en el inciso 2º, que esas entidades pueden "llevar a cabo esas actividades directamente o mediante contrato celebrado con particulares", su finalidad no consiste en contrariar lo que dispone en el inciso 1º, *sino en hacer posible que la empresa industrial y comercial del Estado, receptora del aporte minero, explore y explote, por su cuenta y bajo su exclusiva responsabilidad, el yacimiento de carbón.* Además, el artículo 1º de la Ley 61 de 1979 expresamente excluye para las minas de carbón de propiedad del Estado la posibilidad de la concesión: *Si ni la Nación puede conceder* a un particular una mina de carbón para que la explore y explote, *menos podrá concederla una empresa industrial y comercial del Estado que sólo está obligada, de conformidad con el artículo 1º de la Ley 61 de 1979, a explorar y explotar la mina, y no está facultada por la misma para concederla o cederla.*

3º De manera que *es ilegal el contrato de concesión de un yacimiento de carbón que la Sala revisa, no sólo en cuanto a las cláusulas que la mayoría estima que se deben modificar, sino en cuanto no está autorizado por la ley,* ésta sólo contempla la modalidad del aporte de la mina a una empresa industrial o comercial del Estado o a una sociedad asimilada a cualquiera de ellas, como CARBOCOL, para que la explore y explote directamente o mediante el concurso particular, *no para que la dé en concesión, como en este caso, a una sociedad particular.*

En conclusión: Todo el contrato es ilegal. De ahí que estime que la Sala, *en lugar de disponer que se modifiquen dos cláusulas, debió*

abstenerse de declararlo ajustado a la ley y objetarlo como completamente ilegal para que CARBOCOL proceda —como debe— a reemplazarlo por otro autorizado por la ley.

Fecha *ut supra.*

Humberto Mora Osejo.

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

CONTRATO DE ASOCIACION PARA EL SERVICIO DE CORREO AEREO. ASOCIACION ENTRE ENTIDADES PUBLICAS.

Las entidades asociadas para prestar el servicio interno y externo de correo deben obrar de consuno, en tal forma que su actuación refleje claramente la asociación. Este es un aspecto esencial del contrato de asociación que, si se contraría o desconoce, lo hace nugatorio.

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

Consejero ponente: *Doctor Jaime Paredes Tamayo.*

Radicación número 258.

Referencia: Contrato de asociación número 015-89 celebrado entre el Ministerio de Comunicaciones, ADPOSTAL y AVIANCA.

En cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 98-1, 253 y 256 del Código Contencioso Administrativo (Decreto-ley 01 de 1984) y los artículos 50 y 252 del Decreto-ley 222 de 1983, procede el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil a revisar el contrato de asociación para la prestación conjunta de los servicios postales aéreos número 015 de 1989, celebrado por una parte, por la Nación representada por el señor Presidente de la República doctor Virgilio Barco Vargas, el señor Ministro de Comunicaciones doctor Pedro Martín Leyes Hernández y la Administración Postal Nacional representada por su Director General doctor Carlos Adolfo Arenas Campos, y por la otra, por Aerovías Nacionales de Colombia S. A. AVIANCA, representada por su Presidente doctor Edgar Lenis Garrido.

Ambito de la revisión:

> "ARTICULO 256. En ejercicio de la facultad de revisión de los contratos, el Consejo de Estado examinará la autorización legal en virtud de la cual el contrato se celebre; la competencia de los funcionarios y la capacidad de las demás partes que en él intervienen; el régimen legal de las estipulaciones acordadas y las prescripciones de orden fiscal".

Objeto del contrato. Es la prestación del servicio público de correo por parte de Aerovías Nacionales de Colombia S. A. AVIANCA, en sus

modalidades tradicional, expreso nacional e internacional (EMS) y electrónico, en cuanto esta última modalidad implique algún grado de utilización del espacio aéreo en la transmisión de los mensajes y ésta se cumpla entre diferentes ciudades en conexión con la red postal nacional. Todo de acuerdo con la reglamentación internacional y con lo que el Gobierno nacional expida, según tarifas previamente autorizadas (cláusula primera).

Ejecución del contrato. El desarrollo de la ejecución del contrato está previsto a lo largo de las siguientes treinta y cinco cláusulas, atinentes a prestación del servicio en lugares previamente convenidos entre ADPOSTAL y AVIANCA para sus agencias, cierre o apertura de éstas, previo acuerdo; recepción en las mismas, a solicitud de ADPOSTAL, de envíos de correo interior y exterior, cuyo transporte requiera la vía aérea; transferencia de AVIANCA a ADPOSTAL de envíos destinados a localidades servidas por ésta, en las Centrales de Clasificación u Oficinas Postales, determinadas de común acuerdo; obligación de AVIANCA de prestar el servicio en sus oficinas con empleados contratados por su propia cuenta y en las Agencias mediante el sistema de contrato; facultad de la misma empresa para subcontratar el recibo, la distribución y transporte para la prestación del servicio Express Mail Service (EMS); facultad para subcontratar el establecimiento de expendios postales previa información a ADPOSTAL y facultad de ésta para solicitar cambios o ajustes en la red respectiva, cuando resulten convenientes; días y horas de atención al público en oficinas, agencias y expendios autorizados; autorización de ADPOSTAL para que AVIANCA subcontrate el complemento del transporte aéreo a todo país; compromiso de AVIANCA sobre cumplimiento de normas postales nacionales, tratados y convenios ratificados por Colombia y acuerdos aprobados por ADPOSTAL, que regulen el tráfico de correspondencia nacional e internacional; aprobación de ADPOSTAL a los acuerdos que AVIANCA celebre con Administraciones Postales extranjeras para la prestación de los servicios objeto del contrato; prestación del servicio de apartados postales de acuerdo con los reglamentos que expida ADPOSTAL, y del servicio especial de distribución a apartados para libros, revistas y folletos impuestos en las oficinas del Correo Aéreo y destinados a los apartados de la misma ciudad; obligación de AVIANCA en cuanto a medios de transporte de envíos postales, libertad de tránsito, inviolabilidad y seguridad y relevo de la obligación de transportar los que no reúnan requisitos propios de las regulaciones del servicio; transporte de los despachos de correo de ADPOSTAL en rutas nacionales y determinación del valor pagadero por ADPOSTAL; prioridad del transporte y horario para recibo y entrega de despachos, según acuerdo entre ADPOSTAL y AVIANCA, con previsiones específicas para San Andrés y Leticia y excepciones en cuanto a despachos contentivos de envíos de circulación prohibida; indemnización por pérdida o expoliación de envíos o encomiendas y multa imponible por ADPOSTAL en monto que no exceda el valor de aquella; sujeción de AVIANCA a las normas vigentes o futuras sobre servicio, fraude o

contrabando postal y responsabilidad por el que cometan sus empleados o conductores; exención de sanciones en casos de suspensión o restricción de operaciones aéreas, determinadas por autoridad competente; condiciones de recibo y entrega de despachos entre ADPOSTAL y AVIANCA y entre ésta y los destinatarios; suministro de elementos de conducción, según tamaño y peso, y de los necesarios para su integridad y conservación, cargue y descargue; informe mensual de los despachos transportados, costo del servicio según tarifas de la Junta nacional respectiva y justificación ante ADPOSTAL de las modificaciones que de aquellas pretenda; distribución del producido neto resultante del balance general de los gastos terminales aéreos: A AVIANCA 85% y 15% a ADPOSTAL para cubrir parte de los costos de recorrido final, vía superficie, de los envíos transferidos por AVIANCA procedentes del exterior; el ciento por ciento del producido neto resultante del balance general de los gastos terminales aéreos del servicio GMS internacional (Express Mail Service) corresponderá a AVIANCA; participaciones de AVIANCA a ADPOSTAL, como entidad titular del monopolio postal, en porcentajes determinados y pagaderos en los términos señalados por las cláusulas décimatercera y décimacuarta; suministro de especies postales para el franqueo de envíos por correo urbano e interior vía superficie, y reconocimiento de ADPOSTAL a AVIANCA de un quince por ciento (15%) del valor facial de tales especies; prestación conjunta por las partes contratantes del servicio de Correspondencia Agrupada "CORRA", siendo responsabilidad de ADPOSTAL la admisión, recolección, curso y entrega de las valijas y de AVIANCA el transporte en todos los vuelos de la red nacional. "Por este servicio compartido, ADPOSTAL y AVIANCA repartirán el producto bruto del kilaje de Correo Agrupado, facturado y transportado por vía aérea, en la siguiente proporción: Para ADPOSTAL el sesenta y seis por ciento (66%) y para AVIANCA el treinta y cuatro por ciento (34%)"; despacho de encomiendas e impresos, vía superficie, con destino al exterior, por el sistema de transporte S.A.L. A.P.R. a través de AVIANCA y costo del mismo para ADPOSTAL; asignación por ADPOSTAL del número de licencia y ubicación de máquinas franqueadoras requeridas por AVIANCA para la prestación de los servicios objeto del contrato; compromiso de AVIANCA para implementar y asumir campañas de promoción y publicidad de los Correos de Colombia, como también estudios de mercadeo, de común acuerdo con ADPOSTAL y para apropiar anualmente, con dichos fines, el cero punto siete por ciento (0.7%) del producto bruto del correo aéreo por todo concepto; compromiso de AVIANCA para invertir en bienes y equipos destinados exclusivamente a la prestación de los servicios de correo, una suma anual no inferior al cinco por ciento (5%) del producto bruto de correo aéreo, por todo concepto, a fin de modernizar sistemas de operación mediante nuevas tecnologías para el servicio postal; finalmente AVIANCA se compromete a adelantar una política de ampliación y mejora de la cobertura de su red de oficinas y agencias, en concordancia con las tendencias del mercado postal y de común acuerdo con ADPOSTAL. La vigilancia por ADPOS-

TAL del cumplimiento del contrato quedó prevista en la cláusula vigésimatercera, en armonía con las cláusulas trigésimaprimera y trigésimasegunda.

Valor del contrato. Para efectos fiscales se fija en la suma de dos mil millones de pesos ($ 2.000.000.000.00) (cláusula trigésimasexta).

Término del contrato. "El presente contrato tendrá un término de duración de diez (10) años contados a partir de la fecha de su perfeccionamiento" (cláusulas vigésimacuarta y trigésimaoctava) (art. 217 del Decreto extraordinario 222 de 1983).

Autorización legal. Para el Gobierno nacional —Presidente de la República y Ministro de Comunicaciones—, deriva del artículo 216 del Decreto 222 de 1983 y para la Administración Postal Nacional, de los artículos 6º, numerales 1º y 5º; 10; 21, numeral 10 y 26, numeral 4º del Decreto 195 de 1976, en armonía con la autorización dada a su Director General por la Junta Directiva, en su sesión de 7 de febrero de 1989 (Reunión número 525, extracto del acta al folio 53 del expediente).

Existencia y representación legal del contratista. Se acredita con el certificado expedido el 14 de enero de 1989 (fls. 30 a 35) por la Cámara de Comercio de Barranquilla, sobre constitución, denominación y reformas de la sociedad anónima "Aerovías Nacionales de Colombia AVIANCA"; disposiciones que rigen su funcionamiento, duración, objeto, capital y órganos de administración; inscripciones de su Junta Directiva, permiso de funcionamiento y matrícula de registro mercantil. El nombramiento del Presidente de la sociedad, el señor Edgar Lenis Garrido aparece inscrito el 14 de julio de 1988 y la autorización para suscribir el contrato revisado, dada por la Junta Directiva, consta en Acta número 2162 de su reunión de 30 de enero de 1989, adjunta en copia al folio 36 del expediente.

Inhabilidades e incompatibilidades. La declaración de AVIANCA de no hallarse incursa en alguna de ellas la incorpora la cláusula trigesimaséptima del contrato revisado, con lo cual queda satisfecha la exigencia del Decreto 222 de 1983 en su artículo 14.

Contratación directa. Por tratarse de contrato de asociación para el servicio de correo aéreo, se prescindió de licitación o concurso, de conformidad con el artículo 43, numeral 23, aparte f), del Decreto 222 de 1983, la Nación-ADPOSTAL se reservó el derecho de contratar con otras empresas los servicios a que se refiere el contrato revisado (cláusula trigésimaquinta).

Garantías. De las constituídas por AVIANCA conforme a las cláusulas décimaoctava y vigésimaoctava del contrato dan cuenta las siguientes pólizas expedidas por la Compañía de Seguros Generales de Colombia S. A. Póliza número 192702 de 28 de febrero de 1989, para

garantizar por el término de vigencia del contrato el cumplimiento de las obligaciones contraídas, por un valor de doscientos millones de pesos ($ 200.000.000.00), equivalente al diez por ciento (10%) del valor del contrato (fl. 75); Póliza número 192703 de la misma fecha y por la misma suma para garantizar la calidad de los servicios prestados (fl. 72); y, Póliza número 192704, también de 28 de febrero de 1989, para garantizar el pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones al personal empleado en la ejecución del contrato, por un valor de $ 400.000.000.00, equivalente al veinte por ciento (20%) del valor del contrato (fl. 69).

"La primera y segunda de estas pólizas deberán estar vigentes hasta por el término del contrato y un año más y la tercera por el término del contrato y tres (3) años más".

Apropiación presupuestal. Conforme con la cláusula trigésima del contrato revisado, ADPOSTAL está sujeta al registro y apropiación presupuestaria para atender los gastos que generan los servicios previstos por las cláusulas décima, décimasexta y décimaoctava, cuyo monto anual se estima en la suma de cien millones de pesos ($ 100.000.000.00), de cuya disponibilidad para esta vigencia fiscal da cuenta el certificado visible al folio 52 del expediente, expedido por la División de Presupuesto de la Administración Postal Nacional.

Caducidad. En las cláusulas vigésimaquinta y vigésimasexta se pactó que la Nación-ADPOSTAL podrán mediante resolución motivada declarar la caducidad del contrato si se presentaren las causales previstas en el artículo 62 del Decreto-ley 222 de 1983.

Terminación, modificación e interpretación unilaterales. Según las cláusulas décimanovena, vigésima y vigésimaprimera, se sujetó el contrato a la interpretación, modificación y terminación unilaterales por parte de la Nación-ADPOSTAL, en los términos que se expresan en dichas cláusulas.

Multas. En caso de incumplimiento parcial que, a juicio de la administración no dé lugar a la declaratoria de caducidad del contrato, ADPOSTAL podrá imponer a AVIANCA multas hasta del 1% del valor del contrato (cláusula vigésimasegunda).

Cláusula penal pecuniaria. Para el caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento del contrato, se establece una cláusula penal pecuniaria equivalente al 10% del valor del mismo (cláusula vigesimaséptima).

Cesiones y subcontratos. El contrato no podrá ser cedido ni transferido en todo o en parte a persona o entidad alguna, según se estipula en la cláusula 27, con lo cual se da cumplimiento a lo ordenado por el artículo 209 del Estatuto Contractual (Decreto-ley 222 de 1983). Pero, por otra parte, el contrato no implica establecimiento de

exclusividad alguna a favor de AVIANCA y por lo tanto la Nación-ADPOSTAL se reserva el derecho de contratar con otras empresas la prestación del servicio de correo aéreo (cláusula 28). Según el parágrafo 1º de la cláusula primera ADPOSTAL autoriza a AVIANCA para subcontratar el complemento de transporte aéreo a todos los países, con otras compañías aéreas, con el fin de asegurar el intercambio de envíos postales a nivel mundial, vía aérea.

Del concepto del Consejo de Ministros. Sobre el contrato materia de revisión emitió dictamen favorable el Consejo de Ministros en sesión de 15 de febrero de 1989 (fl. 39). En esta forma se dio cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 252, inciso 2º del estatuto contractual.

Verificados la autorización para celebrar el contrato, la competencia de los funcionarios, la capacidad legal del contratista, el régimen legal de las estipulaciones acordadas y las prescripciones de orden fiscal, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, *declara ajustado a la ley* el contrato número 015 de 17 de febrero de 1989, celebrado por el Gobierno nacional y la Administración Postal Nacional con la sociedad Aerovías Nacionales de Colombia S. A. AVIANCA para la prestación conjunta del servicio público de Correo Aéreo.

Cópiese y devuélvase el informativo al señor Ministro de Comunicaciones.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

SALVAMENTO DE VOTO.

Radicación número 258.

Referencia: Contrato.

No comparto la decisión mayoritaria por los siguientes motivos:

Según el artículo 216 del Decreto-ley 222 de 1983, "mediante el contrato de asociación para el servicio de correo aéreo, el Gobierno nacional prestará, en *forma conjunta con entidades públicas o privadas,* el servicio de correo aéreo tanto en el ámbito interno como en el internacional" (subrayo). Esto significa que las *entidades asociadas* para prestar el servicio interno y externo de correo deben *obrar de consuno, en tal forma que su actuación refleje claramente la asociación. Este es un aspecto esencial del contrato de asociación que, si se contraría o desconoce, lo hace nugatorio.*

Por consiguiente, estimo que, de conformidad con el artículo 216 del Decreto-ley 222 de 1983, el contrato de asociación, que motiva mi disentimiento, no podía facultar a ninguna de las partes para obrar autónomamente ni menos autorizarla para subcontratar servicios que tengan por objeto el cumplimiento del contrato: *Según la disposición a que me refiero, se debió estipular que esas posibilidades sólo existen, de común acuerdo, para los contratantes asociados.*

Lo expuesto significa que, en rigor jurídico, la Sala debió declarar que el contrato no fue celebrado de conformidad con la ley.

Fecha *ut supra.*

Humberto Mora Osejo.

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

EXPLOTACION DE CARBON. APORTE.

El artículo 1º de la Ley 61 de 1979 sólo contempla el sistema de aporte —no la concesión ni el permiso— para la exploración y explotación de las reservas carboníferas del Estado. Sin embargo, el contrato de que se trata concedió la exploración y la explotación de un yacimiento carbonífero a una empresa particular, *mediante el reconocimiento de una regalía y de una posible participación en el exceso de utilidades, no obstante que la finalidad del artículo 1º de la Ley 61 de 1979 consiste en impedir que las reservas carboníferas nacionales se exploren y exploten por concesión o permiso. De este modo* el contrato infringió directamente el artículo 1º de la Ley 61 de 1979 y la Sala debió declararlo contrario a la ley.

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

Consejero ponente: *Doctor Hernán Cardoso Durán.*

Referencia: Contrato de exploración y explotación de yacimientos carboníferos celebrado entre CARBOCOL y PRODECO S. A. Radicación número 269.

El señor Ministro de Minas y Energía, doctor Oscar Mejía Vallejo, remite a esta Sala el contrato de exploración y explotación minera carbonífera celebrado entre Carbones de Colombia S. A. —CARBOCOL— y Productores de Colombia S. A. —PRODECO—.

La Sala procede a efectuar la revisión de legalidad en virtud de las facultades otorgadas en los artículos 98-1, 254 y siguientes del Código Contencioso Administrativo y el artículo 65 del Decreto 2477 de 1986.

Se considera:

I. *Naturaleza jurídica de Carbones de Colombia S. A.*

El Gobierno nacional mediante el Decreto 558 de 1976 autorizó la constitución de CARBOCOL S. A., lo cual se verificó por escritura pública número 6350 de 16 de noviembre del mismo año, de la Notaría Séptima del Círculo de Bogotá.

Carbones de Colombia S. A., es una sociedad entre entidades públicas (Ecopetrol, Proexpo, IFI, Ingeominas, Ecominas y Colminas) organizada como sociedad anónima y sometida al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado. La totalidad de sus acciones deben pertenecer en todo tiempo a entidades descentralizadas del orden nacional.

En consecuencia, está sometida al siguiente régimen jurídico: Las normas generales que rigen a las entidades descentralizadas del orden nacional (Decretos-ley 1050 y 3130, ambos de 1968); el Decreto-ley 130 de 1976, estatuto que regula las entidades descentralizadas de segundo orden o indirectas: Las leyes especiales sobre minería y carbón (Leyes 20 de 1969, 61 de 1979 y Decreto 2477 de 1986); las disposiciones que regulan la sociedad anónima; y, además, a sus propios estatutos.

II. *Legislación minera.*

En desarrollo del artículo 202 de la Constitución, el legislador en diferentes disposiciones (Leyes 60 de 1967, 20 de 1969, 61 de 1979 y, por supuesto, en el nuevo Código de Minas) ha reiterado el principio de la soberanía nacional sobre el subsuelo. En efecto, son de propiedad de la Nación todas las minas que existan en el territorio de la República, excepto aquéllas en que terceros demuestren tener el derecho de dominio en su favor.

Para la exploración, explotación y beneficio de las minas de propiedad nacional, existen cuatro modalidades: Licencia de explotación, concesión, permiso y aporte. Pero cuando se trata de yacimientos que constituyen la reserva especial del Estado *sólo podrán "aportarse"* o concederse a empresas industriales o comerciales suyas o a sociedades de economía mixta en que sea mayoritaria la participación estatal en el capital social.

A su vez, la Ley 61 de 1979 por la cual se dictan normas sobre la industria del carbón, establece en su artículo 1º que la exploración y explotación del carbón mineral de "propiedad de la Nación" sólo podrá realizarse mediante el sistema de aporte otorgado por el Ministerio de Minas y Energía a empresas industriales o comerciales del Estado, del orden nacional, dedicadas a dicha actividad.

El aporte es, pues, el sistema por medio del cual la Nación a través del Ministerio de Minas y Energía entrega a una de tales entidades una mina, para su "exploración y explotación".

Así mismo la norma últimamente citada y su Decreto reglamentario 2477, artículo 248, permiten que las entidades titulares del aporte podrán llevar a cabo las actividades de exploración y explotación *directamente o mediante contratos* celebrados con particulares.

III. *Contratos de explotación y exploración.*

Mediante ellos se pretende la exploración y explotación de bienes del Estado a los que el legislador ha dado un tratamiento especial. La Ley 19 de 1982, establece que "se rigen por las normas especiales de la materia" (art. 1º, parágrafo). El Decreto-ley 222 de 1983, expedido en desarrollo de las facultades otorgadas en la ley mencionada los califica en el artículo 16, numeral 6º como administrativos (en el Código Contencioso Administrativo tienen un acápite especial, art. 254).

Así pues, esta clase de contratos son administrativos y no están sometidos a las disposiciones generales del Estatuto Contractual (Decreto-ley 222 de 1983), excepto en el régimen de inhabilidades e incompatibilidades (Decreto 2477 de 1986, art. 248). Ello significa que están regulados por normas especiales expedidas respecto de la materia; para el caso del carbón, son aplicables las Leyes 20 de 1969 y 61 de 1979 y el Decreto reglamentario 2477 de 1986.

IV. *Contrato entre CARBOCOL y PRODECO.*

El Ministerio de Minas y Energía mediante la Resolución número 002411 de 10 de octubre de 1977 otorgó a Carbones de Colombia S. A. —CARBOCOL— por el sistema de aporte el derecho de explorar y explotar los yacimientos carboníferos de propiedad de la Nación, comprendidos en la zona circunscrita en el aporte 871.

En tal sentido, CARBOCOL celebró con PRODECO el contrato que se revisa y que tiene por objeto la exploración, construcción, montaje y explotación de los yacimientos de carbón ubicados en los Municipios de Becerril, El Paso y La Jagua de Ibirico, en el Departamento del Cesar, en un área cuya extensión es de 6.668 hectáreas y 9.000 metros cuadrados.

En el contrato CARBOCOL hace uso de las cláusulas exorbitantes de que goza el Estado en los contratos administrativos (caducidad: cláusula vigésimaoctava, multas: cláusula vigesimaséptima) y en la cláusula octava establece un procedimiento administrativo para aprobar los estudios de factibilidad del proyecto.

En la cláusula trigésimasegunda las partes acordaron el arbitramento y el peritazgo para casos de desacuerdo.

La Sala al hacer las observaciones ordenó la modificación de las cláusulas octava y trigésimasegunda, en el sentido de excluir la decisión de peritos que se pactó en el punto 8.5 y en el sentido de excluir el arbitramento y los peritazgos.

De inmediato el contrato fue modificado en escrito que contiene las observaciones solicitadas y determinadas en siete cláusulas que se adjuntan al contrato.

Cláusulas del contrato:

Duración máxima. El contrato en estudio tendrá una duración de treinta (30) años, contados a partir de la fecha efectiva, a menos que se dé por terminado con anterioridad, según lo establecido en la cláusula veinticinco.

Utilización de recursos nacionales y locales. Mediante la cláusula décimaquinta, el contratista se compromete a utilizar al máximo los recursos locales, regionales y nacionales de Colombia, incluso los servicios de empresas colombianas.

Cantidad de toneladas del proyecto. La cantidad de toneladas del proyecto que serán producidas anualmente por el contratista será hasta de tres millones (3.000.000) de toneladas.

Canon superficiario. El contratista pagará a CARBOCOL en cada año un canon superficiario equivalente al 4% del salario mensual mínimo legal vigente en Colombia en la fecha de pago (cláusula vigésima).

Regalías. Conforme a la cláusula vigésimaprimera, han quedado pactadas las regalías básicas por cada tonelada del proyecto vendida en cualquier momento y mediante la cláusula vigésimasegunda, fue pactada la regalía adicional que el contratista deberá pagar a CARBOCOL por cada tonelada del proyecto vendida en cualquier momento.

Multas por incumplimiento. Las multas pactadas (cláusula vigésimaséptima que podrá imponer CARBOCOL a la empresa contratista ascienden hasta por el equivalente en pesos, en la cantidad de ciento cincuenta mil dólares (US$ 150.000) de los Estados Unidos, en cada caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones pactadas.

Caducidad. CARBOCOL posee la facultad de declarar la caducidad del contrato, mediante resolución motivada, conforme a las causales fijadas en la cláusula vigésimaoctava.

Obligaciones en caso de terminación. Conforme a la cláusula vigésimanovena, fueron pactadas las obligaciones a que queda sometido el contratista frente a CARBOCOL.

Desacuerdos. En caso de desacuerdo entre las partes, sobre asuntos de derecho relacionados con la interpretación y/o ejecución del contrato, de conformidad a la cláusula trigésimasegunda, y cláusula quinta de la modificación que no pueden arreglarse en forma directa entre las partes serán sometidas al conocimiento de la Rama Jurisdiccional.

Es de anotar que las partes, elevaron a escritura pública, el contrato en estudio, antes de la revisión por parte del honorable Consejo de Estado.

La Sala advierte: "Que en todas las etapas de realización de este contrato debe darse severo cumplimiento al Decreto reglamentario de las Leyes mineras 2477 de 1986, Capítulo II, Disposiciones preliminares, en su artículo 3º, las disposiciones del presente estatuto se interpretarán y aplicarán teniendo en cuenta que la industria minera es de utilidad pública y de interés social en sus ramas de exploración, explotación, distribución y procesamiento; que las leyes que la regulan son de la misma naturaleza y se expiden por motivos de aquella índole; que la prevalencia de los intereses públicos o sociales sobre los intereses privados es principio fundamental que consagran y reglamentan las normas constitucionales y legales en vigencia, y que la consecución de las finalidades enumeradas en el artículo anterior es conveniente y necesaria para el desarrollo de la economía nacional y para el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los deberes sociales de los particulares".

Por lo anteriormente expuesto, y una vez realizada la revisión de legalidad del expediente, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado *declara ajustado a la ley* el contrato de exploración y explotación carbonífera celebrado entre Carbones de Colombia S. A. —CARBOCOL— y Productos de Colombia S. A. —PRODECO—.

Elévese a escritura pública, la modificación del contrato, publíquese en el Diario Oficial y páguese el impuesto de timbre nacional (arts. 52 a 54 del Decreto 222 de 1983).

Jaime Paredes Tamayo, Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas, Hernán Cardoso Durán, Humberto Mora Osejo,* Con salvamento de voto.

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

SALVAMENTO DE VOTO.

Referencia: Contrato del Ministerio de Minas y Energía.

Radicación número 269.

No comparto la decisión de la mayoría por los siguientes motivos:

1º El artículo 8º de la Ley 20 de 1969 prescribe que todas las minas pertenecientes a la Nación "quedan sujetas *al sistema de la concesión, del aporte o del permiso* (subrayo), conforme a las clasificaciones que adopte el Gobierno". Los artículos 30, 31 y 32 del Decreto reglamentario 1275 de 1970 reiteran y desarrollan este principio legal. La reforma significó un cambio fundamental porque tuvo por objeto, según la exposición de motivos, "adaptar la legislación minera al espíritu de la Constitución" que, mediante el artículo 202, recobró para "la República el dominio de todas las minas que pertenecían a los antiguos estados soberanos o a los dueños del terreno". El artículo 7º de la Ley 20 de 1969 declaró, en consecuencia, "de utilidad pública y de interés social la industria minera en sus ramas de exploración, explotación, beneficio, transporte y procesamiento" para hacer prevalecer, en la materia, el interés público o social sobre el individual o privado. De manera que el prevalente carácter de orden público de la actividad minera no proviene *—ni podría provenir— del artículo 3º del Decreto reglamentario 2477 de 1986, sino del artículo 7º de la Ley 20 de 1969, cuyo artículo 8º además prescribió que todas las minas, en ellas incluídas las de carbón, "quedan sujetas al sistema de la concesión, del aporte o del permiso".*

2º Sin embargo, ante la reconocida importancia y magnitud de las minas de carbón, estimadas como de vital importancia para el país, el artículo 1º de la Ley 61 de 1979 dispuso que a partir de su vigencia "la exploración y explotación de carbón mineral de la Nación *sólo podrá realizarse mediante el sistema de aporte* (subrayo) otorgado por el Ministerio de Minas y Energía a empresas industriales y comerciales del Estado que tengan entre sus fines dicha actividad". Con el objeto de evitar cualquiera duda o equívoco, la misma disposición define como aporte "el otorgamiento que hace el Estado, a través del Ministerio de Minas y Energía, del derecho a explorar y explotar sus reservas carboníferas a las empresas industriales y co-

merciales del Estado". *Se trata, por consiguiente, de la transferencia que hace el Estado a las empresas industriales y comerciales de carácter nacional del derecho a explorar y explotar las reservas de carbón que son de su propiedad.*

3º La finalidad de esta reforma es evidente: El artículo 8º de la Ley 20 de 1969 ya había prescrito que "los yacimientos que constituyen la reserva especial del Estado sólo podrán aportarse o concederse a empresas comerciales e industriales de la Nación o a sociedades de economía mixta que tengan una participación oficial mínima del 51% del respectivo capital". Pero el artículo 1º de la Ley 61 de 1979 sustrajo de esta disposición las reservas carboníferas de la Nación y dispuso, específicamente, que sólo podrán ser exploradas y explotadas mediante aportes otorgados a las empresas industriales y comerciales del Estado. De este modo, *ante la reconocida importancia de estas reservas*, como se afirma en la exposición de motivos de la Ley 61 de 1979, *la ley las confió a la permanente y exclusiva vigilancia de entidades oficiales de carácter nacional, con derecho, también exclusivo, a explorarlas y explotarlas.* Esta evidente finalidad de la ley explica que hubiera prescindido, respecto de las reservas carboníferas de la Nación, de la posibilidad de explotarlas por concesión o permiso, dos procedimientos jurídicos que, como en la Ley 20 de 1969, favorecen la actividad particular: *El sistema del aporte, dispuesto por el artículo 1º de la Ley 61 de 1979, los excluye para que la exploración y la explotación de las reservas carboníferas del Estado sólo estén a cargo de empresas industriales y comerciales del Estado.*

4º El artículo 1º de la Ley 61 de 1979 también dispone que "las entidades titulares del aporte podrán llevar a cabo estas actividades directamente o mediante contratos celebrados con particulares". Esta disposición claramente prescribe que las empresas comerciales e industriales del Estado, que reciban en aportes las reservas carboníferas nacionales, deben —como una obligación intransferible— explorarlas y explotarlas por sí mismas o con el concurso particular, siempre, en todos los casos, bajo su absoluta responsabilidad. De ahí que el precepto no signifique, que las mencionadas empresas del Estado, que reciban en aportes reservas carboníferas de la Nación, estén autorizadas para contratar sin ningún límite, como a bien tengan, con los particulares: *Por el contrario, según el artículo 1º de la Ley 61 de 1979, éstos sólo pueden contratar con aquéllas para facilitarles el cumplimiento de las obligaciones específicas e intransferibles que les impone por motivos de orden público: Explorar y explotar, en beneficio de la comunidad, las reservas carboníferas del Estado.*

5º Por consiguiente, el artículo 248 del Decreto reglamentario 2477 de 1986, que reproduce el artículo 10 del Decreto reglamentario 1155 de 1980, no significa que las empresas industriales y comerciales del Estado pueden celebrar cualquier clase de contratos con los particulares sino, *por el contrario, de conformidad con el artículo 1º de la Ley 61 de 1979, que los "contratos de asociación, operación, servicios,*

administración" y todos los demás que fueren necesarios, deben tener por único objetivo el cumplimiento de las obligaciones que les prescribe esa misma disposición legal; pues, constituye elemental principio de hermenéutica jurídica interpretar la disposición reglamentaria en armonía con la que es reglamentada y no al contrario para desconocer el claro sentido y la inequivocada finalidad de la ley.

6º Pero, en la hipótesis improbable de que se estimare, en gracia de discusión, que el artículo 1º de la Ley 61 de 1979 faculta a las empresas comerciales e industriales del Estado para contratar libre e indiscriminadamente con los particulares, sería en sí mismo contradictorio: Mientras por una parte dispone que el único sistema adecuado para la exploración y la explotación "del carbón mineral de propiedad de la Nación" es el aporte a las empresas industriales y comerciales del Estado, por otra les permitiría contratar con los particulares con absoluta discrecionalidad, *aún mediante el contrato de concesión, que fue, con el permiso, expresamente excluído por el artículo 1º de la Ley 61 de 1979.* En realidad la disposición prescribe, con evidente claridad, no que las empresas industriales y comerciales del Estado que reciban aportes de la reserva carbonífera nacional pueden contratar *ab libitum, sino que deben explorarlos y explotarlos directamente o con el concurso particular, bajo su inmediato y directo control y exclusiva responsabilidad: Esta es la finalidad específica del aporte, contemplado por el artículo 1º de la Ley 61 de 1979, como también la razón para que excluya los sistemas de concesión y permiso.*

7º De manera que es claro y evidente que el artículo 1º de la Ley 61 de 1979 sólo contempla el sistema del aporte —no la concesión ni el permiso— para la exploración y explotación de las reservas carboníferas del Estado. Sin embargo, el contrato de que se trata *concedió la exploración y la explotación de un yacimiento carbonífero a una empresa particular,* mediante el reconocimiento de una regalía y de una posible participación en el exceso de utilidades, no obstante que la finalidad del artículo 1º de la Ley 61 de 1979 consiste en impedir que las reservas carboníferas nacionales se exploren y exploten por concesión o permiso. De este modo *el contrato infringió directamente el artículo 1º de la Ley 61 de 1979 y la Sala debió declararlo contrario a la ley.*

8º Esto mismo hizo que en el contrato se estipule que todo el carbón que se extraiga pertenecerá a la empresa contratante, y que a ésta se le reconozca situación preponderante, no obstante que, como se ha demostrado, según el artículo 1º de la Ley 61 de 1979, la explotación y exploración siempre deben adelantarse bajo el control y la responsabilidad de la empresa comercial e industrial del Estado que reciba el aporte. El contrato *desconoció, por este nuevo aspecto, el artículo 1º de la Ley 61 de 1979 y la Sala debió declarar que no se celebró de conformidad con la ley.*

9º En fin, la providencia mayoritaria cita y transcribe el artículo 3º del Decreto reglamentario 2477 de 1976 que prescribe que "la in-

dustria minera es de utilidad pública y de interés social", que "las leyes que la regulan son de la misma naturaleza" y que "la prevalencia de los intereses públicos o sociales sobre los intereses privados es principio fundamental que consagran y reglamentan las normas constitucionales y legales en vigencia..."

De conformidad con la transcrita disposición, que reglamenta el artículo 7º de la Ley 20 de 1969, en *este caso debieron prevalecer, como he demostrado, la Constitución, las leyes y el interés público o social.*

En conclusión, estimó que la Sala debió declarar que el contrato no se celebró de conformidad con la ley.

Fecha *ut supra.*

Humberto Mora Osejo.

CAPITULO II

CONSULTAS DEL GOBIERNO

TRAFICO DE ESTUPEFACIENTES. Carencia de informes. ACTO DE CERTIFICACION. ACTO DE TRAMITE. RECURSOS.

El certificado de carencia de informes por tráfico de estupefacientes, que expide la Secretaría Ejecutiva del Consejo Nacional de Estupefacientes, es un acto de trámite, previo a una actuación administrativa que se surte ante el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, el INCOMEX o el Ministerio de Salud, tendiente a obtener ciertas licencias o permisos. Las razones que tenga la Secretaría Ejecutiva para la no expedición del certificado, por registrar el interesado informes en materia de tráfico de estupefacientes, deberán consignarse en una resolución, con el fin que el peticionario esté en aptitud de interponer el recurso de reposición, ante la misma Secretaría Ejecutiva y el de apelación, ante el Consejo Nacional de Estupefacientes (o el escrito de queja, en caso de denegarse la apelación).

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 la naturaleza jurídica del cerificado de carencia de informes por tráfico de estupefacientes (Ley 30 de 1986, art. 93). Radicación número 233.

El señor Ministro de Justicia, doctor Guillermo Plazas Alcid, luego de transcribir el texto del artículo 93 de la Ley 30 de 1986, en el cual se asignan las funciones correspondientes a la Secretaría Ejecutiva del Consejo Nacional de Estupefacientes, y explicar que previa consulta hecha al Departamento Administrativo de Seguridad, Procuraduría General de la Nación y Policía Nacional, en el sentido de informar si los peticionarios registran o no antecedentes por tráfico de estupefacientes, la Secretaría Ejecutiva procede a expedir el certificado correspondiente, formula a la Sala los siguientes interrogantes:

1. Teniendo en cuenta que el certificado de carencia de informes por tráfico de estupefacientes lo requieren los peticionarios con el fin de adelantar trámites ante el Ministerio de Salud, Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil e INCOMEX, es dicho certificado un acto administrativo de trámite, preparatorio o definitivo?

2. Sobre la base de que se trate de un acto administrativo de trámite o preparatorio y sin que en norma expresa se haya previsto qué recursos proceden contra él, cuál es el procedimiento a seguir para que el peticionario tenga oportunidad de controvertir el informe que originó la expedición del certificado, cuando aquél, según los organismos de seguridad del Estado, registra informes por tráfico de estupefacientes?

Se considera:

1. La Ley 30 de 1986 fue dictada con el fin de expedir un Estatuto Nacional de Estupefacientes que regulara la producción, fabricación, exportación, importación, distribución, comercio, uso y posesión de estupefacientes, lo mismo que el cultivo de plantas de las cuales éstos se produzcan, limitando todo ello a los fines médicos y científicos, conforme a la reglamentación que para el efecto expida el Ministerio de Salud.

El vocablo *estupefacientes* es definido como "la droga no prescrita médicamente, que actúa sobre el sistema nervioso central produciendo dependencia". De ahí que el Estatuto ordena la organización de campañas tendientes a evitar los cultivos y la producción, tráfico y consumo de sustancias estupefacientes, las cuales deberá dirigir y supervisar el Consejo Nacional de Estupefacientes, y de programas de educación en la forma que determine el Ministerio de Educación Nacional y el ICFES, en coordinación con el Consejo Nacional de Estupefacientes; asigna la reglamentación y control de la elaboración, producción, transformación, adquisición, distribución, venta, consumo y uso de drogas y medicamentos que causen dependencia y sus precursores, al Ministerio de Salud, adscrito al cual se crea un Fondo Rotatorio de Estupefacientes, encargado de la importación y venta de dichas sustancias; define los delitos y contravenciones; señala el procedimiento para la destrucción de plantaciones y sustancias incautadas; determina el funcionamiento, adscrito al Ministerio de Justicia, de un Consejo Nacional de Estupefacientes, así como de un Comité Técnico Asesor de Prevención Nacional de la Farmacodependencia y dispone que en todos los departamentos, intendencias, comisarías, y en el Distrito Especial de Bogotá, habrá un Consejo Seccional de Estupefacientes.

2. El artículo 93 de la Ley 30 de 1986 señala que la Oficina de Estupefacientes del Ministerio de Justicia hará las veces de Secretaría Ejecutiva del Consejo Nacional de Estupefacientes y le asigna, entre otras funciones, la de "expedir el certificado de carencia de informes por tráfico de estupefacientes" a las personas que adelanten trámites ante el Departamento de Aeronáutica Civil, el INCOMEX y el Ministerio de Salud, para los siguientes fines:

ante el Departamento de Aeronáutica Civil, para la importación de aeronaves; adquisición del dominio o cambio de explotador de aeronaves; estudio, construcción y reforma de aeródromos o pistas; obtención y renovación del permiso de operación de aeródromos o pistas; solicitud para obtener o renovar permisos de operación de servicios aéreos comerciales, escuelas, aeroclubes, talleres aeronáuticos; aprobación de los nuevos socios que vayan a adquirir o adquieran acciones de una empresa de servicios aéreos comerciales, escuelas, aeroclubes y talleres aeronáuticos; aprobación del nuevo propietario o explotador de un aeródromo o pista; y aprobación de licencias para personal aeronáutico;

b) Ante el INCOMEX y el Ministerio de Salud, para el consumo o distribución de: éter etílico, acetona, cloroformo, ácido clorhídrico, ácido sulfúrico, amoníaco, permanganato de potasio, carbonato liviano o disolvente o diluyente para barnices.

Agrega la mencionada ley que la Secretaría Jurídica del Consejo Nacional de Estupefacientes dispondrá para la expedición del certificado de carencia de informes por tráfico de estupefacientes, de un plazo máximo de sesenta (60) días, transcurrido el cual se entenderá resuelta favorablemente la solicitud. Se exceptúa los asuntos relacionados con la adquisición del dominio o cambio de exportador de aeronaves, caso en el cual el término máximo para la expedición del certificado será de diez (10) días.

Con todo, la ley autoriza al Consejo Nacional de Estupefacientes para ordenar en cualquier momento que mediante resolución motivada, se proceda a la revocación de dicho certificado.

3. La obtención por el interesado del certificado de carencia de informes por tráfico de estupefacientes, es un requisito previo indispensable para estar en condiciones de adelantar ante el Departamento de Aeronáutica Civil, el INCOMEX o el Ministerio de Salud, las gestiones destinadas a conseguir las licencias o permisos a que se refiere el artículo 93 de la Ley 30 de 1986.

Por consiguiente, la expedición del certificado de carencia de informes se erige como un acto de trámite, previo a una decisión principal que concede o niega una solicitud.

Es obvio que la existencia de informes de tráfico de estupefacientes, conducirá a negar la expedición del certificado y, por ende, hará imposible adelantar las gestiones pertinentes ante los organismos oficiales mencionados.

De manera que a la Secretaría Jurídica del Consejo se le presentan dos opciones: a) Expedir el certificado, cuando a la persona que hace la solicitud no le aparecen registrados antecedentes relacionados con el denominado "tráfico de estupefacientes"; b) Abstenerse de expedir

2. Sobre la base de que se trate de un acto administrativo de trámite o preparatorio y sin que en norma expresa se haya previsto qué recursos proceden contra él, cuál es el procedimiento a seguir para que el peticionario tenga oportunidad de controvertir el informe que originó la expedición del certificado, cuando aquél, según los organismos de seguridad del Estado, registra informes por tráfico de estupefacientes?

Se considera:

1. La Ley 30 de 1986 fue dictada con el fin de expedir un Estatuto Nacional de Estupefacientes que regulara la producción, fabricación, exportación, importación, distribución, comercio, uso y posesión de estupefacientes, lo mismo que el cultivo de plantas de las cuales éstos se produzcan, limitando todo ello a los fines médicos y científicos, conforme a la reglamentación que para el efecto expida el Ministerio de Salud.

El vocablo *estupefacientes* es definido como "la droga no prescrita médicamente, que actúa sobre el sistema nervioso central produciendo dependencia". De ahí que el Estatuto ordena la organización de campañas tendientes a evitar los cultivos y la producción, tráfico y consumo de sustancias estupefacientes, las cuales deberá dirigir y supervisar el Consejo Nacional de Estupefacientes, y de programas de educación en la forma que determine el Ministerio de Educación Nacional y el ICFES, en coordinación con el Consejo Nacional de Estupefacientes; asigna la reglamentación y control de la elaboración, producción, transformación, adquisición, distribución, venta, consumo y uso de drogas y medicamentos que causen dependencia y sus precursores, al Ministerio de Salud, adscrito al cual se crea un Fondo Rotatorio de Estupefacientes, encargado de la importación y venta de dichas sustancias; define los delitos y contravenciones; señala el procedimiento para la destrucción de plantaciones y sustancias incautadas; determina el funcionamiento, adscrito al Ministerio de Justicia, de un Consejo Nacional de Estupefacientes, así como de un Comité Técnico Asesor de Prevención Nacional de la Farmacodependencia y dispone que en todos los departamentos, intendencias, comisarías, y en el Distrito Especial de Bogotá, habrá un Consejo Seccional de Estupefacientes.

2. El artículo 93 de la Ley 30 de 1986 señala que la Oficina de Estupefacientes del Ministerio de Justicia hará las veces de Secretaría Ejecutiva del Consejo Nacional de Estupefacientes y le asigna, entre otras funciones, la de "expedir el certificado de carencia de informes por tráfico de estupefacientes" a las personas que adelanten trámites ante el Departamento de Aeronáutica Civil, el INCOMEX y el Ministerio de Salud, para los siguientes fines:

el certificado, dado que existen informes en tal sentido. En este caso, lo procedente es una resolución motivada, que se notificará al peticionario con el fin de que éste pueda ejercer el derecho a controvertir el informe suministrado por los organismos de seguridad del Estado.

4. Según el Código Contencioso Administrativo (art. 49), los recursos en la vía gubernativa son improcedentes en ciertos casos. La norma es del siguiente tenor:

> "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".

Sin embargo, respecto de los *actos de trámite* (que el código clasifica en oposición a los *actos definitivos*), se dispone en la parte final del artículo 50:

> "Los actos de trámite pondrán fin a una actuación cuando hagan imposible continuarla".

En esta materia la ley colombiana sigue la orientación de los modernos tratadistas de Derecho Administrativo, quienes en el seno del procedimiento administrativo distinguen por una parte los actos de trámite y, por la otra, los actos principales, definitivos o resolutorios, que son aquellos que contienen una resolución final que decide el fondo del asunto.

De modo que la acción acusatoria puede dirigirse contra el acto definitivo, o contra el de trámite cuando éste pone fin a la controversia.

Los actos de trámite —sostienen los profesores García de Enterría y Fernández— resultan recurribles cuando, aún bajo la apariencia de los actos procedimentales no resolutorios del fondo del asunto, de hecho vienen a decidirlo, por poner término al procedimiento o suspender o hacer imposible su continuación[1].

1. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ Tomás - Ramón, "Curso de Derecho Administrativo", Madrid, Civitas, 1986, página 527.

Por consiguiente, contra los actos administrativos principales o definitivos, y los de trámite cuando ponen fin a una actuación administrativa, son procedentes en la vía gubernativa los recursos de reposición, ante el mismo funcionario que tomó la decisión, para que la aclare, modifique o revoque; de apelación, para ante el inmediato superior administrativo, con el mismo propósito, y el escrito de queja, cuando se rechace el recurso de apelación, siendo entendido que este último tiene carácter obligatorio, mas no los recursos de reposición y de queja (Código Contencioso Administrativo, arts. 50 y 51).

Por otra parte, dichos actos están sujetos a control jurisdiccional, según las reglas establecidas para la acción de nulidad en el artículo

a) Ante el Departamento de Aeronáutica Civil, para la importación de aeronaves; adquisición del dominio o cambio de explotador de aeronaves; estudio, construcción y reforma de aeródromos o pista e instalaciones; obtención y renovación del permiso de operación de aeródromos o pistas; solicitud para obtener o renovar permisos de empresas de servicios aéreos comerciales, escuelas, aeroclubes, talleres aeronáuticos; aprobación de los nuevos socios que vayan a adquirir cuotas o acciones de una empresa de servicios aéreos comerciales, escuelas, aeroclubes y talleres aeronáuticos; aprobación del nuevo propietario o explotador de un aeródromo o pista; y aprobación de licencias para personal aeronáutico;

b) Ante el INCOMEX y el Ministerio de Salud, para el consumo o distribución de: éter etílico, acetona, cloroformo, ácido clorhídrico, ácido sulfúrico, amoníaco, permanganato de potasio, carbonato liviano y disolvente o diluyente para barnices.

Agrega la mencionada ley que la Secretaría Jurídica del Consejo Nacional de Estupefacientes dispondrá para la expedición del certificado de carencia de informes por tráfico de estupefacientes, de un plazo máximo de sesenta (60) días, transcurrido el cual se entenderá resuelta favorablemente la solicitud. Se exceptúa los asuntos relacionados con la adquisición del dominio o cambio de exportador de aeronaves, caso en el cual el término máximo para la expedición del certificado será de diez (10) días.

Con todo, la ley autoriza al Consejo Nacional de Estupefacientes para ordenar en cualquier momento que mediante resolución motivada, se proceda a la revocación de dicho certificado.

3. La obtención por el interesado del certificado de carencia de informes por tráfico de estupefacientes, es un requisito previo indispensable para estar en condiciones de adelantar ante el Departamento de Aeronáutica Civil, el INCOMEX o el Ministerio de Salud, las gestiones destinadas a conseguir las licencias o permisos a que se refiere el artículo 93 de la Ley 30 de 1986.

Por consiguiente, la expedición del certificado de carencia de informes se erige como un acto de trámite, previo a una decisión principal que concede o niega una solicitud.

Es obvio que la existencia de informes de tráfico de estupefacientes, conducirá a negar la expedición del certificado y, por ende, hará imposible adelantar las gestiones pertinentes ante los organismos oficiales mencionados.

De manera que a la Secretaría Jurídica del Consejo se le presentan dos opciones: a) Expedir el certificado, cuando a la persona que hace la solicitud no le aparecen registrados antecedentes relacionados con el denominado "tráfico de estupefacientes"; b) Abstenerse de expedir

84 del Código Contencioso Administrativo. Respecto de los actos de certificación, el interesado puede solicitar la nulidad de los mismos, de acuerdo con lo dispuesto en el último inciso del artículo mencionado:

> "Son objeto también de esta acción los conceptos y circulares que la administración quiera aplicar de modo general, así como los *actos de certificación* y de registro cuyo control no ha sido atribuido expresamente a otra jurisdicción" (subraya la Sala).

Se responde:

El certificado de carencia de informes por tráfico de estupefacientes, que expide la Secretaría Ejecutiva del Consejo Nacional de Estupefacientes, es un acto de trámite, previo a una actuación administrativa que se surte ante el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, el Instituto de Comercio Exterior (INCOMEX) o el Ministerio de Salud, tendiente a obtener ciertas licencias o permisos.

Las razones que tenga la Secretaría Ejecutiva para la no expedición del certificado, por registrar el interesado informes en materia de tráfico de estupefacientes, deberán consignarse en una resolución, con el fin de que el peticionario esté en aptitud de interponer el recurso de reposición, ante la misma Secretaría Ejecutiva y el de apelación, ante el Consejo Nacional de Estupefacientes (o el escrito de queja, en caso de denegarse la apelación), y, de este modo, poder controvertir el informe de existencia de antecedentes, provenientes de los organismos de seguridad del Estado.

Transcríbase al señor Ministro de Justicia 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.

SERVIDUMBRE ELECTRICA. Imposición. DECLARATORIA DE UTILIDAD PUBLICA.

El acto administrativo previo de la declaratoria de utilidad pública no es necesario para iniciar el proceso judicial de imposición de la servidumbre de conducción de energía eléctrica.

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

Consejero ponente: *Doctor Jaime Paredes Tamayo.*

Referencia: Consulta del Ministro de Minas y Energía sobre: "Procesos de servidumbre para líneas de transmisión de energía eléctrica" (Ley 56 de 1981).

Radicación número 255.

El señor Ministro de Minas y Energía, en oficio número 020063, somete a consideración de la Sala la siguiente consulta:

"1. La Ley 126 de 1938 que declara el suministro de energía eléctrica como servicio público en su artículo 18 establece: 'Grávase con la servidumbre legal de conducción de energía eléctrica los predios por los cuales deban pasar las líneas respectivas'.

"2. En concordancia con lo anterior, el artículo 25 de la Ley 56 de 1981, dispone: 'La servidumbre pública de conducción de energía eléctrica establecida por el artículo 18 de la Ley 126 de 1938, supone para las entidades públicas que tienen a su cargo la construcción de centrales generadoras, líneas de interconexión, transmisión y prestación del servicio público de distribución de energía eléctrica, la facultad de pasar por los predios afectados, por vía aérea, subterránea o superficial, las líneas de transmisión y distribución del fluído eléctrico, ocupar las zonas objeto de la servidumbre, transitar por los mismos, adelantar las obras, ejercer la vigilancia, conservación y mantenimiento y emplear los demás medios necesarios para su ejercicio'.

"3. La Ley 56 de 1981 fue reglamentada por el Decreto 2580 de 1985, en el cual se establece un procedimiento ágil para lograr la efectividad del gravamen de servidumbre, y en su artículo 4º dispone: 'El acto administrativo a que se refiere el artículo 18 de la Ley 56 de 1981, no es exigible en los procesos a que se refiere el presente decreto'.

"4. Con fundamento en las anteriores consideraciones legales, este Ministerio ha conceptuado que para efectos del gravamen de servidumbre no es necesaria la declaratoria de utilidad pública e interés social de las áreas afectadas por transmisión de redes de energía eléctrica; ello sólo es procedente para los procesos de expropiación, tal como aparece en los artículos 17 y 18 en mención.

"5. Sin embargo, como existen algunos pronunciamientos jurisdiccionales en sentido contrario (con salvamento de voto), este Despacho requiere de ese máximo Tribunal el pronunciamiento para dilucidar si efectivamente el requisito del acto administrativo previo de la declaratoria de utilidad pública es necesario para iniciar el proceso judicial de imposición de servidumbres, o si por el contrario, solamente procede para los procesos de expropiación".

Considera la Sala:

1º El artículo 1º de la Ley 126 de 1938 dispuso: "El suministro de Energía Eléctrica es un servicio público fundamental, y en su establecimiento, desarrollo y financiación cooperarán la Nación, los Departamentos y los Municipios".

2º El artículo 18 de la expresada ley gravó con la servidumbre legal de conducción de energía eléctrica los predios por los cuales deban pasar las líneas respectivas.

3º El artículo 16 de la Ley 56 de 1981 declaró de utilidad pública e interés social los planes, proyectos y ejecución de obras para la generación, transmisión y distribución de energía eléctrica.

4º El artículo 25 de la Ley 56 de 1981 expresa que la servidumbre pública de conducción de energía eléctrica, supone para las entidades públicas, que tienen a su cargo la construcción de centrales generadoras, líneas de interconexión, transmisión y prestación del servicio público de distribución de energía eléctrica, *la facultad de pasar por los predios afectados, por vía aérea, subterránea o superficial, las líneas de transmisión y distribución del fluído eléctrico,* ocupar las zonas objeto de la servidumbre, transitar por los mismos, adelantar las obras, ejercer la vigilancia, conservación y mantenimiento y emplear los demás medios necesarios para su ejercicio.

5º De conformidad con el artículo 27 de la ley citada "corresponde a la entidad de Derecho Público que haya adoptado el respectivo proyecto y ordenado su ejecución, promover en calidad de demandante los procesos que sean necesarios para hacer efectivo el gravamen de servidumbre de conducción de energía eléctrica". La norma mencionada y los artículos siguientes (27 a 32) regulan el procedimiento de imposición de la servidumbre.

6º Por su parte, el Decreto 2580 de septiembre 9 de 1985 por el cual se reglamentó parcialmente la Ley 56 de 1981, desarrolla cada una de las etapas del procedimiento para imponer y hacer efectivo el gravamen de servidumbre pública de conducción de energía eléctrica, y en forma expresa dispuso, en su artículo 4º, que "el acto administrativo a que se refiere el artículo 18 de la Ley 56 de 1981, no es exigible en los procesos a que se refiere el presente decreto".

Lo cual, en concepto de la Sala, parece obvio, si se tiene en cuenta que la norma en mención regula los procedimientos de expropiación, instituto jurídico diferente al previsto para la imposición de servidumbres de conducción de energía eléctrica.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala responde:

El acto administrativo previo de la declaratoria de utilidad pública no es necesario para iniciar el proceso judicial de imposición de la servidumbre de conducción de energía eléctrica.

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

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

CAJAS DE COMPENSACION FAMILIAR. Naturaleza jurídica. SUBSIDIO FAMILIAR.

Son personas jurídicas reguladas por el derecho privado que ejercen actividades de acción social.

No hay normas especiales que le sean aplicables respecto de la contabilidad.

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

Consejero ponente: *Doctor Javier Henao Hidrón.*

Referencia: Consulta sobre la aplicación del Decreto 2160 de 1986 a las Cajas de Compensación Familiar.

Radicación número 241.

El señor Ministro del Trabajo y Seguridad Social, doctor Juan Martín Caicedo Ferrer, hace a la Sala la consulta que redacta en los términos siguientes:

El Decreto 2160 de 1986, por el cual se reglamenta la contabilidad mercantil y se expiden las normas de contabilidad generalmente aceptadas, es aplicable a las corporaciones sin ánimo de lucro que no desarrollan actividades de comercio como lo son por definición legal, las Cajas de Compensación Familiar?

Previamente, el señor Ministro expresó como fundamento de la consulta estas consideraciones:

"Las Cajas de Compensación Familiar son personas jurídicas de derecho privado sin ánimo de lucro, organizadas como corporaciones en la forma prevista por el Código Civil, cumplen funciones de seguridad social y se hayan (sic) sometidas al control y vigilancia del Estado en la forma establecida por la ley" (art. 39, Ley 21 de 1982).

Desde su nacimiento, a las Cajas de Compensación Familiar se las concibió como instituciones de simple repartición, a las cuales se les prohibió ejercer el comercio (art. 18 del Decreto 118 de 1957).

Debido a las actividades que realizan las Cajas de Compensación y ante la ausencia de normas y criterios específicos que regulen la

contabilidad de las personas jurídicas de derecho privado sin ánimo de lucro, en la práctica, a estas entidades se les está dando el tratamiento previsto por la legislación comercial, con el riesgo de afectar no solamente su naturaleza sino también su actividad de servicio social, objeto para el cual fueron creadas.

La Sala considera:

I. *Naturaleza jurídica y campo de acción de las Cajas de Compensación Familiar.*

a) Las Cajas de Compensación Familiar fueron creadas como organismos encargados del recaudo de los aportes destinados al SENA y el reparto del subsidio familiar (Decretos 118, 164 y 249, todos de 1957).

El subsidio familiar surgió en Colombia como una prestación de carácter extralegal. A partir de 1957 se estableció como una prestación social dineraria, obligatoria para los empleadores de mayor capacidad económica y en beneficio de los trabajadores de medianos y menores ingresos, cuyo objetivo fundamental consiste hoy en día en el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia como núcleo básico de la sociedad.

En 1973, por virtud de la Ley 56, el subsidio familiar dejó de ser una prestación exclusivamente monetaria con el fin de permitir que pudiera pagarse también en especie o en servicios. De este modo, se autorizó la ejecución de programas de acción social en salud, educación, alimentación, mercadeo y vivienda, y se amplió la cobertura de beneficio al núcleo familiar (arts. 19 y 79).

La Ley 21 de 1982, por la cual se modifica el régimen del subsidio familiar, estableció las normas aplicables a las Cajas de Compensación Familiar y las definió como personas jurídicas de derecho privado sin ánimo de lucro, organizadas como Corporaciones en la forma prevista en el Código Civil, que cumplen funciones de seguridad y están sometidas al control y vigilancia del Estado (art. 39).

Por otra parte, el artículo 62 de la ley citada determinó de esta manera el campo de acción de las Cajas de Compensación Familiar:

Las obras y programas sociales que emprendan las Cajas de Compensación con el fin de atender el pago del subsidio en servicio o en especie, se realizarán exclusivamente en los campos y en el orden de prioridades que a continuación se señala:

1º Salud.

2º Programas de nutrición y mercadeo de productos alimenticios y otros que compongan la canasta familiar para ingresos bajos

(obreros) definida por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE).

3º Educación integral y continuada; capacitación y servicios de biblioteca.

4º Vivienda.

5º Crédito de fomento para industrias familiares.

6º Recreación social.

7º Mercadeo de productos diferentes a los enunciados en el ordinal 2º, el cual se hará de acuerdo con la reglamentación que expida posteriormente el Gobierno nacional;

b) Para ejercer la inspección y vigilancia de las entidades encargadas del recaudo de los aportes y el pago de las asignaciones del subsidio familiar, la Ley 25 de 1981 creó la Superintendencia del Subsidio Familiar, adscrita al Ministerio del Trabajo y Seguridad Social. En su artículo 6º, literal d), dispuso entre sus atribuciones, la siguiente:

> Estatuir normas y procedimientos uniformes para la elaboración, registro y control de los presupuestos y de la contabilidad de las entidades bajo su vigilancia. Semestralmente las entidades presentarán al Superintendente los estados financieros correspondientes al ejercicio, para que éste formule sus observaciones, las cuales serán de obligatoria consideración por parte de la entidad vigilada.

En desarrollo de esta disposición el Superintendente del Subsidio Familiar profirió la Resolución número 008 de 1982, por medio de la cual se adoptaba el Manual Contable Interno para las entidades vigiladas.

La norma legal anteriormente transcrita, sin embargo, fue declarada *inexequible* por la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia de fecha 6 de septiembre de 1982;

c) Para efectos de información tributaria, la Ley 50 de 1984 dispuso lo siguiente en relación con las entidades sin ánimo de lucro, en el inciso final del artículo 17:

> *Todas las entidades sin ánimo de lucro* están obligadas a llevar libros de contabilidad, *en la forma que indique el Gobierno nacional* (Subraya la Sala).

Por medio del Decreto reglamentario número 2500 de 1986, el Gobierno nacional estableció que a partir de 1º de enero de 1987 las

entidades sin ánimo de lucro (con excepción de las entidades de derecho público, juntas de acción comunal, juntas de defensa civil y entidades sujetas al régimen de legislación canónica), deberán llevar libros de contabilidad y que la contabilidad deberá sujetarse a lo dispuesto en el Título IV del Código de Comercio (debe entenderse que es el del libro 1º) y el Capítulo V del Decreto 2821 de 1974;

d) La Reforma Tributaria de 1986 (Ley 75, Capítulo IV), sometió a las Cajas de Compensación Familiar al impuesto sobre la renta y complementarios, en relación con los ingresos provenientes de las actividades industriales y de mercadeo;

e) El Gobierno nacional, invocando la facultad reglamentaria y las atribuciones conferidas por los artículos 50 y 2035 del Código de Comercio, expidió el Decreto 2160 de 1986 "por el cual se reglamenta la contabilidad mercantil y se expiden las normas de contabilidad generalmente aceptadas", tendiente a que los comerciantes conformen su contabilidad y estados financieros a las cualidades de la información contable.

II. *Interpretación del régimen jurídico aplicable a las Cajas de Compensación Familiar.*

Haciendo una interpretación integral de las normas anteriormente relacionadas, es posible deducir las siguientes conclusiones:

a) Las Cajas de Compensación son personas jurídicas reguladas por el derecho privado, que ejercen actividades de acción social en las áreas de la salud, la educación, la alimentación, el mercadeo y la vivienda.

Sus actividades no son de carácter comercial, en cuanto con las mismas se cumple una función eminentemente social;

b) No hay normas especialmente aplicables a las Cajas de Compensación Familiar respecto de la contabilidad y de las denominadas "normas de contabilidad generalmente aceptadas";

c) El Decreto 2160 de 1986 tiene fuerza obligatoria y se entiende incorporado a la ley reglamentada (Código de Comercio), al tenor del principio de hermenéutica jurídica previsto en el artículo 12 de la Ley 153 de 1887;

d) El ámbito de aplicación de la Ley 50 de 1984 respecto de las entidades sin ánimo de lucro, se circunscribe a la información que deben rendir para efectos tributarios. De ahí que la facultad reglamentaria del Gobierno no pueda extenderse a otras áreas que la ley reglamentada no ha establecido.

Y como las Cajas de Compensación Familiar están sometidas al régimen tributario contenido en la Ley 75 de 1986, *con respecto a los*

ingresos provenientes de las actividades industriales y de mercadeo, al tenor de su artículo 32, para estas actividades están obligadas a llevar la contabilidad conforme a las disposiciones del Código de Comercio, siéndoles aplicable en tal forma el Decreto 2160 de 1986, reglamentario de los artículos 50 y 2035 de dicho Código, que disponen:

> Artículo 50. La contabilidad solamente podrá llevarse en idioma castellano, por el sistema de partida doble, en libros registrados, de manera que suministre una historia clara, completa y fidedigna de los negocios del comerciante, con sujeción a las reglamentaciones que expida el Gobierno.
>
> Artículo 2035. El Gobierno nacional, en ejercicio de la potestad que le confiere el ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional, podrá reglamentar las disposiciones de este Código globalmente o por títulos, capítulos, secciones o materias.

Por consiguiente, la Sala responde que el Decreto 2160 de 1986 (vigente desde el 1º de enero de 1988, por mandato del Decreto 3729 del mismo año), es aplicable a las Cajas de Compensación Familiar para las actividades industriales y de mercadeo.

Transcríbase al señor Ministro del Trabajo y Seguridad Social, 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.

TRIBUNAL DE ETICA MEDICA. Naturaleza jurídica.

La naturaleza jurídica de los Tribunales de Etica Médica, a pesar de que su creación es legal, es de carácter especial y cumple una función pública, con la permanente participación del Estado en algunos aspectos.

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

Consejero ponente: *Doctor Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia: Consulta. Radicación número 248. Tribunales de Etica Médica y régimen legal aplicable—.

El doctor Luis H. Arraut Esquivel, Ministro de Salud, con fundamento en las consideraciones que expone, y con el fin de que el funcionamiento de los Tribunales de Etica Médica no se vea afectado por la multiplicidad de interpretaciones que existen por falta de claridad jurídica, formula a la Sala la consulta que comprende las siguientes preguntas:

Primera. Cómo deben entenderse e identificarse la naturaleza jurídica de los Tribunales de Etica Médica creados por la Ley 23 de 1981?

Segunda. Teniendo en cuenta su naturaleza jurídica y a la luz del Decreto-ley 1050 de 1968, los Tribunales de Etica Médica forman parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público? Cuáles son los efectos jurídicos de la situación en que se encuentran de acuerdo con el concepto del honorable Consejo de Estado?

Tercera. Cuál es el régimen legal aplicable a los miembros de los Tribunales de Etica Médica y a su personal auxiliar asalariado, tanto desde el punto de vista del servicio como del de las prestaciones sociales a que tenga derecho?

Cuarta. Teniendo en cuenta el artículo 91 de la Ley 23 de 1981, ya transcrito, pueden el Tribunal Nacional o los Tribunales Seccionales crear prestaciones sociales especiales?

Quinta. Puede el Ministerio de Salud crear prestaciones sociales especiales para los servidores asalariados de los Tribunales de Etica Médica?

Sexta. Es aplicable a los Tribunales de Etica Médica el Decreto-ley 222 de 1983 sobre contratación administrativa? Si no fuere aplicable por cuáles normas se rige su contratación?

Séptima. A qué disposiciones legales debe someterse el manejo del presupuesto de los Tribunales de Etica Médica, si se tiene en cuenta que está vinculado al presupuesto nacional y, en algunos casos, los Servicios Seccionales de Salud de los Departamentos apoyan presupuestalmente el funcionamiento del correspondiente Tribunal Seccional?

Octava. Tiene el Presidente de cada uno de los Tribunales de Etica Médica la representación legal del respectivo Tribunal, o únicamente la tiene para todos los efectos y en relación con la totalidad de los Tribunales, el Presidente del Tribunal Nacional?

Novena. A quién corresponde la función de ordenación del gasto de los Tribunales de Etica Médica?

Décima. Puede el Tribunal Nacional de Etica Médica, a fin de dar orden administrativo al funcionamiento de la totalidad de los Tribunales, ejercer sobre éstos vigilancia y control y dictar su propio reglamento interno aunque la ley no lo haya facultado expresamente para ello? En caso afirmativo cuál sería la comprensión general del reglamento y requeriría para su validez la aprobación de alguna instancia administrativa?

Décimaprimera. Las providencias que dicten los Tribunales de Etica Médica, cuando se encuentren legalmente ejecutoriadas pueden ser demandadas ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo? Para tales efectos cuáles son las normas de competencia aplicables si se tiene en cuenta que ante el Tribunal Nacional sólo son apelables algunas de las providencias sancionatorias de los Tribunales Seccionales?

La Sala considera y responde:

1. Los Tribunales Nacionales y Seccionales de Etica Médica fueron creados, respectivamente, por los artículos 63 y 67 de la Ley 23 de 1981, con competencia para conocer de los procesos disciplinarios ético-profesionales que se presenten en relación con el ejercicio de la medicina en el país.

2. El Tribunal Nacional de Etica Médica está integrado por cinco 5) miembros, elegidos por el Ministerio de Salud, de una lista de ndidatos propuestos por la Federación Médica Colombiana, la Aca- ia Nacional de Medicina y las Facultades de Medicina legalmente adas, elección que se realizará para un período de dos años pu- los miembros ser reelegidos (arts. 64 y 66 *ibídem*).

3. Los Tribunales Seccionales funcionan en cada departamento, intendencia y comisaría (art. 67), cada uno de ellos integrado por cinco (5) médicos, elegidos por el Tribunal Nacional de Etica Médica, para períodos de dos (2) años, con posibilidad de ser reelegidos; estos nombramientos deben ser aprobados por el Ministerio de Salud (arts. 70 y 72).

4. El artículo 73 de la citada ley dispone que: "Los Tribunales Etico-profesionales, en ejercicio de las atribuciones que se les confiere mediante la presente ley, cumplen una función pública, pero sus integrantes por el solo hecho de serlo no adquieren el carácter de funcionarios públicos".

5. En la ponencia en primer debate en la Cámara de Representantes del Proyecto de la Ley 23 de 1981, se sostuvo que el Estado debía participar, a través del Ministerio de Salud, en la conformación de los mencionados Tribunales y que "no podría ser de otra manera, ya que, por mandato constitucional, los Tribunales creados por la ley, administran justicia, y aunque en el presente caso se trata de un régimen disciplinario, la jurisdicción y la competencia debía corresponder a una investidura que se otorgue con la *participación del Estado*" (subraya la Sala) (Historia de las Leyes, segunda época, T. I, año 1981, pág. 544).

6. De conformidad con el artículo 91 de la citada ley, el Ministerio de Salud, "oído el concepto de la Federación Médica Colombiana, señalará la remuneración que corresponde a los miembros de los Tribunales Etico-profesionales y demás personal auxiliar".

7. Según lo previsto por el artículo 92 de la Ley 23 de 1981, el Gobierno nacional debe incluir en el proyecto de presupuesto de gastos de cada vigencia las partidas necesarias para cubrir los gastos que se presenten en desarrollo del cumplimiento de lo dispuesto por la ley citada.

8. Del estudio de la Ley 23 de 1981 y de su historia, se deduce que el legislador quiso crear una entidad seria y respetable que tuviera como función el control de la ética-médica de los profesionales de la medicina en el país, *con participación* del Estado; participación que se manifiesta en el aporte económico o presupuestal, la designación de miembros, y la tutela sobre algunas decisiones disciplinarias.

El legislador entendió que aunque la función disciplinaria de la ética-médica es de carácter público, puede ser ejercida por particulares con la participación adecuada del Estado, que garantice la imparcialidad y la respetabilidad que son necesarias en esta clase de actividades, en donde están en juego la competencia y el profesionalismo de los médicos de Colombia, y es así, como en el citado artículo 73 de la Ley 23 de 1981 se prevé que los Tribunales de Etica

Médica, cumplen una función pública, "pero sus integrantes por el solo hecho de serlo no adquieren el carácter de funcionarios públicos".

9. En este orden de ideas, debe entenderse que los Tribunales de Etica Médica son entidades de orden legal, pero que no están incorporadas a la administración pública, toda vez que el legislador se refirió a una *participación* del Estado en su funcionamiento y en su integración, de ninguna manera hizo mención a que estos organismos, fueran dependencias del Ministerio de Salud, ni tampoco que tuvieran el carácter de establecimientos públicos del orden nacional, departamental, intendencial, o comisarial. El origen legal de los citados Tribunales tuvo como finalidad que éstos no quedaran bajo el control y discrecionalidad de los particulares, circunstancia que haría posible, que se perdiera la esencia del control y del juzgamiento en relación con el cumplimiento de las normas de ética-médica.

Por lo mismo, con la Ley 23 de 1981 no organizó los Tribunales de Etica Médica como establecimientos públicos ni dependencias del Ministerio de Salud, no cabe duda que son entidades de carácter especial con participación y vigilancia del Estado, a través del Ministerio de Salud, que cumplen una función pública. En el aspecto económico tiene auxilio del Estado, toda vez que, el Gobierno nacional debe incluir partidas en el presupuesto de cada vigencia para darle cumplimiento a lo ordenado en la mencionada ley. El Ministerio de Salud podrá solicitar a los Tribunales de Etica Médica una relación de sus necesidades económicas para tener una base de la cuantía de las partidas que deben incluir en su proyecto de presupuesto. En la debida oportunidad se efectuarán los correspondientes giros a cada uno de los Tribunales de Etica Médica que los deberán invertir de conformidad con lo dispuesto por el Ministerio de Salud.

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala responde los interrogantes planteados por el señor Ministro de Salud, en el mismo orden de la consulta:

Primera. La naturaleza jurídica de los Tribunales de Etica Médica, a pesar de que, su creación es legal, es de carácter especial y cumplen una función pública, con la permanente participación del Estado en cuanto hace relación al presupuesto, la designación de miembros y la revisión de algunas decisiones disciplinarias.

Segunda. Los Tribunales de Etica Médica no forman parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público, son entidades u organismos especiales, de origen legal, que están sometidos al Gobierno nacional con el objeto de que se cumpla a cabalidad con las finalidades previstas en la Ley 23 de 1981. Tiene una atribución disciplinaria que debe ajustarse al procedimiento previsto en la citada ley.

Tercera. El régimen laboral aplicable a los miembros de los Tribunales de Etica Médica es el previsto en el Código Sustantivo del

Trabajo para los empleados particulares. Respecto del personal auxiliar el régimen jurídico depende del procedimiento de vinculación, es decir, que puedan ser trabajador particular, trabajador oficial o empleado público.

Cuarta. De conformidad con la respuesta anterior, se tiene que, las prestaciones de todas las personas que están vinculadas laboralmente a los Tribunales de Etica Médica son las previstas en el Código Sustantivo del Trabajo para los trabajadores particulares y es al Congreso de la República al que corresponde modificar dichas disposiciones (atribución 2ª, art. 76 de la C. N.).

Quinta. El Ministerio de Salud está facultado por el artículo 91 de la Ley 23 de 1981 para fijar únicamente la remuneración de los miembros y del personal auxiliar de los Tribunales de Etica Médica, de tal manera que, no debe entenderse, que pueda crear prestaciones sociales especiales para dichos servidores, y esta facultad le corresponde al legislador, como ya se dijo, y está expresada en el Código Sustantivo del Trabajo.

Sexta. Los Tribunales de Etica Médica carecen de capacidad para contratar porque no tienen personería jurídica. En consecuencia, no les es aplicable el Decreto-ley 222 de 1983 sobre contratación administrativa, ni ningún otro estatuto contractual.

Séptima. En relación con el aspecto presupuestal, los Tribunales de Etica Médica deben sujetarse a lo dispuesto por el Ministerio de Salud, que es la entidad encargada de efectuar los aportes correspondientes para cubrir los gastos que se presenten por el funcionamiento de dichos Tribunales. Respecto de los auxilios de las entidades territoriales, estas deben, de igual manera, determinar la forma de efectuar los gastos. Además, la Contraloría General de la República y las Contralorías, de las entidades territoriales que hayan concedido auxilios, ejercerán el control fiscal de los mencionados Tribunales (art. 2º de la Ley 20 de 1975).

Octava. Se reitera que los Tribunales de Etica Médica carecen de personería jurídica. Por tanto, ni el Presidente del Tribunal Nacional, ni los Presidentes de los Tribunales Seccionales, tienen la representación jurídica del respectivo Tribunal. Sin embargo, cada Presidente representa la entidad en los actos sociales y culturales y en sus relaciones con entidades públicas y privadas.

Novena. El ordenador del gasto en cada Tribunal de Etica Médica es el Presidente.

Décima. El Ministerio de Salud ejerce la vigilancia y control de los Tribunales de Etica Médica, con el objetivo de velar por el cumplimiento de lo ordenado en la Ley 23 de 1981, porque como se anotó, el legislador quiso darle seriedad y respetabilidad a la función disci-

plinaria relativa a la ética médica en Colombia, con la participación del Estado, a través del Ministerio mencionado. En igual forma, el reglamento interno de funcionamiento de dichos Tribunales debe ser aprobado por el Ministerio de Salud. De lo anterior se desprende que el Tribunal Nacional de Etica Médica no puede expedir reglamentos relativos a la vigilancia y control de los Tribunales Seccionales.

Décimaprimera. Tal como lo prevé el artículo 73 de la Ley 23 de 1981, los Tribunales mencionados "cumplen una función pública", disposición que debe armonizarse con el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo en cuanto dispone que la Jurisdicción Contencioso Administrativa conocerá de "las controversias originadas en actos y hechos administrativos de las entidades públicas, y de las privadas cuando cumplan funciones públicas".

De tal manera que, las providencias o decisiones que profieran los Tribunales de Etica Médica en relación con los procesos disciplinarios de su competencia, pueden ser demandadas ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, toda vez que son actos administrativos dictados por una entidad especial en cumplimiento de una función pública, conforme a las reglas de competencia y de procedimiento contenidas en el Código Contencioso Administrativo (Decreto-ley 01 de 1984).

En los anteriores términos, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado *absuelve* la consulta planteada por el doctor Luis H. Arraut Esquivel Ministro de Salud.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

INCOMEX. SUBSIDIO DE ALIMENTACION. PAGO.

El reconocimiento y pago del auxilio de alimentación de los empleados vinculados al INCOMEX, debe ceñirse estrictamente a lo prescrito por el artículo 103 del Decreto-ley 1042 de 1978.

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. Funcionarios del INCOMEX —pago del subsidio de alimentación—.

Radicación número 256.

El doctor Carlos Arturo Marulanda Ramírez, Ministro de Desarrollo Económico formula a la Sala la siguiente consulta:

Mediante Resolución 1484 de noviembre 23 de 1976, el Director del INCOMEX reconoció un subsidio de alimentación de $ 60.00 por día completo laborado y para todos los funcionarios de la entidad.

Posteriormente el Decreto-ley 1042 de 1978 determinó en su artículo 51, el pago de dicho subsidio a algunos funcionarios de la Rama Ejecutiva del orden nacional en cuantía de $ 5.00 diarios y dispuso en su artículo 103, que aquellas entidades que antes de 20 de abril de 1978, y en virtud de disposiciones anteriores a dicha fecha estuvieren reconociendo y pagando a sus empleados algunos factores salariales, en cuantía superior, continuarían *"liquidando dichos factores sin variación alguna"*.

Luego en virtud de sucesivos decretos con fuerza de ley, el Gobierno nacional ha venido incrementando la cuantía de dichos subsidios, que actualmente se encuentran en la suma de $ 2.750.00 mensuales —aproximadamente $ 137.50 diarios, sobre una base de 20 días laborados por mes— y el INCOMEX siguiendo las previsiones de *conservación de la liquidación* determinadas por el citado artículo 103 del Decreto de 1978, determinó tal factor salarial hasta 1983, en sumas que oscilan entre los $ 150.00 y los $ 250.00 diarios, de acuerdo con los distintos niveles salariales, cuantías que se han mantenido en

las resoluciones posteriores que han adecuado las bases de su asignación a las variaciones de los niveles salariales.

Hoy en día, el sindicato de los funcionarios de la entidad ha solicitado a la Administración la elevación de dicho subsidio, para actualizarlo conforme a los valores reconocidos por el Instituto a 20 de abril de 1978, por lo cual se pregunta a la honorable Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado si con base en el artículo 103 del Decreto 1042 de 1978, visto que el INCOMEX tenía establecidas unas cuantías superiores para el pago del subsidio de alimentación a todos sus funcionarios, con base en disposiciones anteriores al 20 de abril de 1978, puede el Director de la entidad reajustar el monto del subsidio actualmente reconocido o si por el contrario, dicha norma congela —valga el término— estas cuantías superiores, hasta su equiparación con los aumentos generales del factor, que determine el legislador ordinario o extraordinario.

Y en segundo lugar se pregunta, si, en caso de que esa honorable Sala considere que el artículo 103 del Decreto 1042 de 1978, soporta dos interpretaciones, a saber, la *conservación de las cuantías* superiores y la *conservación de las proporciones de liquidación* de algunos factores salariales, puede el Director del INCOMEX, aplicando el principio de la favorabilidad de interpretación en materias laborales, que consagra el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo, extensivo al derecho laboral administrativo conforme a la doctrina y a la jurisprudencia (Derecho Administrativo Laboral, Diego Younes Moreno, Editorial Temis, Bogotá, 1985, páginas 74 y 90) elevar el monto o cuantía del actual subsidio reconocido en la entidad, para actualizarlo con los procesos devaluativos registrados anualmente y reestablecer el nivel de liquidación existente a 20 de abril de 1978.

La Sala considera y responde:

1. El Decreto-ley 1042 de 1978, por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de empleos de la Administración Nacional y se fijan las escalas de remuneración, dispone en su artículo 51 que las entidades a las cuales se aplica este decreto "reconocerán y pagarán a aquellos de sus empleados que tengan una asignación básica igual o inferior al doble del sueldo fijado para el grado 01 de la escala de nivel operativo, un subsidio de alimentación de cinco pesos diarios, siempre que trabajen en jornada contínua". Cuando la entidad suministre la alimentación a los empleados no habrá lugar a dicho auxilio.

2. El artículo 103 del mencionado Decreto-ley establece que los organismos que antes de 20 de abril de 1978 venían reconociendo y pagando a sus empleados algunos de los factores de salario señalados

en el artículo 42 del mismo decreto pero en cuantías superiores a las establecidas en el mismo "continuarán liquidando dichos factores sin variación alguna".

3. El artículo 42 de Decreto-ley 1042 de 1978, define los factores de salario como "las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución a sus servicios". Además señala taxativamente los factores de salario previstos para los empleados públicos, entre los cuales se encuentra el auxilio de alimentación.

4. El auxilio de alimentación se considera un factor de salario, por lo mismo le es aplicable la disposición contenida en el artículo 103 del Decreto-ley 1042 de 1978, es decir que las entidades que desde antes de 20 de abril de 1978 venían reconociendo auxilio de alimentación a sus empleados en cuantía superior a la prevista por el artículo 52 del Decreto-ley 1042 de 1978 debieron continuar liquidándolo sin variación alguna.

5. En el caso planteado por el señor Ministro de Desarrollo Económico relacionado con el INCOMEX se tiene que: Esta entidad en el año 1976 reconoció un auxilio de alimentación a sus empleados en cuantía igual a sesenta pesos ($ 60.00) diarios, y posteriormente el Decreto-ley 1042 de 1978 fijó dicho auxilio en cinco pesos ($ 5.00) diarios, determinando que las entidades que venían reconociendo y pagando una suma superior debían continuar liquidando "dichos factores sin variación alguna", por lo tanto, INCOMEX tuvo que seguir liquidando el auxilio de alimentación a sus empleados en cuantía igual a sesenta pesos ($ 60.00) hasta cuando las normas generales fijaron, para dicho auxilio, una suma superior a ésta.

6. Sobre este aspecto la Sala considera que, el Director del Instituto Colombiano de Comercio Exterior —INCOMEX—, no tiene facultad para efectuar reajustes sobre las cuantías de los factores de salario, toda vez que, ésta es una atribución exclusiva del legislador, que no puede ser ejercida por ningún funcionario al servicio del Estado.

Por lo tanto el reconocimiento y pago del auxilio de alimentación de los empleados vinculados al INCOMEX debe ceñirse estrictamente a lo previsto por el artículo 103 del Decreto-ley 1042 de 1978 y mantener la misma cuantía que se pagaba antes de 20 de abril de 1978 hasta que la ley fije una suma superior para dichos auxilios.

De tal manera que, si se aplica una forma distinta de liquidación, como por ejemplo: Tener en cuenta los procesos devaluativos registrados anualmente para elevar las cuantías del mencionado auxilio, se estaría incurriendo en conductas ilegales que por lo mismo, invadirían la órbita de competencia del legislador.

En los anteriores términos la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado *absuelve* la consulta planteada por el señor

Ministro de Desarrollo Económico doctor Carlos Arturo Marulanda Ramírez, en relación con el reconocimiento y pago a los funcionarios del INCOMEX de la cuantía por concepto de subsidio de alimentación.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

ICT. DIRECTOR. Facultades. PERMISOS SINDICALES.

Los permisos sindicales pactados en convención colectiva de trabajo, válidamente celebrada entre el ICT y el sindicato de sus trabajadores oficiales, deben concederse o denegarse, según el caso, por el director del Instituto como representante legal de la entidad y patrono de los trabajadores.

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

Consejero ponente: *Doctor Humberto Mora Osejo.*

Referencia: Consulta del Ministerio de Desarrollo Económico, sobre régimen aplicable a los trabajadores oficiales del Instituto de Crédito Territorial, referente a permisos sindicales para viajar al exterior.

Radicación número 250.

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

"Para el Instituto de Crédito Territorial es de especial interés conocer el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del honorable Consejo de Estado sobre la consulta que se formula a continuación:

"Antecedentes:

"El Instituto de Crédito Territorial celebró con el sindicato de trabajadores oficiales del mismo, una convención colectiva de trabajo, vigente entre el 1º de septiembre de 1986 y el 31 de agosto de 1988, cuya copia acompaño.

"En el Capítulo IV: 'DERECHOS SINDICALES', se convino en la cláusula quinta referente a 'permisos sindicales remunerados', cuyo inciso segundo determina concederlos, entre otras, 'para asistir a cursos o congresos sindicales de carácter internacional, limitando estos permisos a un máximo de 90 días por persona a un número no superior a 3 personas'. Y en el parágrafo 1º se previó que no habría reconocimiento de viáticos 'cuando las organizaciones que los promuevan incluyen estos reconocimientos en la invitación'.

"El Presidente del sindicato contratante fue invitado a un Congreso Sindical Internacional y el Instituto le concedió el permiso remunerado con el sueldo que devengaba y le pagó el valor de los pasajes y viáticos, ya que en la invitación no estaban incluídos, en cumplimiento de la obligación contractual contraída en la citada cláusula de la convención.

"Procedió así el Instituto en consideración a que la convención colectiva de trabajo es un contrato celebrado entre el 'patrono y sus trabajadores (o su sindicato), oficiales o particulares, regida por el Código Sustantivo del Trabajo' (arts. 3º, 414, 467, 468 y concordantes) y por el artículo 7º, inciso 2, del Decreto 1848 de 1969, por lo cual se abstuvo de dar aplicación a los Decretos 2771 de 8 de noviembre de 1984 y 3333 de 24 de octubre de 1986, referentes a las 'comisiones' que, por razón del servicio en cuanto interesen directamente a la administración pública, confiere ésta a 'empleados oficiales', conforme lo prevén los artículos 75 a 91 del Decreto 1950 de 1973 y los mencionados 2771 y 3333, que modifican aquél en parte.

"Pero como dicha conducta del Instituto ha sido cuestionada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, no obstante opinión favorable del Trabajo y Seguridad Social (cuyos conceptos adjunto), respetuosamente formulo a esa Sala la siguiente.

"Consulta:

"Los permisos sindicales pactados en convención colectiva de trabajo, válidamente celebrada entre una entidad descentralizada (Instituto de Crédito Territorial, para el caso) y el sindicato de sus trabajadores oficiales, o éstos, para que a alguno o algunos de ellos les sea dable asistir a un curso o Congreso Sindical Internacional a que han sido invitados, puede concederlos directamente el representante legal de dicha entidad en su carácter de 'patrono' de sus trabajadores o corresponde otorgarlos a los funcionarios señalados en los Decretos 2771 de 1984 y 3333 de 1986 con las formalidades establecidas en ellos, que hacen relación a 'comisiones de estudios en el exterior y a comisiones de servicio en el exterior' de 'empleados oficiales' ".

La Sala considera:

1º Los permisos sindicales, que están contemplados en los artículos 57, ordinal 6º, 59, ordinal 4º, 388, número 2, y 622, número 3, del Código Sustantivo del Trabajo, tienen por objeto permitirle al trabajador el cumplimiento de sus deberes sindicales, como parte del derecho de asociación que, para patronos y trabajadores, reconoce la ley.

2º En el caso que es objeto de la consulta, mediante la cláusula 5ª de la convención colectiva de trabajo, celebrada entre el Instituto

de Crédito Territorial y sus trabajadores, se convino que aquél "concederá permisos sindicales remunerados, pasajes y viáticos por 40 días o 360 horas laborales al año para desempeñar comisiones sindicales a juicio de la Junta Directiva Nacional del Sindicato". Este plazo puede adicionarse en cinco días más, "a juicio de la subgerencia administrativa, previa justificación, a solicitud de la Junta Directiva Nacional del Sindicato".

Así mismo se convino que el Instituto de Crédito Territorial también "concederá permisos remunerados, para asistir a cursos o congresos sindicales de carácter nacional o internacional, limitando estos permisos a un máximo de 90 días por persona a un número no superior a tres". El parágrafo 1º agrega que "para cursos y congresos sindicales de carácter internacional se exceptúa el reconocimiento de pasajes y viáticos, cuando las organizaciones que los promueven incluyen estos reconocimientos en la invitación".

3º La consulta tiene por objeto determinar si los permisos sindicales, estipulados en la cláusula 5ª de la convención colectiva de trabajo, pueden ser concedidos directamente por el Director del Instituto de Crédito Territorial, en su condición de patrono, o si deben ser otorgados por los empleados señalados por los Decretos 2771 de 1984 y 3333 de 1986, mediante el cumplimiento de las formalidades que al efecto prescriben.

La Sala considera que los permisos sindicales de que se trata, estipulados en la cláusula 5ª de la convención colectiva de trabajo, constituyen una obligación del Instituto de Crédito Territorial, siempre que el Sindicato Nacional de Trabajadores cumpla lo que le corresponde; por consiguiente, los permisos sindicales deben concederse o denegarse, según el caso, por el Director del Instituto de Crédito Territorial, como representante legal de la entidad y patrono de los trabajadores.

Los Decretos 2771 de 1984 y 3333 de 1986 versan sobre las comisiones de estudio y de servicio en el exterior para empleados oficiales, no sobre los permisos sindicales que pueden concederse a los mismos y, por lo mismo, no les son aplicables. De ahí que el Instituto de Crédito Territorial se haya obligado, en la cláusula 5ª de la convención colectiva de trabajo, a concederlos directamente, en la forma estipulada, sin la intervención de empleados o funcionarios ajenos a la entidad.

La analogía, según el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, es un principio que permite, a falta de disposición que contemple directamente un determinado problema jurídico, resolver con fundamento en la que regule materia semejante. Pero, por una parte, la ley (arts. 57, ordinal 6º, 59, ordinal 4º, 388, número 2, y 422, número 3, del Código Sustantivo del Trabajo) y específicamente la cláusula 5ª de la convención colectiva de trabajo prescriben que el patrono debe

conceder los permisos sindicales; por lo mismo no existe, a este respecto, un vacío normativo que deba llenarse con la disposición que regule materia semejante; además, en la hipótesis de que fuere necesaria la analogía, los permisos sindicales son muy diferentes de las comisiones de estudio y de servicio y, por lo mismo, los Decretos 2771 de 1984 y 3333 de 1986, que regulan la manera de conferir éstas, no podrían aplicarse a aquéllas.

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,* Con aclaración de voto; *Javier Henao Hidrón, Jaime Paredes Tamayo,* Con aclaración de voto.

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

ICT. PERMISOS SINDICALES (Aclaración de voto).

Los empleados o funcionarios que pertenecen a los cuadros permanentes de la administración pública, condición que comprende a los trabajadores oficiales, pueden obtener permiso con goce de sueldo hasta por tres (3) días, cuando medie justa causa. Y concederlo es atribución de la entidad a cuyo servicio estén vinculados, hasta por el término compatible con el goce de sueldo.

Referencia: Consulta del Ministro de Desarrollo Económico.

Radicación número 250.

Como aclaración indispensable del concepto de la referencia, consideramos ineludibles consignar la siguiente, en términos generales, sin perjuicio de la regulación de los decretos citados por el señor Ministro de Desarrollo Económico en su consulta:

El cumplimiento de funciones administrativas de un establecimiento público está sujeto a la ley que lo creó y a sus estatutos y no podrá cumplir alguna distinta de las ahí previstas como tampoco desarrollar actividad o ejecutar actos ajenos a su fin. Pero función no atribuída expresamente a otra autoridad, relacionada con la organización y funcionamiento de la entidad, corresponde cumplirla al Gerente, además de las que le señalen la ley y los estatutos.

Y es acto administrativo el que realice para el cumplimiento de la función administrativa confiada por la ley.

El régimen de personal de los establecimientos públicos se inserta dentro de las normas de carácter general correspondientes a la reestructuración de tales organismos, consignadas en el Decreto 1050 de 1968, de cuya aplicación sólo prescinden los Ministerios de Relaciones y Defensa (art. 35, parágrafo) y complementados por el Decreto 3130 del mismo año.

Y la dirección, vigilancia y control del personal y de la ejecución de sus funciones corresponde al Gerente en su carácter de agente del Presidente de la República. Como la orientación, coordinación y control de cada establecimiento, corresponde al Ministerio al cual se encuentre vinculado.

Como relación de derecho individual de trabajo entre la Administración Pública y los trabajadores de ferrocarriles, empresas, obras públicas y demás servidores del Estado, la pertinente a la prestación contínua y regular del servicio por parte de aquéllos, se rige por estatutos especiales a cuyo régimen la remitió el artículo 4º del Código Sustantivo del Trabajo.

Y se considera incorporada al contrato de trabajo de los trabajadores oficiales toda disposición legal, independientemente de la fecha de celebración de aquél y de su favorabilidad, porque el régimen de derecho público del servicio prevalece sobre el régimen contractual de vinculación.

Los servidores públicos, sea que trabajen en los organismos principales de la Administración, en establecimientos públicos, en empresas estatales o en sociedades de economía mixta, son, genéricamente, "empleados oficiales", constituyen así el sector oficial en contraste con el sector privado y tienen naturalmente los derechos y prestaciones que la ley señala para los servidores del sector público. El empleado oficial puede estar vinculado a la Administración Pública Nacional por una relación legal y reglamentaria, que conlleva nombramiento y posesión del respectivo cargo, o por un contrato de trabajo, pero, en ambos casos, *se trata de una relación de derecho público, con todo lo que ello implica, y no de derecho privado* (Sentencia del Consejo de Estado —Sala Plena— de 8 de abril de 1970) (Subraya la Sala).

Asimiló la jurisprudencia transcrita, en términos comprensivos de todo el sector público, el mismo criterio expresado por el artículo 1º del Decreto 1732 de 1960, conforme al cual "se consideran funcionarios o empleados de la Rama Ejecutiva del Poder Público, para los efectos previstos en los artículos 4º y 5º de la Reforma Constitucional que recibió su aprobación en el Plebiscito de 1º de diciembre de 1957, todas las personas naturales que prestan de manera regular sus servicios en funciones o empleos permanentes no adscritos a Rama distinta, creados o autorizados por la ley y remunerados por el Estado en cualquiera de sus administraciones centrales o seccionales y en los establecimientos públicos, bien que estos empleados estén frente a la administración en una situación estatutaria o vinculados a ella por un contrato de trabajo. Los empleados civiles de la Rama Ejecutiva integran el servicio civil de la República".

Y el referido criterio lo tiene asimilado esta Sala de Consulta desde cuando absolvió al señor Ministro de Gobierno cuestión relativa a participación en actividades políticas de carácter partidista para efectos disciplinarios de los trabajadores oficiales (Radicación 2038, concepto de 1º de marzo de 1984, Consejero ponente: Doctor Jaime Paredes Tamayo. Con salvamento de voto del Consejero doctor Humberto Mora Osejo).

Consideró entonces la Sala:

La determinación de la estructura de la administración nacional mediante la creación de ministerios, departamentos administrativos y establecimientos públicos, y la de "las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, así como el régimen de las prestaciones sociales", es regulación independiente y autónoma de la relativa a deberes y derechos de los servidores del Estado en cualquiera de sus organismos centralizados, vinculados o adscritos.

Porque la definición de la naturaleza jurídica de las personas vinculadas al servicio público, así como el conjunto de sus deberes y derechos está determinada por la naturaleza de ese servicio que, siendo público, determina, a su vez, *la naturaleza* de la vinculación de sus servidores, cualquiera sea su forma.

Cuando la Constitución Política, sin prevalerse de definiciones y clasificaciones, indistintamente habla de "funcionarios públicos" (art. 2º); "agentes" (art. 21); "empleo" (arts. 63 y 76, ordinal 9º) y, "empleos que demande el servicio" (art. 120, ordinal 21), está asumiendo unívocamente el carácter de los servidores del Estado, para efectos de deducirles como causal de mala conducta, su participación en las actividades de los partidos y en las controversias políticas y prefijando los alcances de la definición legal de los delitos contra el sufragio y contra la administración pública. La sanción disciplinaria con la pérdida del "empleo" que prevé el artículo 9º de la Ley 28 de 1979, tal como quedó con la modificación del artículo 1º de la Ley 85 de 1981, sería írrita, no obstante estar prevista por la propia Constitución, la causal de mala conducta y la sanción que le corresponde, al margen de la clasificación legal de los servicios públicos.

Tampoco para efectos laborales decae un criterio de interpretación constitucional sostenido armónicamente por las dos Salas del Consejo de Estado, ya que constituye fundamento a su vez, de la aplicación del Decreto-ley 2400 de 1968 a los servidores oficiales y en particular, del derecho a permiso remunerado en su favor, consagrado en el artículo 21.

El permiso determina una situación administrativa para el servidor oficial, de conformidad con el artículo 18 del mismo decreto, situación inherente al carácter de la vinculación del trabajador oficial, de indispensable previsión por la ley, en cuanto a modalidad, término y procedimiento.

De la igualdad de categoría, proviene, además la igualdad de prerrogativas, remuneraciones y privilegios.

Los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, se aplican, de otra parte, a los trabajadores oficiales, sin perjuicio de lo que solamente

para ellos establezcan las convenciones colectivas o laudos arbitrales, celebrados o proferidos de conformidad con las disposiciones legales que regulan el derecho colectivo del trabajo.

Y al permiso remunerado a que se refiere el artículo 21 del Decreto 2400 de 1968 remite el artículo 10, parágrafo, del Decreto 1848 de 1969, cuando impone al "empleado" la obligación de solicitarlo si su incapacidad para trabajar no excede de tres (3) días.

La temporalidad del permiso tiene en la norma ratificación explícita al limitarse "hasta por tres días hábiles consecutivos", término improrrogable respecto de cada permiso cuyo motivo lo requiera en tal límite. No podía regularse la causa del permiso sino en razón de su justificación, factor subjetivo común para quien lo solicita o lo resuelve y del cual puede depender también el término de duración del mismo. En todo caso la apreciación de la causa determina la procedencia de todo permiso, pero su frecuencia no está sujeta a término o condición distinta de la prevista por la norma. Esta previsión excluye la posibilidad de acumular un permiso a otro como la de autorizarlo por más de tres días hábiles consecutivos.

Y no puede vincularse a la naturaleza de la causa que induce al permiso condición o término distinto de los determinados por el régimen o regulación de dicho permiso. La situación objetiva establecida con el efecto de colocar a una persona natural en una situación de servicio público, no está subordinada a la situación sindical del empleado y si entre una y otra se presenta conflicto los intereses sindicales del trabajador deben ceder ante los intereses generales conforme al artículo 30 de la Constitución Política.

La circunstancia de ser directivo sindical no excusa a los servidores del Estado de cumplir rigurosamente con sus obligaciones, ni al Gobierno de la obligación que le impone el precepto constitucional de asegurar la continuidad en los servicios públicos y la firmeza de las instituciones, vale decir de mantener el orden público y de responder por él.

La tesis contraria conduciría necesariamente a la imposibilidad de mantener la autoridad y el funcionamiento normal de la administración pública por mantener prerrogativas fuera de la ley o contra ella.

Con la regulación legal del permiso concurren los factores provenientes de regulaciones convencionales determinadas por la naturaleza del vínculo laboral existente entre la administración y los trabajadores oficiales, y tal concurrencia deriva del mismo Código Sustantivo del Trabajo, al vincular jurídicamente, los derechos laborales de los trabajadores oficiales a la libertad de asociación sindical, en los siguientes términos:

> "Artículo 416. Los sindicatos de empleados públicos no pueden presentar pliegos de peticiones ni celebrar convenios

colectivos, *pero los sindicatos de los demás trabajadores oficiales* tiene todas las atribuciones de los otros sindicatos de trabajadores, y sus pliegos de peticiones se tramitarán en los mismos términos que los demás, aun cuando no puedan declarar o hacer huelga".

Esta remisión al derecho colectivo del trabajo determina que normas como las provenientes de los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969 se apliquen 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 (Cfr. art. 10, parágrafo del Decreto 1848 de 1969, numeral 2º).

Pero la aplicación de los Decretos-ley 2400 y 3074 de 1968, que regulan la administración del personal civil de la Rama Ejecutiva del Poder Público, no está remitida a otro régimen, como la del prestacional, y por ello es directa e irrestricta, obligatoria y prevalente. Si resultare, pues, de disposiciones de una convención colectiva un ordenamiento distinto al del artículo 21 del Decreto 2400 de 1968; presupuesto de la cuestión planteada por el Ministro de Desarrollo Económico, la confrontación tiene que resolverse respetando, antes que los términos de la relación convencionalmente estipulada, los de la relación de derecho público establecida unilateralmente por el decreto.

Los empleados o funcionarios que pertenecen a los cuadros permanentes de la administración pública, condición que comprende a los trabajadores oficiales como personas naturales que atienden un conjunto reglamentado de funciones, pueden obtener permiso con goce de sueldo hasta por tres (3) días, cuando medie justa causa. Y concederlo es atribución de la entidad a cuyo servicio estén vinculados, hasta por el término compatible con el goce de sueldo, como está establecido. Pero permisos que superen ese límite, sin alterar el derecho a la remuneración, no pueden fijarse por convención colectiva, al margen de la ley, que es la que corresponde aplicar en primer término al trabajador oficial para todos los efectos dentro del ámbito propiamente administrativo y en estricta sujeción a un régimen de personal cuyos presupuestos generales son la situación de servicio activo, el derecho a remuneración por prestarlo y la vinculación a la entidad con tal fin. El Estado, en últimas, garantiza la separación del servicio hasta por tres (3) días, mediando justa causa, sin dejar de retribuir al trabajador como si lo prestase, y este término es insuperable para el propio Estado mientras la ley no lo autorice.

Pero los permisos sindicales que impliquen una exoneración de la obligación que tiene el trabajador de prestar sus servicios personales, desnaturalizan el contrato de trabajo y desvirtúan la relación de trabajo que se establece entre patrono y trabajador en ejecución de aquél y, tratándose de organismos o entidades del sector público, resultan contrarios a la ley.

La primera afirmación se fundamenta en que la prestación personal del servicio es elemento esencial y específico del contrato de trabajo, sin el cual éste degenera en un contrato diferente. El artículo 1º de la Ley 6ª de 1945 dice: "Hay contrato de trabajo entre quien *preste un servicio personal* bajo la continuada dependencia de otro, mediante remuneración y quien recibe tal servicio". A *contrario sensu,* si no hay prestación de servicios personales, no hay contrato de trabajo.

Por su parte el Decreto reglamentario 2127 de 1945, después de definir el contrato de trabajo dispone, en su artículo 2º:

"En consecuencia, para que haya contrato de trabajo se requiere que concurran estos tres elementos:

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

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

"c) El salario como retribución del servicio".

Para los trabajadores particulares el contrato de trabajo se halla definido en el artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo, y los elementos esenciales del mismo, de naturaleza específica, están señalados en el artículo 23 de dicho estatuto, no aplicable a los trabajadores oficiales, en cuanto a sus relaciones individuales de trabajo, de conformidad con lo dispuesto en sus artículos 3º, 4º y 492. Pero tanto el artículo 22 como el 23 de dicho código consideran el "servicio personal" o la "actividad personal" del trabajador como elemento esencial del contrato de trabajo.

Cabe advertir que al paso que el salario se debe pagar necesariamente, por mandato legal, en cuanto concurran los dos primeros elementos del contrato de trabajo o de la relación de trabajo dependiente, el tercer elemento, el salario y el de la continuada subordinación debe darse en la realidad para que uno y otra existan. O sea que sin la obligación de trabajar personalmente no hay contrato de trabajo y sin la actividad personal subordinada no hay relación de trabajo dependiente, como es obvio; existiendo el trabajo subordinado, hay la obligación de pagar salario. Este es la *contraprestación por un servicio personal de carácter dependiente.*

Obsérvese cómo el artículo 44 del Decreto 2127 de 1945 establece en su ordinal 4º, como lo hace el numeral 4º del artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo para los trabajadores particulares, que "el contrato de trabajo se suspende... por licencia o permiso temporal concedido por el patrono al trabajador..."

Cabe advertir que el Código Sustantivo del Trabajo no contiene en la parte que regula el derecho colectivo del trabajo para trabajadores particulares, empleados públicos y trabajadores oficiales, disposición alguna en materia de permiso sindical ni de ninguna otra clase. *Para los trabajadores particulares existe el numeral 6º del artículo 57 y para los oficiales los ordinales 7º y 8º del artículo 26 del Decreto 2127 de 1945. Téngase en cuenta que son permisos temporales para determinadas actividades, entre ellas, el desempeño de comisiones sindicales que, salvo convención en contrario, pueden dar lugar a descuentos de salarios o compensación en trabajo.*

Desde luego que un particular puede exonerar a un trabajador suyo de la obligación de prestar sus servicios personales, caso en el cual deja de serlo y la suma que le pague, aunque equivalente al salario, no lo es, pues éste tiene el indispensable carácter de una remuneración de servicios prestados.

Pero eso no es posible con dinero del Estado. No se puede pagar un sueldo, un salario, que no serían tales, ni una asignación ni, en general, periódicamente una suma de dinero, con fondos del Tesoro Público, como no sea en retribución del servicio.

Ciertamente las entidades oficiales pueden celebrar convenciones colectivas de trabajo para regular las condiciones de trabajo respecto de quienes están vinculados a ellas por contrato de trabajo. Pero la facultad de celebrar tales convenciones no implica la de violar la ley, pactando el pago de una remuneración permanente a quienes no prestan servicios al Estado ni están gozando de una pensión de invalidez o de jubilación o una asignación de retiro. Habría una desviación de dineros públicos para fines no previstos o autorizados en la ley. Implicaría una donación periódica y permanente de dineros públicos, de fondos que hacen parte del Tesoro Público, como los de los establecimientos públicos. En una convención colectiva puede establecer un régimen salarial o prestacional superior al establecido para los empleados públicos, pero en ningún caso el pago de sumas de dinero sin la prestación de servicios.

Jaime Betancur Cuartas, Jaime Paredes Tamayo.

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

EMPLEADO OFICIAL. REINTEGRO. PRESTACIONES SOCIALES. PAGO.

Si la entidad pública que debe dar cumplimiento a la sentencia, tiene prueba idónea de que la persona reintegrada estuvo vinculada a otra entidad pública y percibió por lo mismo, pagos equivalentes a sueldos y prestaciones, debe descontar de la liquidación esas sumas.

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

Consejero ponente: *Doctor Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia: Consulta. El reintegro, reconocimiento y pago de prestaciones sociales.

Radicación número 244.

El doctor Manuel Francisco Becerra Barney Ministro de Educación Nacional, formula a la Sala una consulta previas las textuales consideraciones:

1. Si un mandato judicial que ordena restablecer a un funcionario en su derecho violado y al reconocimiento y pago de todos los sueldos y prestaciones sociales dejados de devengar por el mismo, no estipula que para el efecto debe descontarse todo lo percibido en otra entidad de derecho público por parte del empleado reintegrado, mientras estuvo separado de la entidad que lo reintegra. ¿Puede esta última proceder de oficio a efectuar dicho descuento?

2. ¿Cuál es la naturaleza jurídica de las sumas canceladas por una entidad que reconoce a un funcionario reintegrado los sueldos y prestaciones dejados de devengar durante el tiempo que estuvo separado del cargo?

La Sala considera y responde:

1. Si la competente autoridad jurisdiccional contencioso administrativa ordena mediante sentencia que se reintegre al servicio, de una entidad pública, a una persona que había sido desvinculada, y además, que se le reconozca y pague todos los sueldos y prestaciones sociales

dejados de devengar durante el tiempo de separación del cargo, la entidad respectiva debe dar estricto cumplimiento a lo ordenado y proceder a efectuar: La liquidación y el pago correspondiente de los sueldos y prestaciones a que tenga derecho el empleado. Sin embargo, si la entidad pública que debe dar cumplimiento a la sentencia, tiene prueba idónea de que la persona reintegrada estuvo vinculada a otra entidad pública y percibió, por lo mismo, pagos equivalentes a sueldos y prestaciones, debe descontar de la liquidación esas sumas por dos razones a saber:

Primera. Porque la sentencia ordena reconocer y pagar las sumas de dinero por concepto de sueldos y prestaciones a que tenía derecho el empleado y no percibió, pero como dicho empleado recibió sumas equivalentes a sueldos y prestaciones del Tesoro Público, por haber estado vinculado a otra entidad pública, el descuento efectuado por la entidad que reintegra al empleado permite que la liquidación final refleje lo ordenado en la sentencia.

Segunda. Porque el artículo 64 de la Constitución Nacional dispone 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 lo que para casos especiales determinen las leyes. Entiéndase por Tesoro Público el de la Nación, los Departamentos, los Municipios". Esta norma fue reproducida por el artículo 32 del Decreto 1042 de 1978 que además, exceptuó de dicha prohibición las siguientes asignaciones:

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

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

c) Las que provengan de pensión de jubilación y del ejercicio de los cargos de Ministro de despacho, jefe de departamento administrativo, viceministro, subjefe de departamento administrativo, superintendente, secretario general del ministerio, departamento administrativo o superintendencia, director general de establecimiento público o de empresa industrial o comercial del Estado, secretario general de establecimiento público, miembro de comisiones diplomáticas no comprendidas en la respectiva carrera y secretario privado de los despachos de los funcionarios de que trata este ordinal, siempre que el valor conjunto de la pensión y del sueldo percibido en el cargo no exceda la remuneración fijada por la ley para los Ministros del despacho;

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

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

De tal manera que, la entidad pública que está obligada a realizar el pago de sueldos y prestaciones, al efectuar el descuento mencionado evita que se incurra en el pago de lo no debido y además, en que el empleado reintegrado perciba más de una asignación del Tesoro Público.

2. Las sumas canceladas a un empleado reintegrado, por concepto de sueldos y prestaciones dejados de percibir durante el lapso que estuvo desvinculado de la entidad, tienen el carácter o la naturaleza jurídica de restablecimiento del derecho, puesto que lo que ordena la sentencia proferida por la autoridad jurisdiccional: es el reintegro y el reconocimiento y pago de las sumas equivalentes a sueldos y prestaciones dejados de devengar. Es decir, que se anula el acto por medio del cual se desvinculó al empleado y las cosas deben volver al estado en que se encontraban antes de producirse dicho acto.

En los anteriores términos, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado *absuelve* la consulta formulada por el doctor Manuel Francisco Becerra Barney, Ministro de Educación Nacional.

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.

CORPOURABA. ESTATUTO DE PERSONAL. SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD. Efectos.

Si fueron generales y definitivos los efectos del fallo de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968, es indudable que la inexequibilidad solamente afectó hacia el futuro la norma declarada inconstitucional; por tanto el Acuerdo 41 de 1972 de la Junta Directiva de la Corporación Regional de Desarrollo de Urabá, contentivo del Estatuto de Personal, conserva su vigencia por cuanto en ese entonces, la norma que le servía de fundamento estaba vigente.

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

Consejero ponente: *Doctor Jaime Paredes Tamayo.*

Referencia: Consulta de la Jefe del Departamento Nacional de Planeación sobre: "Aplicabilidad del Estatuto de Administración de Personal de CORPOURABA.

Radicación número 235.

La Jefe del Departamento Nacional de Planeación envió a la Sala la consulta que se transcribe textualmente:

"1. Con fundamento en el artículo 38 del Decreto 3130 de 1968, que autorizaba a las Juntas o Consejos Directivos de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado, para elaborar, dentro de los doce meses siguientes a la fecha de expedición del Decreto citado, para aprobación del Gobierno, el estatuto de su personal, la Junta Directiva de la Corporación Regional de Desarrollo de Urabá, entidad hoy adscrita a este Departamento, expidió el Acuerdo número 41 de 4 de marzo de 1972, contentivo del Estatuto de Personal.

"2. Como es sabido el 13 de diciembre de 1972 la honorable Corte Suprema de Justicia declaró inexequible el artículo 38 del Decreto 3130 de 1968.

"3. El Acuerdo 41 de marzo 4 de 1972 de la Junta Directiva de CORPOURABA fue expedido, por consiguiente, después de haber transcurrido el plazo de doce meses señalado por el artículo 38 del Decreto 3130 de 1968 y sin que en ningún momento hubiera sido aprobado

por el Gobierno nacional tal y como lo disponía la misma norma. Además, el fundamento legal para su expedición fue declarado inconstitucional.

"4. La Corporación Regional de Desarrollo de Urabá, ha aplicado ininterrumpidamente el Acuerdo 41 de 1972 a su personal, a pesar de las circunstancias anotadas en el punto precedente.

"Dado lo expuesto, se pregunta específicamente a la honorable Sala de Consulta y Servicio Civil:

"a) Dadas las circunstancias explicadas de expedición del Acuerdo 41 de 1972 de la Junta Directiva de CORPOURABA, era jurídicamente posible que la Corporación procediera a su aplicación a partir de la fecha de su expedición y, más aún, que continuara ininterrumpidamente aplicándolo, inclusive después de la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968?;

"b) Puede hoy CORPOURABA abstenerse de aplicar a sus servidores las disposiciones del Acuerdo 41 de 1972, con fundamento en las circunstancias de su expedición y en la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968? y cuáles serían, en caso positivo, las consecuencias de esa decisión respecto de los derechos que el estatuto otorga a los empleados y trabajadores de CORPOURABA?;

"c) Tienen los servidores públicos actualmente vinculados a CORPOURABA derecho a que se les continúe aplicando las disposiciones del Acuerdo 41 de 1972 de su Junta Directiva?;

"d) En relación con los derechos ya reconocidos a servidores de la Corporación conforme a lo dispuesto por el Acuerdo 41 de 1972, pero diferentes o superiores a los consagrados legalmente para quienes están vinculados a los establecimientos públicos del orden nacional, qué comportamiento deben jurídicamente asumir las autoridades de la Corporación?".

Consideraciones:

Clasificada CORPOURABA dentro de la categoría de establecimiento público, su posibilidad de existencia y el ejercicio de su actividad se hallan condicionados por ordenamientos constitucionales y legales de alcance general y por sus estatutos, de alcance exclusivo.

El acto de creación de CORPOURABA —Ley 65 de 1968, art. 24—, limitado a tal cometido, sólo previó aportes de la Nación y del Departamento de Antioquia a fin de financiar inicialmente la Corporación y facultó al Gobierno para reglamentar su funcionamiento.

El Presidente de la República, "en uso de las facultades conferidas por la Ley 65 de 1968", expidió el Decreto 1100 de 1969 "por el cual

se reglamenta el funcionamiento de la Corporación Regional de Urabá, y se crea el Fondo de Regulación de Precios del Banano".

Como aspectos exclusivos de tal reglamentación quedaron determinados el carácter de establecimiento público de CORPOURABA y su adscripción al Ministerio de Agricultura (art. 1º), hoy el Departamento Nacional de Planeación, por virtud del Decreto extraordinario 127 de 1976, artículo 1º.

Los estatutos adoptados por la Junta Directiva de CORPOURABA mediante Acuerdo número 069 de 1973, fueron sometidos a aprobación del Gobierno nacional, que la impartió mediante Decreto número 908 de 1973. Así mismo, las reformas introducidas por Acuerdo número 105 de 1975 fueron aprobadas mediante Decreto 1189 del mismo año. Dichos estatutos incorporan, además de los aspectos exclusivos de la reglamentación dada por el Gobierno, los que a continuación se destacan como pertinentes de estas consideraciones:

Entre las funciones de la Junta Directiva y de ejercicio autónomo, figura la de "aprobar, improbar o modificar los acuerdos que le sean presentados por el Gerente General, tendientes a la mejor organización administrativa, a la creación de mecanismos de trabajo y control y al mejor cumplimiento de los planes y programas de la Corporación" (art. 23, ordinal 14).

Correlativa de la función descrita resulta ser la del Gerente General, primera autoridad ejecutiva de la institución y su representante legal, atribuída en los siguientes términos: "Presentar a la consideración de la Junta Directiva, los proyectos relacionados con organización interna de la Corporación y con las reformas administrativas o de los planes y programas que se requieran para el cumplimiento de los objetivos de la entidad" (art. 30, aparte g).

La entrada en vigencia de los estatutos ahora considerados data de 10 de mayo de 1973, cuando los aprobó el Gobierno mediante el citado Decreto 908 del mismo año y la de sus reformas, de 17 de junio de 1975, fecha de expedición del Decreto 1189 del mismo año, que les impartió aprobación.

Deducida la vigencia de los estatutos de CORPOURABA, que vienen regulando su organización y funcionamiento internos, no obstante su naturaleza exclusivamente administrativa, se confronta la vigencia del Acuerdo número 41, expedido el 4 de marzo de 1972 por el Presidente de la Junta Directiva de la Corporación, el Gerente General y el Secretario General, y que rige, según el artículo 328, a partir de la fecha de su aprobación por la Junta Directiva y requiere revisión del Gobierno nacional, "de acuerdo con las normas nacionales vigentes".

En un Estatuto de Personal "como el que quiso adoptarse mediante el Acuerdo 41, en uso de ... facultades legales estatutarias

de la Junta Directiva y en especial de las conferidas por los Decretos 2420 y 3130 de 1968 y por el Decreto 1100 de 1969, se descuenta el requisito de revisión del Gobierno nacional, ante la inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968, que exigía tal requisito y carece de toda trascendencia su expedición fuera del término señalado por el mismo artículo".

No obstante haber sido declarado inexequible el artículo 38 del Decreto 3130 de 1968, fundamento obvio del Acuerdo 41, la aplicación de éste prosiguió ininterrumpidamente, como lo señala la consulta y tampoco cesó al entrar en vigencia el Acuerdo número 069 de 10 de mayo de 1973, aprobado por Decreto 908 del mismo año.

Desde luego este último acuerdo no derogó expresamente el Acuerdo 41 y se limitó, en su Capítulo *VII*, según se vio, a señalar la naturaleza de la relación de la Corporación con el personal a su servicio y los aspectos relacionados con la liquidación de cesantías, sin precisar las actividades que pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo, según lo dispone el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968.

Si fueron generales y definitivos los efectos del fallo de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968, es indudable que la inexequibilidad declarada solamente afectó hacia el futuro la norma declarada inconstitucional. Por tanto, el Acuerdo número 41 de 1972 conserva su vigencia por cuanto en ese entonces, la norma que le servía de fundamento estaba vigente.

Por los anteriores motivos y fundada en las consideraciones anteriores la Sala responde en su orden el cuestionario formulado en la consulta:

a) El Acuerdo 41 de 4 de marzo de 1972 siempre ha conservado su vigencia a pesar del fallo de inexequibilidad referido en la parte motiva, porque éste no tiene efecto retroactivo sino hacia el futuro; además el acuerdo fue dictado cuando aún estaba vigente la norma que sirvió de base para su expedición, y de otra parte, porque el indicado acuerdo goza de la presunción de legalidad, mientras la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no decida lo contrario;

b) No puede CORPOURABA abstenerse de dar cumplimiento al Acuerdo 41 de 1972, porque éste nunca ha perdido su vigencia, por las razones jurídicas dichas en la respuesta al punto primero. En consecuencia los derechos de los empleados y trabajadores consolidados con base en el Acuerdo aún vigente, número 41 de 1972, tienen que ser respetados por la citada Corporación;

c) Los servidores públicos de CORPOURABA tienen derecho a que se les continúe aplicando las disposiciones del Acuerdo 41 de 1972, por la motivación jurídica anteriormente dicha;

d) La Sala reitera que los derechos de los empleados y trabajadores de CORPOURABA consolidados conforme el Acuerdo 41 de 1972, deben ser respetados mientras dicho acuerdo no sea suspendido o anulado por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

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

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

CONTRALOR. Funciones administrativas. CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. Funciones.

El alcance del inciso segundo del artículo 59 de la Constitución Nacional, sobre el ejercicio de cuestiones administrativas de la Contraloría inherentes a su propia organización tiene que ver, con su funcionamiento interno y respecto de las atribuciones que no corresponden al Congreso. El Contralor General de la República no puede ejercer sino las funciones que expresamente le atribuyan la Constitución y la ley. La creación, supresión y fusión de empleos en la Contraloría General de la República corresponde al Congreso por medio de leyes.

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

Consejero ponente: *Doctor Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia: Consulta. Contraloría General de la República, autonomía administrativa frente al inciso 2º de los artículos 59 y 60 de la Constitución Política.

Radicación número 268.

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

Existen tres teorías sobre la naturaleza jurídica de la Contraloría General de la República.

1. La de que es una prolongación del Congreso Nacional, derivada de planteamientos políticos según los cuales es función prístina y originaria del Congreso la de conocer el destino que el soberano le da a los impuestos y demás ingresos del Estado; y que para esa labor requiere auxiliares de un organismo permanente que pueda verificar el movimiento diario de los fondos.

2. La de que la función contralora es una prolongación y una proyección de la función administrativa, que vuelve sobre sí misma para establecer su adecuación a los principios que la rigen.

3. La de que existe una cuarta función estatal diferente a la legislativa, a la jurisdiccional y a la administrativa; independiente de aquellas y dotada de autonomía administrativa y de recursos propios que le garanticen la independencia de su gestión. Siendo esta última la más acorde con lo dispuesto en los artículos 59 y 60 de la Constitución Nacional.

Se pretende establecer si la actual Constitución Política de Colombia le da plena autonomía administrativa a la Contraloría General como se puede concluir del contenido textual de los artículos 59 y 60 de la Carta, según los cuales tenemos:

A) Es la Contraloría directamente y no como delegada de ninguna otra Rama del Poder Público, ni como parte integrante de ninguna otra, el organismo que ejerce como atribución constitucional propia el control fiscal del gasto y el recaudo públicos; a partir de pautas legales, claro está, porque Colombia es un Estado de Derecho, pero una vez definidas dichas pautas legales el organismo fiscalizador asume directa e independientemente su función propia;

B) La Contraloría tiene autonomía administrativa que le ha sido directamente atribuída por el inciso 2º del artículo 59 de la Constitución Política, porque al prohibirle asumir funciones administrativas diferentes de las inherentes a su propia administración, está indicando que estas últimas, sí las debe ejercer a plenitud; asegurando en esta forma la independencia de la Contraloría en relación con las otras Ramas del Poder Público a las cuales controla en su gestión fiscal;

C) Además, si bien la Cámara de Representantes elige al Contralor, ejercita al hacerlo un acto administrativo y no legislativo; y lo hace para un período fijo de cuatro (4) años, es decir, que no le confiere mandato revocable alguno y este funcionario una vez elegido y mientras no incurra en causales de mala conducta, actúa autónomamente y no es subalterno de su nominadora.

Así las cosas, nos encontramos con que el Contralor General de la República, es la suprema autoridad fiscal del Estado colombiano y que en el campo numérico-legal de su competencia, puede determinar responsabilidades sin excepción a todos los demás funcionarios públicos de todos los niveles jerárquicos; sujetándose únicamente a las leyes que le fijan sus atribuciones y a las que determinan el adecuado desempeño de la gestión fiscal.

De lo anterior se infiere que la función fiscalizadora es una cuarta función del Estado, que el órgano fiscalizador no hace parte de las otras Ramas del Poder Público a las cuales controla; y que debe desarrollar autónomamente las funciones administrativas inherentes a su propia organización, es decir, tener independencia para el acopio y dirección de sus recursos humanos, físicos y financieros hacia el efectivo control fiscal de las finanzas públicas.

Así lo han entendido los tratadistas sobre el tema, así lo recomendó la Misión Kemmerer, como se observa en los antecedentes de la Ley 42 de 1923; y así se ha repetido en diferentes foros internacionales, entre los cuales cabe citar el Noveno Congreso de Entidades Fiscalizadoras Superiores —INCOSAI—, Lima 1979; en el cual se produjo la "DECLARACION DE LIMA SOBRE LAS LINEAS BASICAS DE LA FISCALIZACION", cuyo Capítulo II, artículo 50, a la letra expresa:

"INDEPENDENCIA DE LAS ENTIDADES FISCALIZADORAS SUPERIORES.

"1. Una Entidad Fiscalizadora Superior sólo puede cumplir eficazmente sus funciones si es independiente de la institución controlada y se halla protegida contra influencias exteriores.

"2. Aunque una independencia absoluta respecto de los demás órganos estatales es imposible, por estar ella misma inserta en la totalidad estatal, la Entidad Fiscalizadora Superior debe gozar de la independencia funcional y organizativa necesaria para el cumplimiento de sus funciones.

"3. La Entidad Fiscalizadora Superior y el grado de independencia deben regularse en la Constitución; los aspectos concretos podrán ser regulados por medio de leyes. Especialmente deben gozar de una protección legal suficiente, garantizada por un Tribunal Supremo, contra cualquier injerencia en su independencia y sus competencias de control" (hasta aquí la Declaración de Lima).

En cuanto a los recursos físicos y financieros, la Contraloría goza de plena autonomía; como que el Congreso Nacional le asigna un capítulo en el Presupuesto Nacional, de cuyos fondos se sirve la entidad para el desarrollo de sus funciones; es decir, que una vez asignada la partida, la Contraloría ejecuta su presupuesto directamente.

En relación con el manejo de los recursos humanos, la autonomía de la Contraloría General de la República, ha sido limitada por el artículo 60, ordinal 5º de la Carta Política, que le asigna al Contralor la función de "proveer los empleos de su dependencia que haya creado la ley".

Esta restricción se explica por la necesaria coherencia que debe existir al interior del sistema político que contiene la Constitución y concretamente con el artículo 63 de la Carta, según el cual "no habrá en Colombia ningún empleo que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento".

Pero vale la pena preguntarse si esta restricción a la autonomía administrativa del Contralor; si esta excepción a la regla general de su independencia de las demás Ramas del Poder Público, puede am-

pliarse, para inhibirlo además de fusionar o reducir aquellos cargos que hayan dejado de requerirse, por ejemplo porque la Administración Pública haya cambiado sus mecanismos operativos, o porque tales cargos fueron distribuidos con criterios extraños al buen funcionamiento del servicio público del control fiscal, o por otra razón. No sería prudente que el Contralor pudiera eliminarlos o fusionarlos, sin perjuicio siquiera leve, del servicio público; antes bien en procura de una más dinámica y efectiva administración como es su deber?

Porque lo que se pretende discernir son las condiciones jurídicas de una buena administración de los recursos públicos, al interior de la Contraloría General de la República, donde por la dinámica que a su gestión le impone los modernos mecanismos del control fiscal, no resulta fácil asimilarlos y proyectarlos con una estructura rígida. Además, que así se garantiza, porque la partida presupuestal es su parámetro y su límite, que no se va incurrir en nuevos gastos, sino que los mismos recursos van a ser utilizados más eficazmente.

Para terminar, se señalan algunas otras disposiciones constitucionales, colateralmente relacionadas con el tema y que confirman la autonomía administrativa de la Contraloría General de la República, que se ejercerá por conducto de quien se encuentre al frente del cargo.

En primer lugar, el ordinal 9º del artículo 76 de la Constitución atribuye al Congreso la función de "determinar la estructura de la Administración Nacional, mediante la creación de Ministerios, Departamentos Administrativos y Establecimientos Públicos y fijar la remuneración correspondiente a las diferentes categorías de empleos así como el régimen de sus prestaciones sociales".

Esta norma se refiere exclusivamente a la Administración Nacional, de la cual como ya vimos no forma parte de la Contraloría General de la República.

O sea que la estructura de los organismos encargados de la función fiscalizadora es de estirpe constitucional que en el caso de la Contraloría se concreta en los artículos 59 y 60 de la Carta Política; los cuales, sin lugar a dudas atribuyen una amplia autonomía administrativa a la mencionada entidad, con la única limitación relativa a la creación de cargos.

Pero no debe entenderse como arriba se esbozó que esa limitación también se extienda a la fusión o supresión de empleos; porque se trata de una excepción a la autonomía administrativa y las normas excepcionales son de interpretación restrictiva.

Además, porque de haberlo querido así, el Constituyente lo habría expresado claramente como lo hizo cuando se refirió a la administración pública central en el ordinal 21 del artículo 120 que dice:

"Corresponde al Presidente de la República como Jefe del Estado y suprema autoridad administrativa:

".....

"21. Crear, *suprimir y fusionar* los empleos que demande el servicio de los Ministerios, Departamentos Administrativos y los subalternos del Ministerio Público y señalar sus funciones especiales, lo mismo que fijar sus dotaciones y emolumentos, todo con sujeción a las leyes a que se refiere el ordinal 9º del artículo 76" (He subrayado).

Esta disposición constitucional, así como el numeral 5º del artículo 60 de la Carta, nos lleva a distinguir el acto de crear de los de suprimir y fusionar empleos al interior de la Contraloría General de la República; ya que el primero está reservado a la ley como arriba se indicó mientras que los de suprimir y fusionar son inherentes a la propia organización de la entidad.

Así lo entendió la Corte en sentencia de junio 22 de 1982 con ponencia de los Magistrados Luis Carlos Sáchica y Ricardo Medina Moyano, cuando dijo: "Crear un servicio es darle estructura, determinando sus dependencias, competencias y funciones, cargos que adelantarán esos funcionarios... Pero la administración del servicio creado, su puesta en operación y mantenimiento corresponden al *ejecutor de la ley* no al legislador" (He subrayado).

1. Hasta dónde llega el alcance del inciso segundo del artículo 59 de la Constitución Nacional?

2. Puede el Contralor General al ejercer la función de organizar su propia administración, reducir o fusionar cargos de Planta de Personal?

La Sala considera y responde:

1. La reforma de la Constitución de 1945 le dio categoría constitucional a la Contraloría General de la República, que había sido creada como Departamento Administrativo por la Ley 42 de 1923, luego de las recomendaciones dadas por la Misión Kemmerer en el año 1922, para que tuviera como finalidad ejercer la vigilancia de la gestión fiscal de la administración. La entidad se organizó y modernizó mediante la Ley 20 de 1975 y los Decretos extraordinarios 924, 925, 926, 928, 929 y 937 de 1976; estas disposiciones fijaron entre otros aspectos, la Planta de Personal y la nomenclatura de cargos de dicha institución.

2. La Corte Suprema de Justicia ha sostenido que:

"La Constitución Política, en sus artículos 2º y 55, hace descansar la estructura del Estado en un Poder Público di-

vidido en tres Ramas solamente: La Legislativa, la Ejecutiva y la Jurisdiccional. Fuera de estas Ramas, toda creación sería artificial, y toda jurisprudencia descentrada, sino abusiva. Es cierto que la Contraloría General de la República no aparece numerada en el artículo 76-9 de la Carta, como elemento integrante de la estructura de la Administración, pero ello no significa que haya dejado de hacer parte, alguna vez, de esa administración, pues la labor de fiscalizar y controlar la percepción e inversión de los dineros públicos, y llevar la contabilidad de la Nación es, esencialmente, una modalidad, de la tarea administrativa, muy específica por cierto, no sólo por su naturaleza, sino por la misión que debe cumplir y por los medios que debe emplear para hacerlo. Ello explica que la propia Constitución haya querido darle una organización especial, que hoy se contiene en los artículos 50 y 60 de la Carta Política, correspondientes al artículo 8º del Acto legislativo número 1 de 1968, que en parte modificaron el acto de la misma naturaleza y número del año 1945. Pero eso no induce a pensar en forma alguna que pueda tener funciones judiciales, por ejemplo, o funciones legislativas, o que, por cuanto la gran directriz de su conducta y desempeño sea la técnica, la rectitud y la moralidad de sus funcionarios, haya dejado de pertenecer al cuadro político de la Administración Nacional. Dicho en otras palabras, es un sector especial y específico de la administración, que tiene como funciones esenciales la de vigilarla y controlarla en el aspecto fiscal".

3. De la parte transcrita se deduce que: La Contraloría General de la República es una entidad de origen constitucional con naturaleza administrativa, que no está sometida a la intervención del Presidente de la República, pero que necesariamente debe encuadrarse en una de las tres Ramas del Poder Público determinadas por la Constitución Política, y que necesariamente en este caso, por exclusión es la Rama Ejecutiva dentro de la cual la Contraloría debe cumplir libre e independiente la función de vigilancia de la gestión fiscal, pero eso sí, sometida a las leyes expedidas por el Congreso de la República.

4. En este mismo orden de ideas, se tiene que al Congreso le corresponde crear los empleos de la Contraloría General de la República (numeral 5º, art. 60 de la Constitución Nacional), y es esa Corporación la que tiene la atribución de suprimirlos o fusionarlos, por cuanto perder esas facultades, que son inherentes a la creación de empleos, equivaldría a quedar jerárquicamente por debajo de una entidad administrativa del Estado; en este sentido se pronunció la Sala de Consulta en concepto de 17 de marzo de 1984, con ponencia del doctor Mario Latorre Rueda, y agregó: "Se dirá que la Constitución sólo se refiere a que corresponde a la ley la creación de los empleos, por este término debe entenderse en toda su amplitud y cobija hoy

las de sus respectivas prestaciones sociales, y, hoy y siempre, en esa noción de empleo está comprendida la de su asignación. Por lo tanto, y en resumen, la creación de empleos de la Contraloría, la fijación de sus asignaciones y de sus prestaciones sociales corresponde al Congreso" (*Anales*, primer semestre, Tomo LXXXVIII, números 445 y 446, 1975, pág. 28). Con mayor razón, considera la Sala que están íntimamente unidas al concepto de creación de un empleo, las funciones de supresión y de fusión del mismo, que se traducen en la desaparición de un cargo o en la creación de uno nuevo.

Además, no se puede olvidar el principio general de derecho que prescribe que "las cosas se deshacen como se hacen", es decir, si la creación de un empleo le corresponde a la ley, no se entiende cómo un simple acto administrativo, jerárquicamente inferior, pueda suprimirlo o fusionarlo, modificando en ese aspecto la ley. Cabe anotar que al Congreso le corresponde por cláusula general de competencia dictar las leyes y, por lo mismo, es el único que puede reformarlas o derogarlas (art. 76 de la C. N.).

5. De otro lado debe entenderse, que las funciones administrativas inherentes a la propia organización de la Contraloría tiene que ver con aquellas que, de conformidad con la Constitución y la ley, están atribuídas a los jefes de los organismos administrativos en relación con el funcionamiento interno de los mismos, tales como las relativas a los nombramientos y a las que definen la situación laboral de los empleados, la ubicación de los mismos, las investigaciones disciplinarias, la ordenación del gasto, etc.; sobre el particular sostuvo la Sala en el concepto antes citado que "la Constitución dispone que 'la Contraloría no ejercerá funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización' (art. 59, inciso 2º), disposición, de una parte, y hay repetida jurisprudencia a ese respecto, que señala las funciones propias de la Contraloría en relación a toda la administración circunscribiéndola dentro de una vigencia únicamente fiscal de ella, es decir y en resumen, es una limitación más que otra cosa; de otra parte, esta facultad no puede extenderse a que sea esa entidad la que determine sus propios empleados y con ellos necesariamente sus asignaciones pues no son estas cuestiones de carácter administrativo ni de organización propiamente, sino de otro orden, del legislativo como se ha dicho, con lo que ellas llevan implícito y necesariamente, de disposición y distribución de dineros públicos que, por su misma naturaleza, no corresponden en nuestro ordenamiento a la administración ni son consideradas como cuestiones administrativas sino, también en último término, propias del Congreso y de la ley" (Anales, primer semestre, Tomo LXXXVIII, 1975, págs. 28 y 29).

Finalmente para responder las preguntas formuladas por el señor Ministro de Gobierno, se concluye:

1. El alcance del inciso segundo, del artículo 59 de la Constitución Nacional, sobre el ejercicio de cuestiones administrativas de la

Contraloría inherentes a su propia organización tiene que ver, como se anotó, con su funcionamiento interno y respecto de las atribuciones que no corresponden al Congreso.

2. El Contralor General de la República no puede ejercer sino las funciones que expresamente le atribuyan la Constitución y la ley. La creación, supresión y fusión de empleos en la Contraloría General de la República corresponde al Congreso por medio de leyes.

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

Transcríbase en copia auténtica.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

PERMISO SINDICAL. EMPLEADO PUBLICO.

De la aplicación de los artículos 414 y 415 del Código Sustantivo del Trabajo, armónicos entre sí, no se deduce ninguna posibilidad que permita a la administración el otorgamiento de permisos sindicales remunerados a los directivos y afiliados de los sindicatos de empleados públicos para el desempeño de misiones sindicales. El contenido y fin de las normas citadas es totalmente autónomo de la posibilidad de otorgar permisos sindicales a los empleados públicos, luego mal podría ser el reglamento mecanismo adecuado para los efectos de otorgar dichos permisos.

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

Consejero ponente: *Doctor Jaime Paredes Tamayo.*

Referencia: Consulta del Departamento Administrativo del Servicio Civil sobre: "Permisos sindicales a empleados públicos".

Radicación número 223.

La Sala absuelve la consulta del señor Jefe del Departamento Administrativo del Servicio Civil, formulada en los siguientes términos:

"El derecho de asociación en sindicatos.

"—El artículo 44 de la Constitución Política consagra el derecho de asociación en los siguientes términos: 'Es permitido formar compañías, asociaciones y fundaciones que no sean contrarias a la moral y al orden legal. Las asociaciones y fundaciones pueden obtener su reconocimiento como personas jurídicas...'

"—Una de las formas del ejercicio del derecho de asociación es la de constitución de sindicatos, derecho garantizado por el Estado en los términos de los artículos 353 y 354 del Código Sustantivo del Trabajo, Parte Colectiva, en armonía con el artículo 12 del mismo estatuto.

"—El artículo 3º de éste, dispone que las relaciones de derecho colectivo del trabajo, de carácter oficial, se regularán por el estatuto laboral citado y el artículo 4º excluye de su campo de aplicación las

relaciones de derecho individual del trabajo de los servidores del Estado, que se regirán por estatutos especiales, según lo previene la misma norma.

"—El derecho de asociación en sindicatos de los trabajadores oficiales y de los empleados públicos, está previsto en el artículo 414 del Código Sustantivo del Trabajo. Esta misma disposición determina expresamente las funciones que deben ser cumplidas por los sindicatos de empleados públicos. El artículo 415 señala a las autoridades administrativas la obligación correlativa de recibir oportunamente a los representantes de los sindicatos de empleados públicos, cuando estos estén en la función de representar ante tales autoridades los intereses económicos comunes o generales de sus afiliados, o de presentar ante los jefes de la administración los memoriales respetuosos de las solicitudes que les interesen.

"Las restricciones a los sindicatos de empleados públicos.

"—Los sindicatos de empleados públicos no pueden presentar pliegos de peticiones al celebrar convenciones colectivas, a diferencia de los de trabajadores oficiales. Tampoco pueden declarar o hacer huelga. Estas son restricciones impuestas a tales asociaciones en el artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo.

"—Para el ejercicio de sus funciones, en el caso de los sindicatos de trabajadores particulares, los representantes pueden obtener del patrono la concesión de los permisos y licencias requeridos para el desempeño de las comisiones sindicales inherentes a la organización. Es obligación especial del patrono conceder tales tiempos, consagrada en el artículo 57, numeral 6º del Código Sustantivo del Trabajo y las condiciones de estas autorizaciones deben estar contenidas en el reglamento de trabajo o pueden convenirse entre el patrono y los trabajadores.

"—En el caso de los sindicatos de trabajadores oficiales, el derecho a obtener tales permisos para el ejercicio de la misión sindical encuentra su fundamento en el artículo 26, numeral 8º del Decreto 2127 de 1945, que dispone textualmente: 'Artículo 26: Son obligaciones especiales a cargo del patrono:... 8º Permitir a los trabajadores faltar a sus labores... para desempeñar cualquier comisión sindical ...Salvo convención en contrario, el tiempo perdido podrá descontarse al trabajador o compensarse con un tiempo igual de trabajo efectivo en horas distintas de su turno ordinario, a opción del patrono...'. Se desprende de lo anterior que se pueden acordar en la convención colectiva condiciones diferentes para la obtención de licencias o permisos a los representantes de los sindicatos de trabajadores oficiales, para el ejercicio de las funciones inherentes a la organización.

"—Para el caso de los sindicatos de empleados púbilicos, no contiene el Código Sustantivo del Trabajo, en su parte colectiva, regulación alguna que permita a sus representantes contar con las licencias y permisos requeridos para el ejercicio de las funciones sindicales expresadas en el artículo 414 del mismo código. Tampoco existe en este estatuto una norma que permita o autorice a las autoridades administrativas la concesión de tales permisos. Estos no pueden ser obtenidos por convención colectiva, por la expresa prohibición del artículo 416 del código para los sindicatos de empleados públicos, de celebrar tal contrato.

"Es pertinente destacar que funciones sindicales tales como las señaladas en los numerales 3º y 4º del artículo 414 del Código Sustantivo del Trabajo, necesariamente deben ser desarrolladas por los representantes de la organización en horas hábiles de la jornada ordinaria de labor.

"Permisos de los empleados públicos.

"—Los empleados públicos, en su relación individual de trabajo con el Estado, tienen el derecho de solicitar obtener permisos remunerados, siempre y cuando medie justa causa a juicio de la administración. Los Decretos extraordinarios 2400 y 3074 de 1968, que rigen esta clase de relaciones de los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder, contienen regulaciones acerca del derecho que tienen los servidores para obtener permisos remunerados cuando medie justa causa para ello y fija la duración máxima de tales permisos, que no puede ser superior a tres (3) días.

"No contienen los estatutos citados previsiones de derecho colectivo, que posibilite a los representantes de los sindicatos de empleados públicos la obtención de permisos remunerados de una duración superior al límite allí fijado, ni norma que permita a las autoridades administrativas otorgarles licencias remuneradas que rebasen el límite legal de duración allí determinado. Por el contrario, prescribe el Decreto 2400 de 1968 en su artículo 6º que 'son deberes de los empleados... dedicar la totalidad del tiempo reglamentario del trabajo al desempeño de las funciones que les han sido encomendadas...', y en el parágrafo del artículo 22, que 'en ningún caso podrá conferirse comisión para ejercer funciones que no sean propias de la administración pública'.

"De otra parte, es claro que los Decretos extraordinarios 2400 y 3074 de 1968 son estatutos reguladores de relaciones de derecho individual de trabajo del servidor público, que excluyen sus relaciones de derecho colectivo, las cuales se rigen por el Código Sustantivo del Trabajo, parte colectiva, en virtud de lo dispuesto en el artículo 3º del mismo.

"Antecedentes legales.

"Ante la ausencia de norma expresa que regula la concesión de permisos sindicales a los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder, vale la pena señalar que existen preceptos legales que servirían de antecedente para el desarrollo normativo en esta materia.

"Tal es el caso del estatuto de personal de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, TELECOM, el Decreto extraordinario 2200 de 19 de noviembre de 1987, que consagró en su artículo 43 el derecho a la obtención de permisos sindicales en los siguientes términos: 'La empresa continuará concediendo permisos sindicales, los cuales serán distribuídos de común acuerdo entre la empresa y el sindicato de base. Es entendido que el funcionario que goza de un permiso sindical, se encuentra en situación administrativa de servicio activo'.

"Antecedentes jurisprudenciales.

"—El Consejo de Estado, en sentencia de la Sala Plena de 10 de junio de 1987, al fallar en el recurso extraordinario de anulación propuesto por el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Administración Postal Nacional contra la sentencia de la Sección Segunda de esa Corporación, que declaró nulo el Acuerdo número 006 de 1983 emanado de la Junta Directiva de ADPOSTAL, con ponencia del honorable Consejero doctor Hernán Guillermo Aldana Duque, se pronunció en los siguientes términos sobre el tema planteado:

"'...Si la Constitución autoriza a los empleados públicos para crear o formar sindicatos, con actividades limitadas, es cierto, puede el Juez preguntarse si a tales sindicatos será lícito otorgarles permisos sindicales, como los concedidos en el acto anulado por la sentencia recurrida, y si la respuesta fuere afirmativa, en qué condiciones, dada la naturaleza de la función que tales empleados cumplen dentro del marco de la organización administrativa fundamental de la estructura política del Estado'.

"A la primera cuestión parece necesario aceptar que concedido un derecho por la Constitución y la ley, es lógico deducir que quienes sean sus titulares deben gozar de las medidas y medios adecuados para ponerlo en ejercicio. Sería, en parte, nugatorio el derecho de asociación de los particulares en general, si no pudieran disponer los mecanismos jurídicos para ponerlo en concreta actualidad.

"Parece a la lógica que los empleados deben disponer de la posibilidad de dedicar parte de su tiempo a la actividad sindical que la normatividad colombiana consagra como lícita, dentro de los marcos legales que se habrá de precisar.

"Y, en no habiendo norma expresa que regule esos mecanismos, la utilización de principios y disposiciones que regulan casos análogos

debe ser posible, para poder realizar la finalidad del derecho que es, en materia laboral colectiva, la solución pacífica de los conflictos.

"En esta visión y con este criterio, la Sala estima que el fallador de la Sección Segunda de la Corporación debió haber examinado el asunto a la luz de las disposiciones que regulan casos semejantes en materia de permiso sindical para los empleados oficiales —trabajadores oficiales—, y haber entendido que procedía la concesión de los permisos sindicales para poder hacer efectivo el derecho de asociación, en beneficio de los empleados públicos, con la advertencia de que tales normas no consagran permisos permanentes.

"La conclusión anterior obra por vía general, pero ella debe entenderse matizada por la naturaleza de la función que cumplen los empleados públicos..."

"...Por ello, no es admisible, en principio, el otorgamiento de permisos permanentes a los miembros de los sindicatos de empleados públicos, pues surgiría una oposición entre el derecho de los empleados públicos a utilizar el permiso para la efectividad del derecho de asociación con la correlativa obligación de garantizar el funcionamiento de un servicio permanente, el de la actividad administrativa. La necesidad de conciliar el derecho de asociación sindical con el derecho que tienen la administración y la comunidad nacional a obtener permanente servicio de sus empleados públicos no puede resolverse sino en un equilibrio entre tales derechos en conflicto, pero sin perjuicio de la prevalencia del interés general sobre el particular dentro de la sociedad, como lo pregona el artículo 30 de la Constitución Nacional.

"Por este aspecto, pues, la sentencia recurida, al argüir que los empleados deben dedicar la totalidad de su tiempo al servicio oficial, no anduvo desencaminada, pero olvidó, en sentir de la Sala, que esa obligación tan absolutamente entendida desconoce el derecho de los empleados a utilizar medios idóneos para la efectividad del derecho de asociación. Esa oposición de intereses debe zanjarse con la idea de que se reconoce el derecho de los empleados públicos a los permisos sindicales, pero éstos no pueden otorgarse de modo que perturben en forma general o impliquen la ausencia de prestación total del servicio público de la administración.

"La prestación de la función pública es permanente y contínua, y disponer o autorizar que un encargado de la misma deje de prestarlo totalmente va contra los principios señalados en el Decreto-ley 2400 de 1968, lo que tiene su asiento en el artículo 63 de la Constitución Nacional..."

"Es necesario registrar que el fallo que se viene citando, tuvo salvamento de voto de los honorables Consejeros doctores Carlos Betancur Jaramillo y Julio César Uribe Acosta, quienes si bien compartieron

la decisión de no anular la sentencia de la Sección Segunda de la Corporación, discreparon respecto de las consideraciones que ilustraren la motivación del fallo.

"La realidad administrativa.

"Al consultar la realidad administrativa en esta materia, es evidente la existencia de 'permisos sindicales' en varias entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público, de los cuales disfrutan algunos representantes de los sindicatos de empleados públicos, quienes ostentan esta misma investidura. Estos 'permisos' rebasan el límite de los tres (3) días de que trata el artículo 21 del Decreto extraordinario 2400 de 1968; son, en muchos casos, 'de tiempo completo', y se hace uso de ellos con la aquiescencia de la administración.

"Puede decirse que tales tiempos han sido concedidos en gracia de solicitudes elevadas por los representantes de los sindicatos de empleados públicos ante las autoridades administrativas, cuando han actuado en ejercicio de la facultad que les otorga la ley a tales representantes en el numeral 4 del artículo 414 del Código Sustantivo del Trabajo.

"En la actualidad, esta clase de solicitudes de permisos sindicales remunerados superiores a tres días, siguen siendo elevadas ante los jefes de la administración en los memoriales que presentan los sindicatos, cuando ejercen la función señalada en la norma que se citó.

"Consultas.

"Con base en las consideraciones que anteceden se consulta a la Sala:

"Ante la ausencia de norma expresa que posibilite a la administración la concesión de 'permisos sindicales' remunerados a los representantes de los sindicatos de empleados públicos y a sus afiliados para el ejercicio de las funciones y las comisiones sindicales inherentes al derecho de asociación:

"1. Puede entenderse que de la armonización de la facultad otorgada a los sindicatos de empleados públicos en el numeral 4 del artículo 414 del Código Sustantivo del Trabajo, como es la de presentar ante los jefes de la administración memoriales respetuosos que contengan solicitudes que interesen a todos sus afiliados en general, con la obligación correlativa señalada en el artículo 415 a las autoridades administrativas de procurar la adecuada solución de tales solicitudes, se deriva la base legal suficiente que permita el otorgamiento y disfrute de permisos sindicales remunerados a los directivos y afiliados de los sindicatos de empleados públicos, para el desempeño de misiones sindicales?

"2. O, por el contrario, ante la ausencia de esta norma expresa podría el Presidente de la República, en ejercicio de la potestad reglamentaria que le confiere el numeral 3 del artículo 120 de la Constitución Política para hacer posible la cumplida ejecución de las leyes, dictar un decreto que permita la plenitud del ejercicio de las potestades y obligaciones contenidas en los artículos 414 y 415 del Código Sustantivo del Trabajo posibilitando, en materia de permisos sindicales remunerados, la facultad de concederlos?

"3. O también, podría el Gobierno en uso de la misma facultad, expedir un Decreto reglamentario de la Ley 6ª de 1945 o de la parte colectiva del Código Sustantivo del Trabajo, en el cual se establezcan los permisos sindicales remunerados, por ejemplo, para los miembros de las Juntas Directivas de las organizaciones sindicales de empleados públicos?

"4. Sería la regulación de la autorización o concesión de los permisos sindicales, materia de competencia exclusiva del legislador?".

Consideraciones:

El Código Sustantivo del Trabajo regula las relaciones de derecho individual del trabajo de carácter particular en la parte primera —Derecho Individual del Trabajo— (arts. 22 a 352) y las relaciones del Derecho Colectivo del Trabajo, oficiales y particulares, en la parte segunda —Derecho Colectivo del Trabajo— (arts. 253 a 492).

La relación oficial de derecho colectivo del trabajo, que se establece entre la administración pública y el sindicato de empleados públicos está regulada por el Código Sustantivo del Trabajo, e implica la sujeción del sindicato en el ejercicio de sus derechos y cumplimiento de sus deberes, a los artículos 409, 414, 416 y 430, aparte a) y la obligación por parte de las autoridades, de recibir oportunamente a los representantes del sindicato y de procurar la adecuada solución a sus solicitudes (art. 415).

A estas se refiere el artículo 414 como funciones exclusivas de los sindicatos de empleados públicos y en los siguientes términos:

> "El derecho de asociación en sindicatos se extiende a los trabajadores de todo el servicio oficial con excepción de los miembros del Ejército Nacional y de los cuerpos o fuerzas de policía de cualquier orden *pero los sindicatos de empleados públicos tienen sólo las siguientes funciones:*
>
> "Su ejercicio se concreta, específicamente, en 'representar en juicio o ante las autoridades los intereses económicos comunes o generales de los agremiados, o de la profesión respectiva' (ordinal 3º) y en 'presentar a los respectivos jefes de la administración memoriales respetuosos que contengan

solicitudes que interesen a todos sus afiliados en general, o reclamaciones relativas al tratamiento de que haya sido objeto cualquiera de estos en particular, o sugestiones encaminadas a mejorar la organización administrativa o los métodos de trabajo' " (ordinal 4º).

La naturaleza o carácter de las funciones vistas se determina, en cuanto a las solicitudes, por la generalidad de su objeto, intereses comunes de los afiliados al sindicato, y en cuanto a las reclamaciones, por la particularidad del mismo, el tratamiento recibido por cualquiera de aquellos. También las sugestiones del sindicato a los respectivos jefes de la administración implica en su formulación referencia genérica a la organización y métodos de trabajo de la administración pública, no a los del sindicato, v.g. la obtención de permisos remunerados para el desempeño de misiones sindicales por parte de sus directivos o afiliados.

De la jornada máxima de cuarenta y cuatro (44) horas semanales, regla general fijada en el artículo 33 del Decreto-ley 1042 de 1978 a la cual corresponde la asignación mensual de todo empleado público, no está exento el que cumpla funciones sindicales, y por tanto, esta actividad circunstancial o colateral mal puede determinar discontinuidad o intermitencia en la prestación del servicio asignado al empleado para satisfacer necesidades permanentes de la administración.

La situación exceptiva requeriría previsión legal expresa que no es de recibo suplantar en el orden jurídico, mediante deducción discrecional ni en la realidad administrativa, por prácticas inveteradas, extrañas al interés público.

Cuando ninguna norma de derecho colectivo del trabajo autoriza la concesión de permisos sindicales a los empleados públicos, directivos y afiliados de sus sindicatos, y cuando la organización y métodos de trabajo de la administración pública suponen la fijación de una jornada de trabajo con el fin de satisfacer en forma regular y contínua, necesidades de interés general, no hay lugar a entender, en función de los intereses colectivos del sindicato, como situación administrativa de excepción ni como título de remuneración que corresponde a la jornada de trabajo establecida por el Decreto 1042 de 1968, la afiliación del empleado al sindicato o su elección como funcionario del mismo.

El uso de licencia o permiso es una de las situaciones administrativas en que puede encontrarse el empleado vinculado regularmente a la administración, sea o no sindicalizado, sea o no funcionario del sindicato, y a tal situación concurre justa causa, a juicio de la autoridad competente, pudiendo prorrogarse la licencia sin sueldo, hasta por noventa (90) días y a la ocasionada por enfermedad, hasta por ciento ochenta (180), con sueldo completo, cuando la enfermedad fuere profesional, y cuando no lo fuere, con las dos terceras partes del sueldo durante los primeros noventa (90) días, y la mitad del mismo,

durante los noventa (90) días siguientes (art. 18 del Decreto 3135 de 1968).

El permiso con goce de sueldo puede autorizarse hasta por tres (3) días cuando medie justa causa, por el jefe del organismo respectivo (Decreto 2400 de 1968, art. 21 y Decreto 1950 de 1973, art. 74).

Si el empleado no reasume sus funciones al vencimiento de una licencia o permiso, sin justa causa, o deja de concurrir al trabajo por tres (3) días consecutivos o antes de serie concedida autorización para separarse del servicio, se produce abandono del cargo y corresponde declarar su vacancia (Decreto 1950 de 1973, arts. 126 a 128). El abandono del cargo es delito contra la administración pública sancionado por el artículo 156 del Código Penal con interdicción de derechos y funciones públicas y si el agente ejerce autoridad o jurisdicción o es empleado de manejo, con arresto de seis (6) meses a dos (2) años.

De la aplicación de las normas precitadas no está exento el empleado por razón de su afiliación al sindicato o de su elección como funcionario del mismo, luego no sólo ante la ausencia de norma expresa sobre otorgamiento de permisos sindicales remunerados sino también ante la incompatibilidad de éstos con las normas vigentes, puede resultar válido el intento de reconocer al sindicato un derecho que la ley no le ha atribuído o de desconocer las obligaciones impuestas por la misma a todo empleado público, sea o no sindicalizado.

Por lo demás en el mismo sentido se había pronunciado esta Sala en concepto de 15 de abril de 1985 (Radicación 2165) al afirmar: "La circunstancia de ser directivo sindical no excusa a los servidores del Estado de cumplir rigurosamente con sus obligaciones, ni al Gobierno de la obligación que le impone el precepto constitucional de asegurar la continuidad en los servicios públicos y la firmeza de las instituciones, vale decir de mantener el orden público y de responder por él.

"Lo que no se puede sostener jurídicamente es que sea válida o defensable la actuación contra el orden legal de quienes lo hacen amparados en una situación aparente de 'servicio activo' y no sea en cambio, constitucional la del Gobierno que, en guarda de las instituciones se vea precisado a suspender los efectos de esa situación particular".

"La tesis contraria conduciría necesariamente a la imposibilidad de mantener la autoridad y el funcionamiento normal de la administración pública por mantener prerrogativas fuera de la ley o contra ella".

Los derechos de los empleados públicos a licencia o permiso se ejercen directamente ante los jefes de la administración sin interme-

diación del sindicato y el reconocimiento de tales derechos, en los términos y condiciones de un establecimiento, es totalmente autónomo, frente al derecho colectivo. Por esto es imposible la aplicación de regulaciones propias de éste, como la del artículo 414 ordinal 4º del Código Sustantivo del Trabajo, a situaciones administrativas reguladas, como específicas de la relación de derecho individual del trabajo, entre la administración pública y los servidores del Estado, por el Decreto 2400 de 1968. Dicho Código da por cierto, pauta de tecnicismo, en la regulación de las obligaciones especiales del patrono, dentro de su parte primera —Derecho Individual del Trabajo— artículo 57, ordinal 6º, artículo 108, ordinal 6º y de las facultades y funciones sindicales, en su parte segunda —Derecho Colectivo del Trabajo— artículos 373 a 376.

De manera que si los artículos 57 y 108 del Código Sustantivo del Trabajo regulan una relación de derecho individual del trabajo en el sector privado mal puede constituir fuente de regulación en el sector oficial para efectos de deducir un derecho de los empleados públicos y disfrutar de permisos sindicales exclusivos del sector privado. Y no puede serlo porque de la aplicación del Código Sustantivo del Trabajo, en su primera parte, que regula los permisos sindicales, está excluída la relación de derecho individual del trabajo de los empleados públicos (art. 3º), y la aplicación del mismo Código, en su segunda parte se limita a los artículos 414 y 415, cuyo contenido es totalmente ajeno a la materia.

Sería razón bastante la expuesta para descartar la reglamentación de los artículos 414 y 415 del Código Sustantivo del Trabajo, en el sentido expuesto en la consulta puesto que a la aplicación recta y cumplida de tales normas, resultaría ajeno el fin y el contenido del reglamento que se dictase. Y contrario, por demás, a la aplicación del Decreto-ley 2400 de 1968, ya reglamentado, en el sentido obvio de su normatividad y sólo para reiterarla.

No se excluye en cambio, la reglamentación de la Ley 6ª de 1945, con sentido diferente a la dada por el Decreto reglamentario número 2127 del mismo año, pero tal reglamentación sólo tendría alcance respecto de los trabajadores oficiales a cuya relación de derecho individual de trabajo se circunscribe el ámbito de aplicación de dicha ley. Su vigencia se deduce del artículo 492 del Código Sustantivo del Trabajo, y su aplicación, a partir del artículo 17, a los trabajadores oficiales, en materia no regulada por el Decreto-ley 3135 de 1968 y su reglamentario 1848 de 1969.

Por ser competencia del Congreso interpretar, reformar y derogar las leyes, códigos y decretos-ley preexistentes, no está dada al Gobierno potestad alguna con el mismo efecto y el ejercicio de la potestad reglamentaria se limita al necesario para la cumplida ejecución de las leyes. Si tal ejercicio presupone interpretación de éstas, esa interpretación, en ningún caso, puede traer consigo efectos reformatorios o

derogatorios, ni mucho menos extraños al contenido de la ley reglamentada, pues entonces la potestad reglamentaria se asimilaría a la competencia legislativa, en abierta contradicción con la Constitución.

Siendo, pues, los permisos sindicales remunerados a los empleados públicos, materia original de legislación en el ámbito, del derecho individual de trabajo, propio de la relación entre el Estado y aquellos servidores, su expedición corresponde al Congreso, por medio de la ley, ya que hasta ahora la legislación expedida no los consagra y no existe por consiguiente base alguna de reglamentación que competa expedir al Gobierno.

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala responde las cuestiones concretas propuestas por el señor Jefe del Departamento Administrativo del Servicio Civil:

1º De la aplicación de los artículos 414 y 415 del Código Sustantivo del Trabajo, armónicos entre sí, no se deduce ninguna posibilidad que permita a la administración el otorgamiento de permisos sindicales remunerados a los directivos y afiliados de los sindicatos de empleados públicos para el desempeño de misiones sindicales.

2º El contenido y fin de las normas citadas es totalmente autónomo de la posibilidad de otorgar permisos sindicales a los empleados públicos, luego mal podría ser el reglamento mecanismo adecuado para los efectos de otorgar dichos permisos.

3º La reglamentación de la Ley 6ª de 1945 sólo tiene alcance respecto de los trabajadores oficiales a cuya relación de derecho individual del trabajo se circunscribe al ámbito de aplicación de dicha ley. Luego tampoco sería este el mecanismo idóneo para establecer los permisos sindicales remunerados en favor de los directivos de los sindicatos de empleados públicos.

4º La autorización de los permisos sindicales a los directivos de los sindicatos de *empleados públicos* es competencia exclusiva del legislador y requiere por tanto de la expedición de la ley respectiva.

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

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

PERMISO SINDICAL. EMPLEADO PUBLICO. DERECHO DE ASOCIACION SINDICAL (Salvamento de voto).

Los empleados públicos, como los trabajadores particulares y los trabajadores oficiales, tienen derecho a que se les concedan permisos sindicales en la extensión necesaria para el pleno ejercicio del derecho de asociación sindical.

Radicación número 223.

No compartimos el concepto mayoritario por los siguientes motivos:

1º Los permisos sindicales, contemplados en la legislación laboral, tienen por objeto hacer posible que los trabajadores, vinculados a los sindicatos, puedan desempeñar eficazmente los deberes que la ley y los estatutos les impongan. Por consiguiente, si los sindicatos son personas jurídicas privadas, constituídas libre y autónomamente por los trabajadores, para defender y mejorar sus derechos, los permisos sindicales, *cuyo objeto consiste en realizar el derecho de asociación sindical,* reconocido por la Constitución, la ley y los convenios internacionales, *tienen una clara e inequívoca finalidad de orden público: Sin ellos se haría nugatorio el derecho de asociación sindical.*

2º Si los permisos sindicales tienen la finalidad indicada, *su mayor o menor duración está condicionada por la de las tareas que cada empleado o trabajador oficial deba cumplir en el respectivo sindicato*; lo que indica que esos permisos *no necesariamente son idénticos para todos los empleados y trabajadores oficiales* sino, por el contrario, *de igual o diferente extensión, según los deberes y las necesidades sindicales: El funcionamiento normal y eficaz del sindicato, conforme a las reglas prescritas por la ley, condiciona, por consiguiente, la duración de los permisos sindicales.* Esto explica que algunas legislaciones y la Organización Internacional del Trabajo admitan, en principio, la posibilidad de conceder permisos permanentes o prolongados a directivos sindicales para que dediquen su actividad a los sindicatos: Las leyes y los convenios internacionales imponen esta solución para garantizar el derecho universal a la asociación sindical y para que prevalezca el interés general de los trabajadores sobre el particular de los patronos o empleadores.

3º En la legislación colombiana, el artículo 414 del Código Sustantivo del Trabajo prescribe que "el derecho de asociación en sin-

dicatos se extiende a los trabajadores de todo el servicio oficial, con excepción de los miembros del Ejército Nacional y de los cuerpos o fuerzas de policía de cualquier orden...". De donde se deduce que jurídicamente es posible que existan sindicatos de empleados públicos, de trabajadores oficiales y mixtos, integrados por éstos y aquéllos, todos los cuales imponen la necesidad de los permisos sindicales con la finalidad indicada: Si los permisos sindicales para los trabajadores oficiales y para los empleados particulares también pueden ser contemplados y regulados por convenciones colectivas de trabajo, *para los empleados públicos constituyen un derecho, prescrito por la ley, que se debe reconocer en la extensión necesaria para que cumplan su finalidad: La organización de los sindicatos y la realización de su objeto social.*

Por consiguiente, en oposición al criterio de la mayoría estimamos que los permisos sindicales *se fundan en las disposiciones legales de orden público, relativas al derecho colectivo del trabajo, prescritas por el Código Sustantivo del Trabajo, particularmente las de los Capítulos I a VI del Título I, de ese estatuto.*

4º La mayoría afirma que "los permisos sindicales son exclusivos del sector privado" (fl. 11). Consideramos que la mayoría desconoció así el artículo 3º del Código Sustantivo del Trabajo que prescribe que las reglas relativas al derecho colectivo del trabajo, de ese mismo estatuto, *se aplican tanto a los trabajadores particulares como a los empleados y a los trabajadores oficiales.* Por consiguiente, como el Código Sustantivo del Trabajo contempla la posibilidad de constituir sindicatos de trabajadores particulares, de empleados, de trabajadores oficiales y aún sindicatos mixtos, *los permisos sindicales,* que se deben conceder a los trabajadores o empleados para que cumplan su finalidad de interés público o social, *tienen idéntico fundamento jurídico: Todos los permisos sindicales se deben conceder, de conformidad con la ley, para que todos los sindicatos cumplan su finalidad. De manera que las mismas disposiciones legales que contemplan los permisos sindicales para los trabajadores particulares los prescriben para los empleados públicos.* De donde se deduce que es claramente infundado el aserto de la mayoría.

5º La mayoría también afirma que "ninguna norma de derecho colectivo de trabajo autoriza la concesión de permisos sindicales a los empleados públicos, directivos y afiliados de sus sindicatos...". Consideramos que los permisos sindicales de trabajadores particulares, trabajadores oficiales y empleados públicos se originan, para todos ellos, en las reglas pertinentes del derecho colectivo del trabajo, prescritos por el Código Sustantivo del Trabajo, particularmente, *como aspecto doctrinal o de principio, en la necesidad de hacer efectivo el derecho de asociación sindical que, de lo contrario, no obstante su reconocimiento constitucional y legal, se haría nugatorio.* Por consiguiente, estimamos que jurídicamente no es fundada esta afirmación de la mayoría. Además, como expusimos anteriormente, todos los

permisos sindicales de todos los trabajadores tienen por claro fundamento las reglas del derecho colectivo del trabajo prescritas por el Código Sustantivo del Trabajo (arts. 353 y 414).

6º La mayoría también afirma que la jornada máxima de 44 horas semanales obliga a todos los trabajadores y que cualquiera excepción requiere disposición legal expresa. Tampoco compartimos este aserto del concepto mayoritario porque el derecho que tienen los trabajadores oficiales y los empleados públicos a que se les concedan permisos sindicales, por el tiempo necesario para el cabal cumplimiento de sus deberes sindicales, en nada se relaciona con la mayor o menor extensión de la jornada de trabajo: *Cualquiera que sea la jornada de trabajo, se les debe reconocer,* no con base en las disposiciones legales que contemplan la duración de la jornada de trabajo de los trabajadores particulares, ni en las relativas a la jornada de trabajo de los trabajadores oficiales y de los empleados públicos, *sino en las reglas del derecho colectivo del trabajo prescritos por el Código Sustantivo del Trabajo (arts. 363 y 413) que reconocen y regulan, con fundamento en la Constitución, el derecho de asociación sindical.*

En conclusión: Todo lo expuesto permite concluir, en oposición al concepto mayoritario, que según la Constitución, las leyes y los tratados, *los empleados públicos, como los trabajadores particulares y los trabajadores oficiales, tienen derecho a que se les concedan permisos sindicales en la extensión necesaria para el pleno ejercicio del derecho de asociación sindical.*

Fecha *ut supra.*

Humberto Mora Osejo, Javier Henao Hidrón.

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES. Aportes.

El acto administrativo expedido por la Junta Administradora del Instituto de Seguros Sociales el 16 de diciembre de 1983 produjo efectos jurídicos en relación con el período comprendido entre los meses de marzo y diciembre de 1983. Por lo mismo, la sociedad "La Garantía A. Dishington S. A.", ha debido cancelar los aportes por concepto de enfermedad general y maternidad.

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

Consejero ponente: *Doctor Jaime Paredes Tamayo.*

Referencia: Consulta del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social sobre: "Alcances de la decisión de la Junta Administradora del Instituto de Seguros Sociales en Acta número 085 de diciembre 16 de 1983".

Radicación número 247.

El señor Ministro del Trabajo y Seguridad Social formula a la Sala la siguiente consulta:

"La sociedad LA GARANTIA A. DISHINGTON S. A., tiene pendiente con el Instituto de Seguros Sociales —I. de S. S.— el pago de los aportes obrero-patronales por el período de tiempo comprendido entre enero de 1983 y junio de 1988.

"La Junta Administradora del Instituto de Seguros Sociales, en su sesión del día 16 de diciembre de 1983, aprobó el no cobro a dicha sociedad, de las sanciones, intereses, ni aportes por enfermedad general y maternidad EGM, en la medida en que no se hayan prestado los servicios médicos ni farmacéuticos, o no se les haya pagado incapacidades a sus trabajadores.

"Reza así la parte pertinente del Acta número 085 correspondiente a dicha sesión:

" '(. . .) X. SOLICITUD DE LA «GARANTIA DISHINGTON»:

" 'La doctora Marina Camacho de Samper hace un breve recuento del proceso de la deuda de la compañía La Garantía Dishington S. A.

al Instituto de Seguros Sociales por concepto de aportes obrero-patronales en el transcurso del presente año e informa que la empresa ha solicitado al Instituto una amnistía de aportes, sanciones, multas e intereses por concepto de EGM y ATEP por cuanto desde el mes de marzo no se les han prestado servicios ni se les han entregado tarjetas, así como una financiación de la deuda por concepto de los aportes de IVM —sin intereses, multas o sanciones—, lo cual se comprometen a pagar y respaldan con un pagaré.

" 'La Junta resuelve aprobar la solicitud presentada en el sentido de no cobrar las sanciones, intereses, ni aportes, únicamente por concepto de EGM y en la medida en que durante el lapso de tiempo solicitado no se les hayan prestado servicios médicos o farmacéuticos, ni se les hayan pagado incapacidades a sus trabajadores...'

"La sociedad La Garantía A. Dishington S. A. se considera beneficiaria de dicha exoneración y del no cobro de sanciones e intereses con respecto a la totalidad de aportes que por concepto de EGM adeuda al Instituto de Seguros Sociales desde enero de 1983 a junio de 1988.

"Por su parte, el Instituto de Seguros Sociales considera que dicha exoneración y el no cobro de sanciones e intereses, comprende únicamente a los aportes por concepto de EGM dejados de cancelar por dicha compañía en el año de 1983.

"Se pregunta entonces:

"El acto administrativo contenido en el Acta número 085 de 16 de diciembre de 1983, emanado de la Junta Administradora del Instituto de Seguros Sociales, acto que no ha sido anulado ni suspendido, y que se encuentra dentro del término permitido por la ley para ejecutarse, en cuanto a la aprobación contenida en el punto X, restringe su aplicación a un período de tiempo determinado?".

La Sala considera:

1º El Decreto-ley 1650 de 1977, por el cual se determinan el régimen y la administración de los Seguros Sociales, prevé en sus artículos 21 y 22 lo relativo a las contingencias de enfermedad en general y maternidad y sobre la obligación de los patronos de efectuar un aporte del sesenta y siete por ciento (67%) de la cotización total y los trabajadores del treinta y tres por ciento (33%) por esos conceptos. Le corresponde al Instituto reglamentar la periodicidad y el trámite para el pago de los aportes y la fijación de tasas de interés en caso que haya mora.

2º La Junta Administradora del Instituto de Seguros Sociales, el Consejo Nacional y el Instituto de Seguros Sociales, tienen a su cargo la dirección, la administración y el control de los seguros sociales obligatorios (arts. 35 y 55 del Decreto-ley 1650 de 1977).

3º De la lectura de la consulta se deduce:

a) Que la sociedad "La Garantía A. Dishington S. A." a finales del año 1983, solicitó al Instituto de Seguros Sociales que la exonerara del pago de aportes, sanciones, multas e intereses por concepto de las contingencias de enfermedad general y maternidad y accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de sus trabajadores, por cuanto desde el mes de marzo de ese año no se les prestaba servicios ni se les había entregado tarjetas de afiliación;

b) Que en orden a resolver dicha solicitud, la Junta Administradora del mencionado Instituto, en sesión del día 16 de diciembre de 1983, determinó eximir a la sociedad "La Garantía A. Dishington S. A." del pago de las sanciones, intereses y aportes, únicamente en relación con el concepto enfermedad general y maternidad, con la condición que durante el *lapso comprendido entre marzo y diciembre de 1983*, no se les hubiera prestado a sus trabajadores servicios médicos y farmacéuticos ni tampoco se les hubiera pagado incapacidades;

c) De tal manera que la Junta Administradora del Instituto de Seguros Sociales resolvió favorablemente sobre un aspecto de la solicitud presentada por la sociedad mencionada, es decir, en relación con los aportes y sanciones, por las contingencias de enfermedad general y maternidad.

4º Entendidos los planteamientos de la consulta en los anteriores términos, la Sala responde al señor Ministro de la siguiente manera:

Si la sociedad "La Garantía A. Dishington S. A." solicitó "amnistía" para no pagar aportes, sanciones, multas e intereses por concepto de enfermedad general y maternidad y accidentes de trabajo y enfermedades profesionales desde el mes de marzo hasta el mes de diciembre de 1983, mal podría entenderse que la Junta Administradora del Instituto de Seguros Sociales se hubiera pronunciado sobre un período diferente y aún más, que ese beneficio lo hubiera hecho extensivo hacia el futuro. El mismo sentido del término "amnistía" permite pensar en el perdón o en el olvido de actuaciones pasadas, y así lo expresó la Junta Administradora cuando determinó exonerar de los pagos atrasados a la sociedad mencionada por el "lapso de tiempo solicitado" pero sólo en relación con los aportes de enfermedad general y maternidad. Este beneficio se extinguió en diciembre de 1983, toda vez que su finalidad era permitir a la sociedad aportante quedar al día en sus obligaciones, por esos conceptos, con el Instituto de Seguros Sociales y así permitirle comenzar el año de 1984 libre de cargos, situación que le dejaría efectuar los aportes correspondientes dentro de los plazos fijados por la ley.

De tal manera que, el acto administrativo expedido por la Junta Administradora del Instituto de Seguros Sociales el 16 de diciembre de 1983, contenido en el Acta número 085 de la misma fecha, produjo

efectos jurídicos en relación con el período comprendido entre los meses de marzo y diciembre de 1983. Por lo mismo, la sociedad "La Garantía A. Dishington S. A." ha debido cancelar los aportes por concepto de enfermedad general y maternidad a partir de enero de 1984 en adelante.

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

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

COOJURISDICCIONAL. APORTES.

Las demás cooperativas que asocian funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público para la ejecución de proyectos especiales de vacaciones y de recreación, no tienen derecho a percibir los aportes pertinentes de la prima vacacional, puesto que con toda claridad el legislador quiso que los mismos depositaran a nombre de la única cooperativa entonces existente.

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

Consejero ponente: *Doctor Javier Henao Hidrón.*

Referencia: Consulta sobre el alcance de la Ley 54 de 1983, en la cual se destina un porcentaje de la prima vacacional en favor de la Cooperativa de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público.

Radicación número 261.

El señor Jefe del Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas, doctor Barlahán Henao Hoyos, formula a la Sala una consulta relacionada con la interpretación de la Ley 54 de 1983, previa la exposición de los siguientes hechos:

1º El artículo 1º de la Ley 54 de 1983 dispone que "el valor de tres de los quince días de la prima vacacional, o la parte proporcional de dicho valor conforme al inciso primero (1º) serán depositados por los respectivos pagadores en favor de la Cooperativa de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público para que ésta ejecute proyectos especiales de vacaciones y de recreación para los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público, pensionados y cooperados".

2º Actualmente existen tres cooperativas que agrupan a los empleados previstos en el artículo transcrito, así:

—Cooperativa Integral de la Rama Jurisdiccional y el Ministerio Público "COOJURISDICCIONAL LTDA.", con personería jurídica reconocida mediante la Resolución número 0976 de 2 de mayo de 1980. Tiene su domicilio en Bogotá y su ámbito de operaciones estatutario es el "Territorio de la República de Colombia".

—Cooperativa de Empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público del Cesar Ltda. "COOJUDICIAL DEL CESAR LTDA.", entidad a la cual se reconoció su personería jurídica por medio de la Resolución número 1056 de 7 de junio de 1985. Esta Cooperativa tiene su domicilio en la ciudad de Valledupar y ámbito de operaciones extensivo a todo el territorio del país. Se aclara que en el momento no tiene sucursales y que en el Cesar no tiene agencia COOJURISDICCIONAL LTDA.

—Cooperativa del Poder Judicial y del Ministerio Público de la Guajira "COOJUDEGUA LTDA.", a la cual se reconoció su personería jurídica en los términos de la Resolución número 1468 de 29 de julio de 1988. Su domicilio es la ciudad de Riohacha. Fue constituída por empleados antes vinculados a la agencia de COOJURISDICCIONAL LTDA. en la ciudad (sic) de la Guajira.

3º De estas tres cooperativas sólo la primera, COOJURISDICCIONAL LTDA., ha venido percibiendo los recursos contemplados en la norma precitada.

Las otras dos cooperativas referidas, del Cesar y de la Guajira, consideran que el artículo 1º de la Ley 54 de 1983 las cobija y que, por tanto, los respectivos pagadores deberían depositarles los valores correspondientes a los tres días de la prima vacacional de los empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público de los Departamentos mencionados, para los fines previstos en la norma.

4º La razón social de ninguna de las tres cooperativas coincide exactamente con la denominación utilizada en el texto de la disposición legal precitada. Por otra parte, en la fecha de sanción de la Ley 54 de 1983, de las tres cooperativas en referencia, sólo se encontraba legalmente constituída la Cooperativa Integral de la Rama Jurisdiccional y el Ministerio Público "COOJURISDICCIONAL LTDA.", que actualmente opera en casi todo el país por medio de sus agencias.

Con base en la situación expuesta se consulta si debe entenderse que los recursos a los que se refiere el artículo 1º de la Ley 54 de 1983 sólo deben ser depositados por los respectivos pagadores en favor de la Cooperativa de Empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público existente en la fecha de la sanción de la ley, o sea de "COOJURISDICCIONAL LTDA.", o si por el contrario, debe entenderse y aplicarse esta norma considerando que el beneficio allí establecido es extensivo a las Cooperativas que se constituyeron con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley, que asocien a empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público y que contemplen dentro de su objeto prestar el servicio de recreación a las personas previstas en la disposición transcrita anteriormente: los empleados

de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, los pensionados y los cooperados.

Se considera y responde:

1. La consulta se concreta a saber si con fundamento en la Ley 54 de 1983, el valor de tres de los quince días de la prima vacacional, o la parte proporcional de dicho valor, pagada a los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, *sólo* debe ser depositado por los respectivos pagadores en favor de la Cooperativa de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público existente en la fecha de la sanción de la ley (diciembre 26 de 1983), denominada Cooperativa Integral de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, cuya sigla es COOJURISDICCIONAL LTDA. y su ámbito de operaciones tiene carácter nacional, o debe entenderse que ese aporte corresponde también a las cooperativas constituídas después de la sanción de la ley, así tengan alcance departamental, pero que ejecutan proyectos especiales de vacaciones y de recreación para los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público, pensionados y cooperados.

2. El Decreto-ley 717 de 1978, que establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, dispuso en su artículo 31 que éstos tendrán derecho a una prima de vacaciones equivalente a quince (15) días de sueldo, que se pagará en la semana anterior al inicio de su disfrute. Esta prima —agrega el decreto— se reconocerá para las vacaciones causadas a partir de 1º de abril de 1977.

3. El inciso 3º del artículo 31 del Decreto-ley 717 de 1978, y como consecuencia de la creación de la prima vacacional, innovó en este sentido:

> El valor de tres de los quince días de la prima, o la parte proporcional de dicho valor conforme al inciso anterior, será depositado por los respectivos pagadores en el Fondo Nacional de Bienestar Social para que ejecute proyectos especiales de vacaciones y recreación para los funcionarios y empleados.

4. El artículo 1º de la Ley 54 de 1983 lo que hizo fue modificar la disposición transcrita en el numeral anterior, con el objeto de que la transferencia del valor de tres de los quince días de la prima vacacional, fuese depositado ya no en favor del Fondo Nacional de Bienestar Social sino de la Cooperativa de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público.

Para tal efecto, se dispuso lo siguiente:

> *Artículo 1º* El inciso 2º del artículo 31 del Decreto-ley número 0717 de abril 20 de 1978, quedará así:

> El valor de los tres de los quince días de la prima vacacional, o la parte proporcional de dicho valor conforme al inciso primero (1º), serán depositados por los respectivos pagadores en favor de la Cooperativa de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público para que ésta ejecute proyectos especiales de vacaciones y de recreación para los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público, pensionados y cooperados.

5. La historia fidedigna de la Ley 54 de 1983, la intención que inspiró al legislador para expedirla, es principio fundamental de hermenéutica jurídica al tenor de lo dispuesto en la Ley 153 de 1887.

En la HISTORIA DE LAS LEYES, Legislatura de 1983, Tomo III, páginas 138 y 139, consta que el proyecto que dio origen a la Ley 54 de 1983 fue presentado por el representante de la circunscripción electoral del Departamento de Cundinamarca, Luis Ciro González Sarmiento, el 18 de agosto de 1983, y éste, en la exposición de motivos, dejó consignado que fue un grupo de Jueces Civiles Municipales de Bogotá el que contribuyó decididamente para la fundación de la Cooperativa de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público "a la que ya le fue reconocida su personería jurídica por Resolución número 0976 de 2 de mayo de 1980, por la Superintendencia Nacional de Cooperativas".

"Esta Cooperativa —agrega la exposición de motivos— va a reunir de hecho a todos los funcionarios de la República, a quienes otorgará muy importantes servicios tales como: Ahorro, crédito, educación, guarderías, servicios médicos, planes de vivienda, vacaciones y recreación, a objeto de mejorar sus condiciones sociales de vida tanto de ellos como de sus familias, y de los pensionados. La Cooperativa tiene en la actualidad un capital de tres millones de pesos ($ 3.000.000.00), los que ha destinado para prestar a sus socios con un módico interés mensual del uno y medio por ciento (...). Es apenas justo y lógico que el dinero de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, que devengan legalmente cada uno, equivalente al descuento de tres (3) días de prima vacacional, se les permita disponer del monto de ellos a través de la Cooperativa para que se desarrollen libremente sus planes tendientes a un mayor beneficio colectivo, resultando ello más funcional y de fácil realización. La Cooperativa deberá adquirir prioritariamente una cómoda edificación en Bogotá, en dónde instalar su sede para establecer almacenes y los demás servicios".

6. También en las distintas ponencias se alude a la "Cooperativa de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público". Así, por ejemplo, el ponente para segundo debate en el Senado de la República, Gregorio Becerra Becerra, expresó lo siguiente:

> Las disposiciones que contiene el proyecto de ley se refieren a la destinación especial que ha de darse a los des-

cuentos que se les hace a los empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público de "los tres de los quince días de prima vacacional, o la parte proporcional de dicho valor", que por mandato del Decreto-ley número 0717 de abril 20 de 1978, estaban destinados a ser depositados por los respectivos pagadores en el Fondo Nacional de Bienestar Social, y que por virtud de lo dispuesto en el proyecto de ley a partir de la vigencia de ésta, deberán ser depositadas en la "Cooperativa de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público" (*ibídem*, pág. 147).

7. De lo anterior se deduce que la Ley 54 de 1983, cuando dispuso que se depositara el valor correspondiente a tres días de los quince de la prima vacacional de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, en favor de la Cooperativa de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, se refirió exclusivamente a la Cooperativa Integral de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, Coojurisdiccional Ltda. Esta Cooperativa, según manifiesta el consultante, tiene personería jurídica reconocida mediante la Resolución número 0976 de 2 de mayo de 1980, es decir, que se trata de la misma entidad que citó el señor representante, autor del proyecto de ley, en la exposición de motivos, y sobre cuya existencia no hubo discusión en los posteriores debates en el Congreso.

8. Se concluye, por tanto, que las demás Cooperativas que asocian funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público para la ejecución de proyectos especiales de vacaciones y de recreación, no tienen derecho a percibir los aportes pertinentes de la prima vacacional, puesto que con toda claridad el legislador quiso que los mismos se depositaran a nombre de la única Cooperativa entonces existente.

Transcríbase al señor Jefe del Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas, por intermedio de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República (art. 112 del C. C. A.).

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

PERSONERO. Funciones. PODER DISCIPLINARIO. REGIMEN DISCIPLINARIO.

El fundamento legal para que la personería investigue disciplinariamente a los funcionarios municipales, no comprende toda clase de conductas irregulares, sino solamente aquellas a que se refiere la ley: Dificultar o hacer ineficaz el derecho de petición, por las causales de mala conducta previstas en el artículo 76 del Código Contencioso Administrativo.

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

Consejero ponente: *Doctor Javier Henao Hidrón.*

Referencia: Consulta sobre la competencia disciplinaria de los Personeros Municipales.

Radicación número 265.

El hasta hace poco Ministro de Gobierno, doctor César Gaviria Trujillo, formula a la Sala la consulta que está concebida en los términos siguientes:

Desde la expedición del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984) en el artículo 75 numeral 4º, se estableció la facultad de los Personeros Municipales para aplicar medidas disciplinarias o, solicitar su aplicación a quien sea competente, a los funcionarios que sin justa causa dificulten o hagan ineficaz el ejercicio del derecho de petición o incurran en las conductas previstas en el artículo 76 del mismo Código.

Las sanciones que establece este último artículo son la de multa hasta de un millón de pesos ($ 1.000.000.00), o la destitución del responsable.

En estas condiciones, los Personeros tienen facultades disciplinarias en relación con las conductas de los empleados municipales a que se refiere el artículo 75 ya citado y las que tienen que ver con el derecho de petición.

Posteriormente la Ley 11 de 1986, en su artículo 36, norma que se codifica en el artículo 140 del Decreto 1333 de 1986 (Código de Ré-

gimen Municipal), vuelve a establecer la facultad disciplinaria de los Personeros Municipales sobre las mismas materias, en otras palabras, no es competencia general sino restringida.

En los municipios y en los departamentos, así como en cada Ministerio, o establecimiento público, siempre se ha reconocido la facultad del Jefe de la respectiva entidad para ordenar la investigación de sus funcionarios y para sancionarlos incluso con la destitución si fuere el caso.

En estas condiciones, tanto el Alcalde como el Personero tendrían competencia para investigar y sancionar a los empleados municipales, el primero con una competencia general y el segundo, de acuerdo a las normas ya citadas.

En el Municipio de Ibagué, el Concejo Municipal expidió el Acuerdo número 52 de 1985, que establece el régimen disciplinario y regula el procedimiento para las investigaciones administrativas que adelanta la Personería Municipal. En este Acuerdo se facultó en forma privativa al Personero para iniciar, tramitar y fallar los procesos disciplinarios, en general de los empleados municipales.

Con fundamento en las normas citadas y en el Acuerdo número 52 de 1985 del Concejo de Ibagué se consulta:

1. Si la Personería ha iniciado una investigación a un funcionario y ha solicitado la destitución del mismo al señor Alcalde, él a su vez puede ordenar por la Secretaría de Gobierno, otra investigación para el funcionario y desatender la solicitud de destitución hecha por la Personería Municipal?

2. Existe fundamento legal para que la Personería investigue a los funcionarios municipales por toda clase de conductas irregulares o solamente por aquellas a las que se refiere la ley?

3. Qué clase de sanciones pueden aplicar directamente los Personeros y cuáles tiene que solicitar el Jefe de la entidad que se aplique? En el caso de que tanto el Alcalde como el Personero quieran adelantar la investigación cuál prevalece sobre la otra?

4. Tienen competencia los Alcaldes para ordenar las investigaciones de sus funcionarios subalternos y aplicar las sanciones del caso?

5. Cuál sería el papel o la actuación del Personero en la Comisión de Personal de que trata el artículo 22 del Decreto 1001 de 1988, si él también adelanta investigaciones?

Agradezco la absolución a esta consulta en atención a que constituye una inquietud de gran mayoría de municipios del país.

Se considera:

1. La Ley 49 de 1987, que parcialmente desarrolló las normas constitucionales sobre elección popular de los Alcaldes contenidas en el Acto legislativo número 1 de 1986, hizo aplicable a los municipios el régimen disciplinario que la Ley 13 de 1984 y su Decreto reglamentario 482 de 1985, habían establecido para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional.

En efecto, la Ley 49 de 1987 dispuso al respecto lo siguiente:

> Artículo 10. Mientras se expide el régimen disciplinario para el Alcalde y demás empleados municipales, además de lo dispuesto en leyes vigentes, les serán aplicables el estatuto establecido en la Ley 13 de 1984 y su Decreto reglamentario 482 de 1985 sobre administración de personal y régimen disciplinario para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional.

2. El régimen disciplinario, concebido por la ley como parte del sistema de administración de personal, tiene por objeto asegurar a la sociedad y a la administración pública la eficiencia en la prestación de los servicios a cargo del Estado, así como la moralidad, la responsabilidad y la conducta correcta de los funcionarios públicos, y a éstos los derechos y garantías que les correspondan como tales.

Dispone la Ley 13 de 1984 que la interpretación de las normas concernientes al régimen disciplinario, debe hacerse con referencia al Derecho Administrativo, de preferencia a cualquier otro ordenamiento jurídico. Y que, además, su aplicación deberá sujetarse a los principios de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción que orientan toda actuación administrativa, de conformidad con lo prescrito en el artículo 3º del Código Contencioso Administrativo.

Por lo demás y dada su naturaleza pública, la acción disciplinaria es susceptible de iniciarse de oficio, por información de empleado público o por queja presentada por cualquier persona en ejercicio del derecho de petición. En el proceso respectivo son admisibles las pruebas reconocidas por la ley, las que se apreciarán de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

3. La titularidad del poder disciplinario la confiere la Ley 13 de 1984, en primer lugar, al "Jefe del organismo o dependencia regional respectiva", quien dispone de competencia para adelantar la investigación disciplinaria por medio del funcionario que señale, quien actuará dentro de los términos que le fijen para el efecto; debiendo dar aviso oportuno de la iniciación de la acción disciplinaria y de sus resultados, respectivamente, a la Procuraduría General de la Nación (art. 7º).

Como dicha ley es aplicable a los municipios por disposición del artículo 10 de la Ley 49 de 1987, es menester concluir que el Alcalde,

respecto de sus empleados; los directores o gerentes de las entidades descentralizadas municipales, en relación con los empleados y trabajadores de la respectiva entidad; y los contralores y auditores, en frente de sus empleados, están legalmente autorizados para ordenar investigaciones disciplinarias.

Del mismo modo, los Personeros Municipales disponen de este poder disciplinario en su respectiva dependencia.

Advierte la ley que cuando contra un mismo funcionario o empleado se adelanten varias investigaciones disciplinarias, éstas deberán acumularse y fallarse en un solo proceso. Lo mismo se hará cuando se trate de faltas conexas. En estos eventos, la sanción será la que corresponde a la falta más grave (art. 8º de la Ley 13 de 1984).

4. No obstante lo expuesto en el numeral anterior, el Ministerio Público (Procuraduría General de la Nación) puede en cualquier momento iniciar o asumir una investigación disciplinaria, caso en el cual la entidad deberá suspender las diligencias que estuviere adelantando y poner a disposición de la Procuraduría todos los documentos que sean pertinentes. Así se deduce de la aplicación de los artículos 11 de la Ley 13 de 1984 y 56 del Decreto 482 de 1985.

En sentido estricto y de acuerdo con el vocabulario empleado por la Constitución Política (art. 142), el Ministerio Público es ejercido por un Procurador General de la Nación y por los fiscales que designe la ley, por manera que el Personero Municipal no es agente del Ministerio Público.

Y es a los funcionarios del Ministerio Público a quienes corresponde, entre otras atribuciones, la de "supervigilar la conducta oficial de los empleados públicos y perseguir los delitos y contravenciones que turben el orden social", de conformidad con el artículo 143 de la Constitución.

En tal sentido la Ley 25 de 1974, por la cual se expiden normas sobre organización y funcionamiento del Ministerio Público y régimen disciplinario, en esta última materia no atribuye competencia alguna a los Personeros Municipales. Por el contrario, en su artículo 26 establece que es a los Procuradores Delegados para la Vigilancia Administrativa y para la Contratación Administrativa, según el caso, a quienes corresponde adelantar en primera instancia (la segunda instancia se tramita ante el Procurador General de Nación), los procesos disciplinarios contra los funcionarios del orden nacional, departamental y municipal, que allí mismo se determinan, siendo los del orden municipal los siguientes: El Alcalde Mayor, el Contralor y el Tesorero del Distrito Especial de Bogotá; los Alcaldes de capital de departamento y los Secretarios de la Alcaldía Mayor de Bogotá.

Respecto de los procesos disciplinarios que se adelanten contra los demás empleados oficiales y quienes, sin tener este carácter, ejer-

zan funciones públicas en el respectivo territorio, la competencia en primera instancia corresponde a los Procuradores Regionales.

5. Ahora bien: de conformidad con lo preceptuado en el artículo 10 de la Ley 49 de 1987, el régimen disciplinario aplicable al Alcalde y demás empleados municipales es, "además de lo dispuesto en leyes vigentes", el establecido en la Ley 13 de 1984 y su Decreto reglamentario 482 de 1985.

Las disposiciones sobre la materia contenidas en leyes vigentes distintas de la Ley 13 de 1984, son fundamentalmente las establecidas en el Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), artículos 75 y 76, en donde precisamente se asignan funciones disciplinarias al Personero Municipal con la finalidad de defender y hacer eficaz el derecho de petición.

6. El Código Contencioso Administrativo dispone que los Personeros Municipales tendrán a su cargo, entre otras atribuciones, la de *aplicar* medidas disciplinarias o *solicitar* su aplicación al que sea competente, a los funcionarios que, sin causa justificada, dificulten o hagan ineficaz el ejercicio del derecho de petición o incurran en las conductas prescritas en el artículo 76 (*ibidem*, art. 75, numeral 4).

Esta competencia de los Personeros Municipales es menester entenderla sin perjuicio de las facultades y deberes constitucionales y legales del Procurador General de la Nación, los Procuradores Regionales o Distritales, los Fiscales de los Tribunales y Juzgados Superiores y demás funcionarios del Ministerio Público, los cuales deberán cooperar al cumplimiento de dichas atribuciones y aplicar de oficio o a petición de parte, medidas disciplinarias a los funcionarios o empleados que les están sometidos y que, sin causa justificada, dificulten o hagan ineficaz el ejercicio del derecho de petición (*ibidem*, art. 75, inciso final).

Como se deja expresado, se trata de velar por el ejercicio y la efectividad del derecho de petición desarrollado en el mismo Código por sus artículos 5º a 39, los cuales encuentran su antecedente más inmediato en el derogado Decreto 2733 de 1959.

El artículo 76 del Código, que se enuncia con el subtítulo "Causales de mala conducta de los funcionarios. Sanciones disciplinarias", enumera 14 causales de mala conducta que dan origen a la imposición de multas (hasta de $ 2.110.000.00, según la nueva cuantía determinada por el Decreto 2269 de 1987) o la destitución del responsable. Tales causales de mala conducta son:

> 1. Negarse a recibir las peticiones, a expedir constancias sobre ellas, o a sellar sus copias, cuando se presenten en los días, horas y sitios que indiquen los reglamentos.

2. Negarse a recibir las declaraciones o liquidaciones privadas necesarias para cumplir con una obligación legal.

3. Negarse a recibir los escritos de interposición y sustentación de recursos.

4. No dar traslado de los documentos recibidos a quien deba decidir, dentro del término legal.

5. Demorar en forma injustificada la producción del acto, su comunicación o notificación.

6. Resolver sin motivación, siquiera sumaria, cuando sea obligatoria.

7. Ejecutar un acto que no se encuentre en firme.

8. Dilatar o entrabar el cumplimiento de las decisiones en firme o de las sentencias.

9. No declararse impedido cuando exista deber de hacerlo.

10. No practicar oportunamente las pruebas decretadas, o denegar sin justa causa las solicitadas.

11. Reproducir actos suspendidos o anulados por la jurisdicción en lo contencioso administrativo cuando no hayan desaparecido los fundamentos legales de la anulación o suspensión.

12. No hacer lo que legalmente corresponda para que se incluya dentro de los presupuestos públicos apropiaciones suficientes para el cumplimiento de las sentencias que condenen a la administración.

13. Entrabar la notificación de los actos y providencias que requieran esa formalidad.

14. Intimidar de alguna manera a quienes deseen acudir ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo para el control de sus actos.

Significa lo anterior que de conformidad con lo estipulado por el Decreto-ley 01 de 1984, el Personero ejerce función disciplinaria cuando se trata de garantizar el debido ejercicio del derecho de petición, para lo cual se determinan las causales de mala conducta, las mismas que le confieren una competencia, no general sino restrictiva.

7. Por otra parte, la Ley 11 de 1986, en su artículo 36 (incorporado al Código de Régimen Municipal o Decreto 1333 de 1986, art. 139), retoma algunas funciones provenientes de la Ley 4ª de 1913 —antiguo

Código de Régimen Político y Municipal, art. 234— e incluye otras nuevas, con el propósito de conferir al Personero Municipal el carácter de "defensor del pueblo o veedor ciudadano".

El primer calificativo, el de "defensor del pueblo" es tomado de la Constitución española de 1978; y el segundo, de "veedor ciudadano", se inspira en la legislación escandinava referente al Ombudsman.

En tal calidad, el Personero dispone, entre otras, de las atribuciones siguientes contenidas en el artículo 36:

> 3ª Vigilar la conducta oficial de los empleados y trabajadores municipales y velar porque desempeñen cumplidamente sus deberes y se les exija responsabilidad por las faltas que cometan.
>
> 5ª Adelantar investigaciones sobre los hechos que a su juicio impliquen situaciones irregulares y formular las recomendaciones, quejas o acusaciones a que hubiere lugar.

La misma disposición precisa, en su inciso final, que el Personero no ejercerá funciones administrativas distintas de las que las normas vigentes le señalen para el manejo de sus propias oficinas o dependencias.

De manera que las atribuciones transcritas son consecuencia de la calidad atribuida al Personero de ser defensor de los derechos del pueblo y veedor o vigilante de la administración municipal. Por tanto, las ejerce como una competencia distinta de la que le corresponde asumir en materia de régimen disciplinario, pues éstas fluyen directamente de lo dispuesto en el artículo 75, numeral 4, del Código Contencioso Administrativo, en armonía con el artículo 76 del mismo Código.

8. En cuanto a la Comisión de Personal, ésta se encuentra establecida por el artículo 19 de la Ley 13 de 1984 con la función de emitir concepto en todos los casos en que se considere deba imponerse la sanción de destitución.

La Comisión —agrega la norma citada— deberá actuar sobre los documentos que se sometan a su consideración. De sus deliberaciones y recomendaciones se dejará constancia escrita.

El concepto de la Comisión de Personal "no será obligatorio para la autoridad nominadora", precisa el artículo 49 del Decreto reglamentario 482 de 1985.

Ya para los municipios, la Comisión de Personal ha sido creada por el artículo 22 del Decreto 1001 de 1988, que la conforma con el Secretario General, el Asesor Jurídico del municipio, o quien haga sus

veces y un representante de los empleados elegido para un período de dos (2) años.

Se responde:

A la pregunta número 1. Si la Personería ha iniciado investigación disciplinaria a un empleado municipal, de acuerdo con la competencia que le otorga el Código Contencioso Administrativo (art. 75, numeral 4) y solicitado la destitución del mismo al señor Alcalde, éste a su vez carece de competencia legal para ordenar otra investigación al mismo empleado, por los mismos hechos. El Alcalde no está autorizado para acudir a semejante procedimiento, que no haría sino entrabar la investigación y eludir la decisión de la personería. Pero por otras causales, el Alcalde o el Ministerio Público podrían adelantar la investigación correspondiente.

A la pregunta número 2. El fundamento legal para que la Personería investigue disciplinariamente a los funcionarios municipales, no comprende toda clase de conductas irregulares, sino solamente aquellas a que se refiere la ley: dificultar o hacer ineficaz el derecho de petición, por las causales de mala conducta previstas en el artículo 76 del Código Contencioso Administrativo.

El Personero puede también adelantar las investigaciones disciplinarias del personal subalterno de la Personería e imponer las sanciones correspondientes, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 13 de 1984.

Sin embargo, el Personero tiene la función general de vigilar la conducta oficial de los empleados y trabajadores municipales, así como adelantar investigaciones sobre los *hechos* que a su juicio impliquen situaciones irregulares, debiendo en ambos casos exigir la responsabilidad a que hubiere lugar mediante la formulación de recomendaciones, quejas o acusaciones ante la autoridad administrativa o judicial competente.

A la pregunta número 3. Las faltas disciplinarias de los empleados municipales se sancionan en la forma prescrita en la Ley 13 de 1984. Con fundamento en el artículo 16 de esta ley, la competencia es la siguiente:

a) La amonestación escrita y la censura con anotación en la hoja de vida (...) la impondrá el superior inmediato del empleado;

b) La multa que no exceda de la quinta parte del sueldo mensual y la suspensión en el ejercicio del cargo hasta por 30 días sin derecho a remuneración (...) serán impuestas por el Alcalde, en su carácter de jefe de la administración municipal, o por el jefe de la entidad respectiva;

c) La destitución será impuesta también por el Alcalde, en su carácter de autoridad nominadora, respecto de los empleados de la administración central; o por la respectiva autoridad nominadora, en el caso de los empleados municipales no pertenecientes a la administración central municipal.

Además, al Personero le incumbe:

a) Sancionar las faltas disciplinarias de los empleados de su dependencia; y

b) Solicitar la aplicación de sanciones por faltas cometidas por empleados municipales encargados de hacer efectivo el derecho de petición (Ley 13 de 1984; Decreto 01 de 1984, arts. 75 y 76; y Ley 57 de 1985, arts. 25 y 29).

La hipótesis planteada por el consultante, en el sentido de que si tanto el Alcalde como el Personero quieran adelantar la investigación, cuál prevalece sobre la otra, no es posible que ocurra en la práctica, si se entienden debidamente las competencias de ambos funcionarios.

En efecto, el Personero dispone de competencia disciplinaria exclusiva y excluyente con respecto a la defensa y eficacia del derecho de petición; el Alcalde por su parte, dispone de competencia disciplinaria general en relación con los empleados de la administración central municipal, por las faltas que cometan, distintas de las causales de mala conducta vinculadas con el derecho de petición.

A la pregunta número 4. La respuesta es positiva. El Alcalde tiene competencia para ordenar investigación disciplinaria a cualquiera de sus empleados subalternos y aplicar las sanciones del caso, de conformidad con los artículos 7º y concordantes de la Ley 13 de 1984.

A la pregunta número 5. El Personero no forma parte de la Comisión de Personal creada para los municipios por el Decreto 1001 de 1988, artículo 22. La función de la misma se concreta a emitir concepto en los casos en que se considere deba imponerse la sanción de destitución, al tenor de lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley 13 de 1984 y el artículo 49 del Decreto reglamentario 482 de 1985.

La Comisión de Personal deberá emitir dicho concepto, tanto en los casos en que la investigación disciplinaria haya sido adelantada por la autoridad nominadora, como cuando el Personero decida sancionar con destitución a un empleado municipal en ejercicio del poder de tutela respecto del derecho de petición.

Transcríbase al señor Ministro de Gobierno por intermedio de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República (art. 112 del C. C. A.).

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

RECUSACION. Naturaleza. PRINCIPIO DE PUBLICIDAD.

La decisión de una recusación no es acto de carácter general ni creador o modificador de una situación jurídica de carácter particular. Se tramita como incidente y se decide para que pueda continuar una actuación suspendida por su efecto. Su decisión entra a regir respecto del interesado desde el día siguiente a aquél en que se hizo la publicación en el Diario Oficial.

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

Consejero ponente: *Doctor Jaime Paredes Tamayo.*

Referencia: Consulta del Ministerio de Hacienda sobre: "Momento en que rige un acto administrativo que niega una recusación".

Radicación número 263.

En Oficio número 00029, el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público formula a la Sala la siguiente consulta:

"Los hechos:

"En una actuación administrativa que concluirá con la absolución o sanción del investigado, éste recusa al funcionario competente para resolver el asunto de fondo.

"De acuerdo con el artículo 30 del Código Contencioso Administrativo el trámite de un impedimento suspende los plazos para decidir o para que opere el silencio administrativo.

"Conforme lo dispuesto por el artículo 43 del Código Contencioso Administrativo, los actos administrativos de carácter general no serán obligatorios para los particulares mientras no hayan sido publicados.

"A su vez, el artículo 44 dispone que las demás decisiones, o sea aquellas que crean situaciones jurídicas particulares, que pongan término a una actuación administrativa se notificarán personalmente al interesado o a su representante o apoderado.

"Según el artículo 48 del Código Contencioso Administrativo, la falta o irregularidad de las notificaciones, determina que el acto o decisión no producirá efectos legales.

"La Ley 57 de 1985 en su artículo 8º ordena que los actos a que se refieren los literales a), b), c), e) y f), del artículo 2º de la misma ley, sólo empezarán a regir después de la fecha de su publicación.

"Teniendo en cuenta que en un caso determinado la recusación debe resolverse mediante un Decreto del Gobierno nacional, preguntamos lo siguiente:

"Consulta:

"1. El Decreto que resuelve la recusación, negándola, es un acto jurídico de carácter general o creador de una situación jurídica de carácter particular y, además, deberá entenderse que pone fin a una actuación administrativa?

"2. Dicho acto administrativo, como consecuencia de la respuesta dada en la pregunta anterior, regirá respecto del interesado desde el momento de su publicación, o deberá notificarse y regirá para éste desde el momento de su notificación?

"3. En virtud de los dos puntos anteriores la competencia del funcionario respectivo, suspendida en virtud de la recusación, se reasumirá desde el momento de la publicación del acto administrativo o desde el momento de la notificación al interesado?".

Consideraciones:

Manda la Ley 57 de 1985 que se incluyan en el Diario Oficial todos los actos gubernamentales y administrativos que la opinión deba conocer para informarse sobre el manejo de los asuntos públicos y para ejercer eficaz control sobre la conducta de las autoridades y los demás que según la ley deban publicarse para que produzcan efectos jurídicos (art. 1º *ibídem*).

Deben publicarse, en consecuencia, los Decretos del Gobierno, las Resoluciones ejecutivas, los contratos en que sean parte la Nación o sus entidades descentralizadas cuando dicha formalidad sea ordenada por la ley que los regula; los actos del Gobierno, de los Ministerios, de los Departamentos Administrativos, de las Superintendencias y de las Juntas Directivas o Gerentes de las entidades descentralizadas que creen situaciones jurídicas impersonales u objetivas o que tengan alcance e interés generales; los actos de naturaleza similar que expidan otras autoridades por delegación o por autorización legal y los demás actos que señalen las disposiciones vigentes y la misma Ley 57. Es expreso el mandato de que continúen publicándose los actos que lleven

la firma o contengan la aprobación del Presidente de la República (art. 3º *ibídem*).

Son señalados, además, los Decretos del Gobierno como actos que rigen sólo después de la fecha de su publicación por el artículo 8º, de tal modo que a la observancia de esta formalidad se vincula la firmeza de dichos decretos y la producción de sus efectos.

En las disposiciones consagradas por la Ley 57 sobre publicidad de los documentos oficiales ninguna se exceptúa por razón de la naturaleza de su contenido de los efectos que produzca, del sentido que incorpore o del interés que afecte. Si según la ley debe publicarse, el cumplimiento de este deber sólo presupone la expedición del acto, público por naturaleza y publicable como tal. Y el incumplimiento o violación de estas disposiciones constituye causal de mala conducta sancionada por el artículo 29.

Para efectos de publicidad de los actos administrativos también el Código Contencioso Administrativo dispuso en su artículo 43 que los de carácter general no obligan mientras no se publiquen como también el deber de comunicar por cualquier medio hábil toda decisión definitiva sobre peticiones de interés general.

"Las demás decisiones que pongan término a una actuación administrativa se notificarán personalmente al interesado, o a su representante o apoderado".

"

"Al hacer la notificación personal se entregará al notificado copia íntegra, auténtica y gratuita de la decisión, si esta es escrita".

"Cuando, *a juicio de las autoridades*, las decisiones afecten en forma directa e inmediata a terceros que no hayan intervenido en la actuación, ordenarán publicar la parte resolutiva, por una vez, en el Diario Oficial, o en el medio oficialmente destinado para estos efectos, o en un periódico de amplia circulación en el territorio donde sea competente quien expidió las decisiones" (art. 46 *ibídem*). Y mientras no se cumplan dichas notificaciones y publicaciones en la forma dispuesta ninguna decisión producirá efectos salvo que el interesado convenga en ella u oportunamente la recurra (art. 48 *ibídem*).

La vía gubernativa se inicia con la notificación o la publicación de la parte resolutiva de las providencias o actos que pongan término a una actuación administrativa (art. 50 *ibídem*).

Sin perjuicio de leyes especiales que regulen otros procedimientos administrativos, cuya aplicación prevalece sobre la de las normas hasta aquí reseñadas, procede ahora considerar el trámite o procedimiento aplicable, en lo pertinente, para declarar no probada una

causal de recusación invocada por el interesado dentro de la actuación que adelante determinado funcionario administrativo.

Alegada la causal, el funcionario recusado que no admita como ciertos los hechos alegados por el recusante o considere que no están comprendidos en ninguna de las causales de recusación previstas por el artículo 142 del Código de Procedimiento Civil o por el artículo 30 del Código Contencioso Administrativo, debe remitir el expediente a su inmediato superior o a falta de éste, al Procurador Regional.

La decisión del superior debe producirse dentro del término de diez días, en forma motivada y contra ella no procede recurso.

Si la decisión del superior señala que el funcionario recusado debe continuar el trámite, ordenará devolverle el expediente y el acto que tal señalamiento haga y dicha orden contenga, sólo producirá efectos desde el día siguiente a aquel en que se hizo la publicación en el Diario Oficial.

No es, en todo caso, dicha decisión acto de carácter general, pues sólo tiene alcance dentro de la actuación que adelanta el funcionario recusado y respecto de éste, aunque no sea parte en el incidente; pero tampoco es acto creador o modificador de una situación jurídica de carácter particular, pues el superior sólo admite o rechaza hechos alegados por el recusante o considera si están o no comprendidos en alguna de las causales de recusación, independientemente de la intervención del recusado.

Por su naturaleza incidental, ajena a recursos, la decisión de una recusación se asimila a un acto de trámite en cuanto no decide directa o indirectamente el fondo del asunto ni le pone fin, sino sólo garantiza la continuidad de la actuación a cargo del funcionario recusado, en términos de imparcialidad frente a quien lo recusa.

En cuanto acto de trámite que pone fin a un incidente provocado dentro de una actuación, así no esté sujeto a recursos, resulta imperativo comunicarlo puesto que resuelto el incidente reviven los términos de la actuación suspendida desde el recibo de la recusación, como se infiere del artículo 30 del Código Contencioso Administrativo.

Como acto que lleva la firma del Presidente de la República, indefectiblemente debe publicarse, según se infiere de lo dispuesto por los artículos 3º y 8º de la Ley 57 de 1985.

Son dos formalidades distintas, independientes una de otra, prescritas respecto del mismo acto y con el mismo efecto, la publicación en atención a la jerarquía administrativa del funcionario que la suscribe y la comunicación en atención a la naturaleza de la decisión que ratifica en el conocimiento a un funcionario.

Con fundamento en lo expuesto la Sala responde al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público:

1º La decisión de una recusación no es acto de carácter general ni creador o modificador de una situación jurídica de carácter particular. Se tramita como incidente y se decide para que pueda continuar una actuación suspendida por efecto de la recusación.

2º La decisión de una recusación entra a regir respecto del interesado desde el día siguiente a aquel en que se hizo la publicación en el Diario Oficial (art. 8º de la Ley 57 de 1985). Esta decisión para mayor certidumbre debe ser comunicada al recusado.

3º La actuación a cargo del funcionario recusado se continúa a partir del día siguiente al de la publicación en el Diario Oficial del acto que resuelve el incidente.

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

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

MUNICIPIO. Creación. NULIDAD. ALCALDE. Elección. CONCEJAL. Elección.

El Concejo y el Alcalde del municipio cuya creación se anuló sí pierden su calidad por virtud de la ejecutoria del fallo respectivo y mal pueden continuar ejerciendo sus funciones en territorio que deje de constituir municipio, y quede sometido a otra jurisdicción, de la que originalmente fue segregado. Por consiguiente si la Asamblea dicta una nueva ordenanza que cree otra vez el municipio, es necesario proceder a la elección de Alcalde y Concejales.

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

Consejero ponente: *Doctor Jaime Paredes Tamayo.*

Referencia: Consulta del Ministro de Gobierno sobre "elección de Alcaldes y Concejales municipales".

Radicación número 267.

En Oficio número 00053, el señor Ministro de Gobierno envió a la Sala la siguiente consulta:

"Una ordenanza departamental crea un municipio, pero en su creación no se llenaron los requisitos de ley y por esta razón el ser demandado dicho acto va a ser anulado por el Tribunal Administrativo Departamental.

"Como la ordenanza que creó el referido municipio estuvo vigente durante varios años, antes de ser demandada, en las elecciones para Concejos municipales y Alcaldes, verificadas en 1986, el pueblo eligió su Alcalde y Concejo válidamente, quienes vienen ejerciendo sus cargos pues sus elecciones no han sido impugnadas.

"A su vez la Asamblea Departamental ante el hecho de que va a quedar en firme la anulación de la ordenanza creadora del municipio, ha preparado un nuevo proyecto de creación del mismo pero llenando todos los requisitos exigidos por la ley y pretende expedirlo una vez quede en firme la sentencia anulatoria de la ordenanza, con el objeto de que no se interrumpa la vida administrativa del municipio.

"En estas condiciones se consulta:

"Al crearse nuevamente el municipio con el mismo nombre, una vez sea anulada la primera ordenanza de creación, su Alcalde y Concejo, elegidos por el pueblo válidamente cuando el municipio tenía vida jurídica, podrían continuar ejerciendo sus funciones en dicho municipio sin necesidad de convocar a nuevas elecciones, en atención a que con la anulación de la primera ordenanza, ellos no pierden su calidad de Alcalde y Concejales sino que de hecho no tendrían un territorio en donde ejercer sus funciones, pero la nueva ordenanza al crearlo llenaría dicho vacío?".

Consideraciones:

La anulación de la ordenanza que creó el municipio involucrado en la consulta, ineludiblemente interrumpió el curso de su vida administrativa.

En efecto, la investidura de Concejal y el cargo de Alcalde, desde el momento de su elección y hasta cuando se pierda lleva anexa la autoridad o jurisdicción y ésta no se concibe sin una base especial definida sobre la cual opere.

La definición de la jurisdicción exclusiva de un municipio incluye un área geográfica como elemento necesario de su funcionamiento, implica la asignación de un territorio y el reconocimiento de su autonomía, en función de la descentralización de los servicios a cuya prestación se circunscribe.

Para efectos electorales, el municipio constituye, a su vez, un círculo único para la elección de Alcaldes y Concejales (Ley 49 de 1987, art. 9º).

Circunscripción territorial así determinada, por la atención de las necesidades locales y decisión de los asuntos administrativos correspondientes, personifica un ente territorial, y sólo bajo esa condición de persona jurídica puede ser eficaz su actividad administrativa y reconocidos como válidos los correspondientes actos.

Como órgano superior dentro de la organización municipal, el Concejo, y el Alcalde, como jefe de la administración, ejecutor de los Acuerdos del Concejo, Jefe de Policía y representante legal, sólo pueden actuar válidamente mientras conservan su investidura y la jurisdicción que lleva anexa, es decir, la capacidad legal permanente para desempeñar el cargo. En general, Concejales y Alcaldes adquieren tal calidad desde el momento de su elección y la conservan hasta el vencimiento del período para el cual fueron elegidos o hasta cuando la pierdan.

La supresión de un municipio, la nulidad de la ordenanza que lo creó, conlleva la de la estructura de la administración municipal, de

la totalidad de sus dependencias y empleos asignados a las mismas, de tal manera que no resta posibilidad jurídica de que subsista alguna, de que continúe funcionando o de que la situación de los empleados se sujete a algún régimen transitorio que los mantenga vinculados regularmente a la administración.

La situación de retiro en que automáticamente quedan colocados la determina el cumplimiento del fallo sobre nulidad de la ordenanza, su obligatoriedad para la administración y la fuerza de cosa juzgada *"erga omnes"*, propia de la sentencia que declara la nulidad de un acto administrativo (arts. 174 y 175 del Código Contencioso Administrativo).

La creación del mismo municipio, mediante expedición de otra ordenanza y llenando estrictamente los requisitos que establezca la ley, resulta ser la única opción viable de la respectiva Asamblea, pero la vigencia de la nueva ordenanza no afecta en manera alguna los efectos de la sentencia ejecutoriada ni su expedición cubre retroactivamente, el intervalo transcurrido entre la ejecutoria de la sentencia y la expedición de la ordenanza, así se cumpliera, en hipótesis, su sincronización.

En la expectativa de un acto de la administración, no puede fundarse, en todo caso aplazamiento o descuento de los efectos de la declaración jurisdiccional de nulidad, que es de ejecución inmediata, así la ley conceda un plazo para el cumplimiento del respectivo fallo. Ni jurídicamente es posible fingir o suponer que la ejecutoria de la sentencia no alcanzó a producir efectos porque lo impidió la expedición de otra ordenanza. De donde la conclusión de la Sala en el sentido de que el Concejo y el Alcalde del Municipio cuya creación se anuló sí pierden su calidad y por virtud de la ejecutoria del fallo respectivo y mal pueden continuar ejerciendo sus funciones en territorio que deje de constituir municipio, según el artículo 8º del Código de Régimen Municipal y quede sometido a otra jurisdicción, de la que originalmente fue segregado. Por consiguiente si la Asamblea dicta una nueva ordenanza que cree otra vez el municipio, es necesario proceder a la elección de Alcalde y Concejales.

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

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

SINDICATO MINORITARIO. CONVENCION COLECTIVA. Beneficios. CUOTA SINDICAL.

En los sindicatos minoritarios, es decir, en aquellos cuyo número de afiliados no exceda de la tercera parte de la totalidad de los trabajadores de la empresa, los beneficios de la convención colectiva de trabajo solamente se aplicarán a los trabajadores afiliados, a quienes adhieran a la convención y a quienes ingresen posteriormente al sindicato. Por el contrario, en los sindicatos mayoritarios los efectos de la convención colectiva que celebren se extenderán a todos los trabajadores de la empresa, sean o no afiliados al sindicato, salvo quienes renuncien expresamente a este beneficio.

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

Consejero ponente: *Doctor Humberto Mora Osejo.*

Referencia: Consulta del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social sobre, convención colectiva de trabajadores no sindicalizados.

Radicación número 266.

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

"1. La cuota por beneficio convencional a que se refiere el artículo 39 del Decreto 2351 de 1965 es una cuota especial, o puede considerarse como ordinaria o extraordinaria?

"2. Los trabajadores sindicalizados en una organización diferente a la que suscribió la convención colectiva deben, por el hecho de beneficiarse de dicha convención, pagar al sindicato pactante la cuota de beneficio convencional, o ésta sólo es obligatoria para el trabajador no afiliado a organización sindical alguna?

"3. El descuento efectuado en razón del beneficio de la convención a los trabajadores afiliados a los sindicatos no pactantes del contrato colectivo, vulneraría el derecho de asociación si eventualmente el trabajador a quien se descuenta cuota ordinaria y cuota por beneficio de la convención, renunciara al sindicato del cual es afiliado?".

La Sala considera:

1º El artículo 37 del Decreto 2351 de 1965 dispone que "las convenciones colectivas entre patronos y sindicatos cuyo número de afiliados no exceda de la tercera parte del total de los trabajadores de la empresa, solamente son aplicables a los miembros del sindicato que las haya celebrado, y a quienes adhieran a ellas o ingresen posteriormente al sindicato".

El artículo 38 *ibídem* prescribe que "cuando en la convención colectiva sea parte un sindicato cuyos afiliados excedan de la tercera parte del total de los trabajadores de la empresa, las normas de la convención se extienden a todos los trabajadores de la misma, sean o no sindicalizados..."

2º En relación con la cuota que se debe pagar por el hecho de beneficiarse de la convención, el artículo 39 del mismo decreto establece que "cuando el sindicato sólo agrupe la tercera parte o menos del total de trabajadores de la empresa, los trabajadores no sindicalizados que se beneficien de la convención deberán pagar al sindicato, durante su vigencia, la mitad de la cuota ordinaria con que contribuyen los afiliados al sindicato" y que "cuando el sindicato agrupe a más de la tercera parte de los trabajadores de la empresa, los trabajadores no sindicalizados, por el hecho de beneficiarse de la convención, deberán pagar al sindicato, durante su vigencia, una suma igual a la cuota ordinaria con que contribuyen los afiliados al sindicato, a menos que el trabajador no sindicalizado renuncie expresamente a los beneficios de la convención..."

3º Según las normas citadas, en los sindicatos minoritarios, es decir, en aquellos cuyo número de afiliados no excede de la tercera parte de la totalidad de los trabajadores de la empresa, los beneficios de la convención colectiva de trabajo solamente se aplicarán a los trabajadores afiliados, a quienes adhieran a la convención y a quienes ingresen posteriormente al sindicato.

Por el contrario, en los sindicatos mayoritarios, o sea aquellos cuyos afiliados excedan de la tercera parte del total de los trabajadores de la empresa, los efectos de la convención colectiva que celebren se extenderán a todos los trabajadores de la empresa, sean o no afiliados al sindicato, salvo quienes renuncien expresamente a este beneficio.

4º Los trabajadores no afiliados a un sindicato que celebre una convención colectiva y que gocen de las ventajas de ésta, tiene la obligación de pagar una cuota al sindicato por el hecho de beneficiarse de la convención colectiva de trabajo.

Se consulta si las cuotas que se deben pagar por beneficiarse de una convención colectiva de trabajo, a que se refiere el artículo 39 del Decreto 2351 de 1965, son especiales, ordinarias o extraordinarias.

Las cuotas que por beneficiarse de la convención colectiva deben pagar los trabajadores no sindicalizados, son especiales, distintas de las ordinarias y extraordinarias que deben pagar los trabajadores sindicalizados; el artículo 39 del Decreto 2351 de 1965 impone la obligación de cancelarlas y determina su valor, que es igual al de la cuota ordinaria con que contribuyen los trabajadores afiliados al sindicato. Por consiguiente, la obligación de pagar esta cuota especial no proviene de los estatutos del sindicato ni de una determinación de la asamblea general del mismo, como sucede, respectivamente, con las cuotas ordinaria y extraordinaria, sino de una expresa e inequívoca prescripción legal.

También se consulta si los trabajadores afiliados a un sindicato, diferente del que suscribió la convención colectiva, deben a éste la cuota especial por el hecho de beneficiarse de la convención o si sólo es obligatoria para los trabajadores no afiliados a ningún otro sindicato.

El artículo 39 del Decreto 2351 de 1965 prescribe la obligación de pagar las cuotas especiales a los trabajadores no sindicalizados que se favorezcan con la convención colectiva de trabajo; esta disposición se refiere a los trabajadores que no estén afiliados al sindicato que celebre la convención. La obligación de pagar las cuotas especiales constituye la compensación, dispuesta por la ley, por el beneficio que obtiene el trabajador no afiliado de la convención colectiva de trabajo; si el sindicato ha logrado, mediante la convención, ventajas supralegales para los trabajadores, lo justo es que los no sindicalizados en él retribuyan mediante unas cuotas especiales que contribuyan a su sostenimiento, aunque estén afiliados a otro sindicato. Se trata, por consiguiente, de una obligación especial, impuesta por la ley, a los trabajadores que se benefician de una convención colectiva de trabajo celebrada por un sindicato al cual no están afiliados. Si el sindicato no representa más que la tercera parte de los trabajadores de la empresa para ello es indispensable que los no afiliados adhieran a la convención; si representa a más de la tercera parte de los trabajadores de la empresa, los beneficios de la convención colectiva de trabajo se extienden, por directa disposición de la ley, a todos los demás trabajadores de la empresa. En el primer caso los trabajadores no sindicalizados que adhieran voluntariamente a la convención deben contribuir al sindicato que la celebró con una cuota especial equivalente a la mitad de una cuota ordinaria y, en el segundo, los trabajadores que no están afiliados al sindicato que celebró la convención y que deban, por disposición de la ley, beneficiar sus ventajas, están obligados a contribuírle con cuotas especiales en cuantías que sean iguales a las cuotas ordinarias.

Finalmente se pregunta si se vulneraría o no el derecho de asociación sindical si el trabajador, a quien se descuenta una cuota ordinaria para el sindicato a que está afiliado y otra cuota especial por

beneficiarse de la convención colectiva de trabajo celebrada por otro sindicato, renunciare al sindicato del cual es afiliado?

El trabajador a quien se descuenta cuota ordinaria como afiliado a un sindicato y cuota especial por beneficiarse de una convención colectiva de trabajo, puede renunciar al sindicato a que pertenece en ejercicio del derecho de libertad sindical. Ese trabajador puede adherir o no a una convención colectiva de trabajo celebrada por un sindicato, diferente de aquél a que está afiliado, que no representa a más de la tercera parte de los trabajadores de la empresa. Además, aunque los beneficios de una convención colectiva de trabajo se extienden, por disposición de la ley, a todos los trabajadores de la empresa, si el sindicato que celebró la convención colectiva de trabajo representa a más de la tercera parte de los mismos, el artículo 39 del Decreto 2351 de 1965 faculta a los trabajadores para renunciar "expresamente a los beneficios de la convención", caso en el cual no están obligados a contribuirle al sindicato con una cuota especial equivalente al valor de una cuota ordinaria. De manera que, en todas las hipótesis analizadas, la ley preserva y garantiza la autonomía del trabajador en defensa de sus derechos, entre ellos, el de asociación sindical.

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

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

REAJUSTE PENSIONAL. Factores.

La ley señala dos factores que deben ser tenidos en cuenta para efectuar anualmente el reajuste pensional: el fijo —que la ley llama "suma fija" y es igual a la mitad de la diferencia entre el salario mínimo mensual legal antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto—, y el porcentual —que según la ley es equivalente a la mitad del porcentaje que represente el incremento entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto—.

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

Consejero ponente: *Doctor Javier Henao Hidrón.*

Referencia: Aplicación a los años 1976 y 1977, de los reajustes pensionales ordenados por la Ley 4ª de 1976.

Radicación número 269.

La señora Ministra del Trabajo y Seguridad Social, doctora María Teresa Forero de Saade, luego de explicar la manera como el Ministerio a su cargo ha venido interpretando los factores de incremento ordenados en la Ley 4ª de 1976, consulta a la Sala:

1. Cuáles son los factores de acuerdo con la ley, que se deben tener en cuenta para reajustar las pensiones de los años 1976 y 1977?

2. Cómo deben determinarse tales factores desde la vigencia de la Ley 4ª de 1976?

Se considera y responde:

1. Reajuste pensional ordenado por la Ley 4ª de 1976.

La Ley 4ª de 1976 ordenó el reajuste de las pensiones de jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de los sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, y en el sector privado, así como las que paga el Instituto de Seguros Sociales a excepción de las pensiones por incapacidad permanente parcial, "de oficio, cada año", a partir de 1º de enero de 1976 tomando en consideración estas dos alterna-

tivas: a) Cuando se eleve el mayor salario mínimo mensual y b) Cuando transcurra un año sin que sea elevado dicho salario.

2. Jurisprudencia del Consejo de Estado.

El Consejo de Estado, al pronunciarse reiteradamente sobre este asunto, ha sostenido por intermedio de la Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección Segunda o de Asuntos Laborales), los siguientes criterios:

a) Que el reajuste pensional opera desde la vigencia de la Ley 4ª de 1976, es decir, a partir de 1º de enero de dicho año;

b) Que el reajuste debe efectuarse de oficio por una sola vez el primero de enero de cada año;

c) Que para aplicar las alternativas previstas en el artículo 1º, incisos 2º y 3º de la citada ley, se determina lo ocurrido en el año inmediatamente anterior al 1º de enero en que deben realizarse los reajustes pensionales. Y,

d) Que los aumentos en el salario mínimo legal más elevado ocurridos durante un año no producen *ipso facto* incremento de las pensiones de jubilación (Sentencias de 4 de febrero de 1977, 20 de febrero de 1979 y en especial la de 21 de octubre de 1980).

3. Aumento de los salarios mínimos en 1976 y 1977.

En relación con la consulta, se tiene que por medio de los Decretos 1623 de 1976 y 2371 de 1977 se aumentaron los salarios mínimos para los años 1976 y 1977, respectivamente.

En efecto, el Decreto 1623 de 1976 (julio 30), vigente desde la fecha de su expedición —y que derogó el Decreto 2394 de 1974— dispuso que el monto del salario mínimo legal diario hasta el 31 de diciembre de 1976, será de cincuenta y dos pesos ($ 52.00) moneda legal, lo que equivale a mil quinientos sesenta pesos ($ 1.560.00) mensuales.

Y el Decreto 2371 de 1977 (octubre 12), vigente a partir de 1º de noviembre de dicho año —y derogatorio del Decreto 1623 de 1976— señaló el monto del salario mínimo legal diario hasta el 30 de abril de 1978, en setenta y ocho pesos ($ 78.00) moneda legal, cantidad que equivale a dos mil trescientos cuarenta pesos ($ 2.340.00) mensuales.

Por consiguiente, para el 31 de diciembre de 1976 estaba vigente el salario mínimo ordenado por el Decreto 1623, que debió tenerse en cuenta para el reajuste de las pensiones en el año de 1976. De la misma manera, el 31 de diciembre de 1977 el salario mínimo legal más alto vigente era el previsto en el Decreto 2371 del mismo año;

por tanto, a partir de 1º de enero de 1978 debían reajustarse las pensiones tomando como base ese salario, para el año inmediatamente anterior.

4. Norma aplicable a los reajustes pensionales de los años 1976 y 1977.

El segundo procedimiento dispuesto para efectuar los reajustes por el artículo 1º de la Ley 4ª de 1976, en su inciso 3º, y que se relaciona con la diferencia obtenida separadamente entre los promedios de los salarios asegurados de la población afiliada al Instituto de Seguros Sociales (I. de S. S.) y a la Caja Nacional de Previsión (CAJANAL) entre el 1º de enero y el 31 de diciembre del año inmediatamente anterior, no puede ser aplicado a los reajustes de 1976 y 1977. Ello por cuanto en esos años el Gobierno decretó aumento de los salarios mínimos por medio de los Decretos 1623 y 2371, respectivamente.

De ahí que deba aplicarse la primera posibilidad, que es la prescrita en el inciso 2º del artículo 1º de la mencionada ley, cuyo texto es el siguiente:

> Cuando se eleve el salario mínimo mensual legal más alto, se procederá como sigue: con una suma fija igual a la mitad de la diferencia entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto; más una suma equivalente a la mitad del porcentaje que represente el incremento entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, esto último aplicado a la correspondiente pensión.

5. Factores adoptados por la Ley 4ª de 1976.

De conformidad con la disposición anteriormente transcrita, la ley señaló dos factores que deben ser tenidos en cuenta para efectuar anualmente el reajuste pensional: el *fijo* (que la ley llama "suma fija" y es igual a la mitad de la diferencia entre el salario mínimo mensual legal antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto) y el *porcentual* (que según la ley es equivalente a la mitad del porcentaje que represente el incremento entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto).

Dichos factores se traducen en la siguiente fórmula matemática:

$$PR = PA + \frac{D}{2} + I$$

PR = pensión reajustada; PA = pensión antigua; D = diferencia entre salario antiguo y nuevo; I = cantidad equivalente al resultado de aplicar a PA la mitad de D expresada en porcentaje, o sea

$$I = \left(\frac{D\%}{2}\right) (P A).$$

6. Reajuste pensional correspondiente al año de 1976.

En orden a determinar los factores que se deben tener en cuenta para reajustar las pensiones en el año de 1976, es necesario precisar el valor del salario mínimo legal más alto en 31 de diciembre de 1975, con el fin de establecer cuál fue el incremento del salario mínimo legal más alto.

Ocurre que en el año de 1975 no fue elevado el salario mínimo legal más alto. Como consecuencia, deberá tenerse en cuenta el salario mínimo vigente de 1974.

Y fue precisamente mediante el Decreto 2394 de 1974 (noviembre 8) que se aumentó el salario mínimo legal diario a cuarenta pesos ($ 40.00), equivalente a mil doscientos pesos ($ 1.200.00) mensuales.

El aumento subsiguiente del salario mínimo, fue fijado por el Decreto 1623 de 1976 en mil quinientos sesenta pesos ($ 1.560.00) mensuales. Encontramos, por tanto, que la diferencia entre el salario antiguo ($ 1.200.00) y el salario nuevo ($ 1.560.00) es de trescientos sesenta pesos ($ 360.00), cantidad que se debe dividir por dos (2) para encontrar la "suma fija", así:

$$\frac{\$\ 360}{2} = \$\ 180 = \text{suma fija.}$$

De otro lado, para saber a qué porcentaje equivale la diferencia de $ 360.00 entre el antiguo y el nuevo salario, se procede en la forma siguiente: 360 × 100 ÷ 1.200 = 30, y esta suma se divide entonces por dos para encontrar la mitad del porcentaje: 30 ÷ 2 = 15.

Teniendo determinadas la suma fija ($ 180.00) y la mitad del porcentaje (15%) a que se refiere el inciso 2º del artículo 1º de la Ley 4ª de 1976, resulta la siguiente operación:

$$P R = P A + 180 + (15\% \text{ de } P A).$$

7. Reajuste pensional correspondiente al año de 1977.

El Decreto 2371 de 1977 elevó el salario mínimo a $ 2.340.00 mensuales, de donde se deduce que el incremento en el año de 1977, con relación al salario mínimo del año anterior (el vigente el 31 de diciembre de 1976), que fue de $ 1.560.00, es de $ 780.00. La suma fija, por consiguiente, equivale a 780.00 ÷ 2 = 390.00.

El porcentaje a que equivale $ 780.00 en relación con $ 1.560.00, se encuentra de la manera siguiente:

$$\text{Porcentaje } \frac{780 \times 100}{1.560} = 50\%.$$

Como la mitad de este porcentaje es 25%, la fórmula queda así: PR = PA + 390 + (25% de PA).

Transcríbase a la señora Ministra del Trabajo y Seguridad Social por conducto de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República (art. 112 del C. C. A).

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

EMPLEADO OFICIAL. Reintegro. PRESTACIONES SOCIALES. VACACIONES. PAGO.

La Sala considera que si se dispuso el reintegro de un empleado al cargo que ejercía y pagarle los sueldos, primas y bonificaciones dejados de percibir durante el tiempo que estuvo fuera del servicio como consecuencia del acto o de los actos que se anulen, la administración debe reconocerle y pagarle todo lo que dejó de percibir por esa causa. Sólo se debe deducir lo que el empleado hubiera percibido por concepto de sueldos, primas y bonificaciones en otra actividad ejercida en el mismo lapso.

Como el empleado no disfrutó las vacaciones oportunamente, por haber sido separado del servicio, para restablecerle el derecho se le debe pagar el valor compensatorio en dinero. El empleado tiene derecho a recibir, además de las primas anuales de vacaciones, el valor compensatorio de éstas durante el mencionado lapso.

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

Consejero ponente: *Doctor Humberto Mora Osejo.*

Referencia: Consulta del Ministerio de Gobierno, sobre liquidación de prestaciones de los empleados que se reintegren a la administración, en cumplimiento de una sentencia.

Radicación número 270.

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

"El Ministerio de Gobierno desea conocer el criterio de esa honorable Sala en relación con la forma como deben liquidarse las prestaciones sociales de los empleados del nivel nacional que al ser desvinculados ilegalmente, mediante sentencia se ordena su reintegro al mismo cargo o a uno de igual o de superior jerarquía y el pago de los sueldos, primas, prestaciones y demás emolumentos legales dejados de percibir durante el tiempo que estuvieron cesantes.

"Dicha liquidación, especialmente en lo relativo a vacaciones, se ha venido haciendo con diferentes criterios, de tal suerte que es necesario tener claridad al respecto para no incurrir, en un doble pago o en un desconocimiento de los derechos del empleado.

"Tomando como ejemplo un funcionario que ha sido reintegrado después de haber permanecido durante cuatro años desvinculado del servicio, para la liquidación de sueldos y prestaciones, existen dos tesis:

"Primera:

"Cuando hay lugar a un reintegro, no habiéndose presentado solución de continuidad en la prestación del servicio, al darse cumplimiento a la sentencia en cuanto a la cancelación por parte de la entidad oficial, de sueldos, primas, prestaciones y demás emolumentos legales dejados de percibir, en el caso concreto de las vacaciones, al incluir en la liquidación la prima de vacaciones de cada año y la cantidad correspondiente a cuarenta y ocho meses de sueldo, doce por cada año, quince días de ellos corresponden al descanso remunerado denominado vacaciones, sin que haya lugar a que cuando se reintegra el funcionario, después de haber permanecido cuatro años por fuera de la administración, se le tenga que liquidar en dinero el valor equivalente a 60 días hábiles de vacaciones, correspondientes a esos cuatro años.

"Lo anterior con fundamento en la ficción de no haberse presentado solución de continuidad en el servicio y en consecuencia, como ya se dijo, con la inclusión y cancelación de la prima de vacaciones correspondiente y doce meses de sueldo por cada año, se entiende que del tiempo que permaneció cesante, quince días de cada año, los disfrutó por concepto de vacaciones.

"Por otra parte, la sanción a la administración por la emisión de un acto ilegal, se traduce en una indemnización; por tanto, si la entidad reconoce, después del reintegro, el disfrute en tiempo de los cuatro períodos de vacaciones, se estaría desvirtuando el carácter compensatorio que posee la indemnización. De llegar a cancelar este tiempo en dinero, se estaría incurriendo en un doble pago, pues en los sueldos que se cancelan por todos los 48 meses, van incluidos los períodos de vacaciones.

"Segunda:

"Cuando un funcionario es reintegrado al servicio, mediante sentencia en la cual se ordena, el reconocimiento de los sueldos, asignaciones, prestaciones y demás emolumentos dejados de percibir, como no hay solución de continuidad, para realizar dichos pagos se acude a la ficción de que el empleado trabajó durante todo el tiempo que estuvo cesante. En estas condiciones, por cuatro años, que se supone

laboró, tendría derecho, además del sueldo de los doce meses por cada año, a quince días hábiles de vacaciones en tiempo por cada uno de ellos y al pago de sus correspondientes primas de vacaciones.

"El artículo 12 del Decreto 1045 de 1978, establece en cuanto al goce de las vacaciones, que éstas deben concederse por quien corresponde, oficiosamente o a petición de parte, dentro del año siguiente a la fecha en que se cause el derecho a disfrutarlas. Por tanto, mal podría afirmarse que en el sueldo de cada año va incluido el valor de las vacaciones, las cuales deben decretarse por la administración durante el año siguiente a su causación y no cada once meses y medio como se sostiene en la tesis anterior, con el argumento de que cada año que estuvo cesante disfrutó en tiempo sus quince días de vacaciones, puesto que no estaba trabajando; pues si bien es cierto que no trabajó y estaba en descanso, el mismo no fue voluntario sino obligado por el acto administrativo que lo desvinculó.

"En consecuencia, en la liquidación del empleado se debe tener en cuenta, además de las primas de vacaciones y los sueldos de los 48 meses, el valor correspondiente a 60 días hábiles de vacaciones a que tiene derecho, por todo el tiempo que duró cesante. O, si no se le indemnizan en dinero, la entidad a la cual se reintegra debe concederle los sesenta días en tiempo, graduándolos de acuerdo a las necesidades del servicio, en razón a que el fin primordial de las vacaciones es su disfrute en tiempo.

"En este caso, al reintegrarse el funcionario, teniendo en cuenta que no hubo solución de continuidad, la administración se encontraría frente a un empleado al cual le debe cuatro períodos de vacaciones en tiempo, sin poder argumentar que se acumularon más de los autorizados por la ley o que prescribieron, porque sería absurdo pedir vacaciones o disfrutarlas, estando destituído.

"Conforme a las dos tesis expuestas, este Despacho consulta, cuál es el criterio que debe aplicar la administración para liquidar los sueldos y lo correspondiente a vacaciones?".

La Sala considera:

1º Las sentencias ejecutoriadas de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, mediante las cuales se ordene el reintegro de empleados a los cargos que ejercían, deben cumplirse por la administración en todas y cada una de sus disposiciones. Los empleados administrativos tienen el deber de acatar las sentencias jurisdiccionales, hasta el punto que, según el artículo 76, ordinal 8º del Decreto-ley 01 de 1984, constituye causal de mala conducta "dilatar o entrabar el cumplimiento de las decisiones en firme o de las sentencias". Esto sin perjuicio que el desacato deliberado de las decisiones judiciales pueda implicar infracción penal.

2º Sin embargo, pueden presentarse dudas o incertidumbre en el cumplimiento de las sentencias judiciales, como las que motivan la consulta que se absuelve.

La Sala considera que si se dispuso el reintegro de un empleado al cargo que ejercía y pagarle los sueldos, primas y bonificaciones dejados de percibir durante el tiempo que estuvo fuera del servicio como consecuencia del acto o de los actos que se anulen, la administración debe reconocerle y pagarle todo lo que dejó de percibir por esa causa. Sólo se debe deducir lo que el empleado hubiera percibido por concepto de sueldos, primas y bonificaciones en otra actividad ejercida en el mismo lapso.

3º Además, si el empleado, durante el tiempo que estuvo fuera del servicio, como consecuencia del acto o de los actos anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, dejó de beneficiar una determinada prestación social o de percibir el valor compensatorio de la misma, y si la sentencia dispuso que se le reconozcan las prestaciones sociales dejadas de percibir o que el tiempo que permaneció fuera del servicio no interrumpe el correspondiente a sus prestaciones sociales, la administración debe reconocerle, como restablecimiento del derecho, todas las prestaciones sociales que el empleado dejó de recibir a consecuencia de haber sido separado del servicio por el acto o los actos anulados por la misma sentencia.

En este orden de ideas, si el empleado, en la hipótesis que se expone en el contexto de la consulta, permaneció fuera del servicio cuatro años, y si la sentencia ordenó reconocerle todas las prestaciones sociales dejadas de percibir o declaró que el tiempo que permaneció fuera del servicio no interrumpe el correspondiente a sus prestaciones sociales, la administración debe reconocerle las prestaciones sociales dejadas de recibir, entre ellas, las vacaciones a que tenía derecho en el mismo lapso. Como de todos modos el empleado no las disfrutó oportunamente, por haber sido separado del servicio, para restablecerle el derecho se le debe pagar el valor compensatorio en dinero. Por consiguiente, el empleado tiene derecho a recibir, además de las primas anuales de vacaciones, el valor compensatorio de éstas durante el mencionado lapso. Si no hubiera sido separado del servicio habría disfrutado de vacaciones y percibido cada año la prima correspondiente; el restablecimiento del derecho, por disposición judicial, implica el reconocimiento de las primas de vacaciones y la compensación en dinero de las vacaciones que no disfrutó oportunamente por haber sido separado del servicio.

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

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES - BANCO CENTRAL HIPOTECARIO. CONTRATO INTERADMINISTRATIVO DE OBRA PUBLICA Y DE CONSULTORIA. CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. Intervención.

El Instituto de Seguros Sociales y el Banco Central Hipotecario pueden celebrar entre sí convenios administrativos para la construcción de obras públicas y deben someterse al artículo 266 del Decreto-ley 222 de 1983. Por consiguiente dichos contratos se celebran directamente y, por tanto, no les es aplicable el trámite de las licitaciones públicas y/o privadas. Como el contrato que se pretende celebrar es interadministrativo, se pueden acordar libremente términos y condiciones como si fuera entre particulares, ajustándose a las atribuciones del Banco que no puede realizar actividades que no sean propias de su naturaleza. La Contraloría General de la República no tiene facultad para objetar la naturaleza jurídica y el contenido de los contratos y convenios que celebren las entidades de derecho público.

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

Consejero ponente: *Doctor Jaime Paredes Tamayo.*

Referencia: Consulta de la Ministra del Trabajo y Seguridad Social sobre: "Contratos interadministrativos entre el Instituto de Seguros Sociales y el Banco Central Hipotecario".

Radicación número 275.

La señora Ministra del Trabajo y Seguridad Social envió a la Sala la siguiente consulta:

"Consideraciones:

"—El artículo 266 del Decreto-ley 222 de 1983 a la letra dice: 'Los contratos que no sean de empréstito que celebran entre sí las entidades públicas, se sujetarán únicamente a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre particulares. Sin embargo, en ellos debe pactarse la sujeción de los pagos a las apropiaciones presupuestales, llevarse a cabo el registro presupuestal y ordenar su publicación en el Diario Oficial'.

"—El artículo 267 del mismo estatuto define las entidades de derecho público; entre ellas señala la Nación, los Departamentos, las Intendencias, las Comisarías, los Municipios, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea el 90% o más de su capital social.

"—El Instituto de Seguros Sociales es un establecimiento público descentralizado del orden nacional, adscrito al Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, conforme lo dispone el Decreto-ley 1650 de 1977.

"—El Banco Central Hipotecario es una sociedad de economía mixta sometida por el régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, conforme lo dispone el artículo 38 del Decreto-ley 080 de 1976.

"—El Instituto de Seguros Sociales y el Banco Central Hipotecario están obligados a cumplir las normas que regulan la contratación administrativa, especialmente las señaladas por el Decreto-ley 222 de 1983 y sus reglamentarios.

"Consulta:

"1. El Instituto de Seguros Sociales y el Banco Central Hipotecario, en aplicación del artículo 266 del Decreto-ley 222 de 1983, pueden celebrar directamente entre sí convenios para la ejecución de contratos...? prescindiendo del trámite de las licitaciones públicas y privadas?

"2. En el evento de ser viable jurídicamente la celebración directa de contratos o convenios interadministrativos, pueden acordar libremente los términos y condiciones de los mismos, como si fuera entre particulares?

"3. La Contraloría General de la República tiene facultad legal para objetar la naturaleza jurídica y el contenido de los convenios o contratos que celebren las entidades de Derecho Público y por tal razón iniciar juicio de cuentas?

"Justificación:

"El Instituto de Seguros Sociales requiere la celebración, con el Banco Central Hipotecario, de un convenio interadministrativo para la realización de obras públicas y de consultoría, para la construcción de Centros de Atención Básica y de Sedes para las Unidades Programáticas Zonales 'UPZ'. De esta forma, se logra que una entidad especializada, seria e idónea del Estado se encargue de ejecutar, en términos de oportunidad, economía, celeridad y eficacia, las obras requeridas para la prestación de un servicio público, lo cual redundará en beneficio de la comunidad".

La Sala considera:

1º El artículo 266 del Decreto-ley 222 de 1983, dispuso que "los contratos que no sean de empréstito, que celebren entre sí las entidades públicas, se sujetarán únicamente a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre particulares. Sin embargo en ellos debe pactarse la sujeción de los pagos a las apropiaciones presupuestales, llevarse a cabo el registro presupuestal y ordenarse su publicación en el Diario Oficial".

Por su parte el artículo 267 *ibidem* determina que "son entidades públicas la Nación, los Departamentos, las Intendencias, las Comisarías, los Municipios, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social".

El Instituto de Seguros Sociales y el Banco Central Hipotecario, por ser, respectivamente, un establecimiento público y una sociedad de economía mixta en la que el Estado posee más del noventa por ciento (90%) de su capital social, tienen el carácter de entidades públicas a las que se les aplican las disposiciones previstas en el artículo 266 del Decreto-ley 222 de 1983.

2º El contrato que pretende celebrar el Instituto de Seguros Sociales con el Banco Central Hipotecario, para la construcción de una obra pública, tanto por el objeto como por las partes que en él intervienen es un contrato administrativo que está regulado por el artículo 266 del Decreto-ley 222 de 1983. Dicho contrato administrativo implica la ejecución de un contrato de obra pública y de consultoría para la construcción de centros de atención médica.

3º Respecto de la intervención de la Contraloría General de la República, en la celebración del convenio que se propone realizar el Instituto de Seguros Sociales con el Banco Central Hipotecario, el Consejo de Estado ha reiterado que, según el artículo 59 de la Constitución, la Contraloría ejerce la "gestión fiscal de la administración" y no puede tener "funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización"; que ejerce "exclusivamente el control numérico legal de la administración, a manera de un 'poder de vigilancia de la gestión fiscal, que debe ejercer dentro de los límites que la propia Constitución y las leyes establecen' ". La jurisprudencia afirma que la Contraloría no puede "so pretexto de fiscalizar, inmiscuirse en las labores administrativas" ni tampoco "juzgar sobre la legalidad o ilegalidad intrínseca de los actos" de la administración, puesto que "ello es atribución que incumbe a los funcionarios jurisdiccionales, de acuerdo con la competencia que les atribuye el legislador" (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 14 de agosto de 1986).

De lo expuesto, se deduce que el artículo 298 del Decreto-ley 222 de 1983, que regula la intervención de la Contraloría en "todo proceso de contratación" sometido al estatuto contractual, no es aplicable al contrato citado porque por expresa disposición del artículo 266 *ibídem*, los contratos que se celebren entre entidades públicas están sometidos a las formalidades que exige la ley para la contratación entre particulares. Sin embargo, la Contraloría debe ejercer el control numérito legal respecto de la ejecución del mismo, toda vez que le está atribuido vigilar y controlar fiscalmente a todas las entidades o personas que a cualquier título reciban, manejen o dispongan de bienes o ingresos de la Nación, para garantizar al Estado su conservación y adecuado rendimiento (art. 2º, Ley 20 de 1975).

Con fundamento en las consideraciones anteriores, la Sala responde:

1º El Instituto de Seguros Sociales y el Banco Central Hipotecario pueden celebrar entre sí convenios administrativos para la construcción de obras públicas y deben someterse al artículo 266 del Decreto-ley 222 de 1983. Por consiguiente, dichos contratos se celebran directamente y, por tanto, no les es aplicable el trámite de las licitaciones públicas y/o privadas.

2º Como el contrato que se pretende celebrar es interadministrativo, se pueden acordar libremente términos y condiciones como si fuera entre particulares, ajustándose, eso sí, a las atribuciones y funciones del Banco que no puede realizar actividades que no sean propias de su naturaleza.

3º La Contraloría General de la República no tiene facultad para objetar la naturaleza jurídica y el contenido de los contratos y convenios que celebren las entidades de derecho público; cuando se trata de contratos administrativos, en cumplimiento del artículo 298 del Decreto-ley 222 de 1983, puede intervenir en el proceso de contratación limitándose a un control posterior que tiene que ver con la revisión de los procedimientos y operaciones que se hayan llevado a cabo durante el trámite de la contratación, con el objeto de verificar si se hizo de conformidad con las leyes y los reglamentos.

En estos términos se absuelve la consulta de la referencia.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

SISTEMA NACIONAL DE SALUD. Organismos adscritos. CLASIFICACION DE EMPLEADOS.

Es perfectamente válido que los establecimientos públicos departamentales y municipales determinen, en estatutos, las actividades que pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo. Tal ocurre, por ejemplo, con los hospitales, que ostentan el carácter de establecimientos públicos. El criterio guía es el de conveniencia y equidad, teniendo en cuenta la naturaleza de los diversos empleos.

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

Consejero ponente: *Doctor Javier Henao Hidrón.*

Referencia: Consulta sobre los organismos adscritos al Sistema Nacional de Salud, en cuanto a la clasificación de sus servidores.

Radicación número 273.

I. Planteamientos de la consulta:

La señora Ministra del Trabajo y Seguridad Social, doctora María Teresa Forero de Saade, hace el planteamiento del problema en los términos siguientes, según escrito dirigido al Presidente de la Sala:

En mi condición de Ministro del Trabajo y Seguridad Social y de acuerdo a lo previsto en el artículo 98 del Código Contencioso Administrativo me permito solicitarle muy comedidamente absolver la siguiente consulta:

Pueden los organismos a que se refiere el literal b), artículo 2 del Decreto 056 de 15 de enero de 1975, o sea los adscritos al Sistema Nacional de Salud, en concordancia con lo dispuesto en la Ley 3ª de 1986, artículo 304 del Decreto 1222 de 1986; 42 de la Ley 11 de 1986 y 292 del Decreto 1333 de 1986, precisar en sus estatutos otras actividades distintas a la de construcción y sostenimiento de obras públicas tales como; auxiliares de enfermería, promotores de saneamiento; ayudantes de farmacia, etc., como susceptibles de ser desempeñados por personas vinculadas mediante contrato de trabajo, es decir como trabajadores oficiales?

Al decir: "Pueden los organismos", me refiero al respectivo director de hospital, jefe seccional de salud, junta directiva, etc., según sea el competente en el respectivo ente.

Antecedentes de la consulta:

Al efectuar la clasificación de servidores del sector salud, adscritos al Sistema Nacional de Salud en el orden departamental y municipal, se han presentado diversas interpretaciones en cuanto a cargos que puedan ser desempeñados por trabajadores vinculados mediante contrato de trabajo, es decir, trabajadores oficiales.

Sostienen las organizaciones sindicales, que al amparo de los artículos 304 del Decreto 1222 de 1986 y 292 del Decreto 1333 de 1986 —básicamente—, en los establecimientos públicos del orden departamental y municipal, los servidores de esta clase de entes, son funcionarios públicos; que los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas, son trabajadores oficiales, además, *que en los estatutos del respectivo establecimiento se precisa, qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.*

Que a partir de allí, puede el respectivo ente clasificar empleos tales como: Ayudante de enfermería, promotores de saneamiento, ayudantes de farmacia, etc., para ser desempeñados por servidores vinculados por contrato de trabajo, es decir trabajadores oficiales.

No aparece un pronunciamiento expreso y claro de los servicios seccionales de salud sobre el tema, pero al parecer consideran que especialmente el cargo de auxiliar de enfermería, implica un contacto más directo con el paciente, debiendo ser ocupado por personal de una mayor calificación, y en consecuencia, clasificarse estas funciones para ser desempeñadas por empleados públicos. El Ministerio de Salud, por intermedio del titular de ese despacho, a cuyo cargo se encuentra la dirección y control del Sistema Nacional de Salud, mediante la circular 030 de 3 de junio de 1988, expresó las orientaciones que a juicio de ese despacho, debían contener las clasificaciones, y básicamente en el punto 3º, expresó:

> "(...) En ejercicio de la facultad discrecional, la autoridad competente para expedir los estatutos, dentro del criterio de la conveniencia y equidad, que será el que debe guiar, podrá precisar en ellos, actividades puramente auxiliares y operativas a desempeñar por personas vinculadas por contrato de trabajo; debe entenderse por actividades puramente auxiliares y operativas, aquellas cuyas funciones se caracterizan por el predominio de tareas manuales o de simple ejecución, tales como cocina, ropería, lavandería, costura, transporte, traslado de paciente, aseo en general, suministro

de alimentos y las propias del servicio doméstico o entre otras".

Con el propósito de conocer el criterio de esa honorable Corporación en relación con este asunto, me permito someter a su consideración el mismo.

II. Se considera y responde:

1. En el Decreto 56 de 1975, expedido en virtud de las facultades conferidas por la Ley 9ª de 1973, el Sistema Nacional de Salud es definido como el conjunto de organismos, instituciones, agencias y entidades que tengan como finalidad específica procurar la salud de la comunidad, en los aspectos de promoción, protección, recuperación y rehabilitación.

El mismo Decreto distingue entre entidades *adscritas*, que son todas las personas jurídicas de derecho público que prestan servicios de salud a la comunidad; y entidades *vinculadas*, que son todas las personas jurídicas de derecho privado que prestan idénticos servicios.

Entre los distintos niveles del Estado —nacional, departamental, intendencial, comisarial y municipal— la coordinación se hace mediante contratos, en los cuales los organismos, instituciones, agencias y entidades conservan su propia identidad y régimen jurídico. En todo caso la dirección técnica del Sistema corresponde al Ministerio de Salud.

2. El Decreto 356 de 1975, expedido también por el Gobierno con fundamento en las facultades conferidas por la Ley 9ª de 1973 y por el cual se dictan normas sobre el régimen de adscripción y el régimen de vinculación al Sistema Nacional de Salud, preceptúa en su artículo 2º que las entidades adscritas dependen administrativamente de los organismos de dirección del Sistema y el *personal* que en ellas labora está sujeto a la situación legal y reglamentaria de los *empleados públicos*.

Y agrega el siguiente parágrafo, que consolida el régimen laboral hasta entonces existente (distinto al de empleados públicos), siempre que sea favorable al trabajador:

> Las entidades adscritas que actualmente tengan un régimen distinto al de empleados públicos para su personal, lo conservarán en cuanto sea favorable al trabajador y procederán a adecuarlos al estatuto de personal de salud.

Hay que destacar también la disposición contenida en el artículo 19 del mismo Decreto, que es del tenor siguiente:

> Los hospitales que funcionen como establecimientos públicos adscritos al Ministerio de Salud Pública pasarán a

> ser dependencias administrativas del respectivo Servicio Seccional de Salud en los términos de adscripción del presente Decreto y dejarán de ser establecimientos públicos.

3. Siguiendo la normatividad expedida en el año de 1975 por el Gobierno —siempre con apoyo en la Ley 9ª de 1973— el Estatuto de Personal para el Servicio Nacional de Salud, contenido en el Decreto 694 de dicho año, reitera la calidad de empleados públicos para los servidores permanentes de los organismos de dirección y de las entidades adscritas, en los siguientes términos:

> Son empleados públicos para los efectos del presente Decreto, quienes prestan sus servicios en cargos permanentes de los organismos de dirección del Servicio Nacional de Salud y en sus entidades adscritas (art. 2º).

4. La disposición anterior, que otorga el carácter de empleados públicos a los servidores de las entidades adscritas al Servicio Nacional de Salud, es menester entenderla parcialmente modificada por los nuevos Códigos de Régimen Departamental y Municipal, en cuanto con fundamento en las Leyes 3ª y 11 de 1986, permitieron que en los *estatutos de los establecimientos públicos departamentales y municipales* se precisara qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.

En efecto, el artículo 13 de la Ley 3ª de 1986 (incorporado como artículo 304 al Decreto-ley 222 de 1986 o Código de Régimen Departamental), dispone lo siguiente:

> Las personas que presten sus servicios en los establecimientos públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. En los estatutos de los establecimientos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.
>
> Quienes presten sus servicios en las empresas industriales y comerciales y en las sociedades de economía mixta son trabajadores oficiales. No obstante, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos.

Por su parte, y siguiendo una orientación similar, el artículo 42 de la Ley 11 de 1986 (incorporado como artículo 292 al Decreto-ley 1333 de 1986 o Código de Régimen Municipal), dispone:

> Los servidores municipales son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. En los esta-

tutos de los establecimientos públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.

Las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales y en las sociedades de economía mixta municipales con participación estatal mayoritaria son trabajadores oficiales. Sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos.

5. Fue el legislador extraordinario de 1968, recogiendo una tradición iniciada por la Ley 6ª de 1945, el que clasificó a los servidores del Estado en empleados públicos y trabajadores oficiales.

El artículo 5º del Decreto-ley 3135 de 1968, en efecto, hizo la clasificación de los empleos en la forma siguiente:

Las personas que presten sus servicios en los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias y establecimientos públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. En los estatutos de los establecimientos públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.

Las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos.

Por su parte el Decreto 1848 de 1969, reglamentario del anteriormente citado, utilizó la expresión genérica *empleados oficiales* para comprender tanto a los empleados públicos como a los trabajadores oficiales, y precisó que en todos los casos en que el empleado oficial se halle vinculado a la entidad empleadora por una relación legal y reglamentaria, se denomina *empleado público*; pero si la vinculación es por una relación de carácter contractual laboral (contrato de trabajo), tendrá la calidad de *trabajador oficial*.

Al estudiar el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, la Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección Segunda) de esta Corporación, sostuvo que "el criterio acogido por la legislación colombiana es el *orgánico*, es decir, el que tiene en cuenta la naturaleza de la entidad para calificar la del vínculo, si contractual o de carácter legal y reglamentario, y la clase de empleado. Excepcionalmente aplica el criterio *funcional* cuando toma en cuenta la clase de actividad" [1].

1. ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO, números 477-478, Tomo CIV, año LXII, páginas 542 a 545, sentencia de 16 de marzo de 1983, ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello.

Por lo demás, es indudable que la clasificación de empleados públicos y trabajadores oficiales rige hoy en día no solamente en la administración pública nacional sino en todos los niveles del Estado (nacional, departamental, intendencial, comisarial y municipal), habiéndose convertido en un principio fundamental del derecho administrativo laboral.

Es la ley la que ha establecido esa clasificación, orientada por un criterio *objetivo* válido para todos los efectos jurídicos, consistente en que los individuos que prestan servicios en la Nación, los Departamentos, los Municipios, las Intendencias y las Comisarías, son empleados públicos, con excepción de quienes se dediquen a la construcción o sostenimiento de obras públicas, que son trabajadores oficiales. La Sala reitera, en este sentido, la tesis expresada al responder una consulta formulada por el señor Ministro de Gobierno, en la cual se consigna además, que la distinción esencial entre empleados públicos y trabajadores oficiales consiste en que éstos realizan actividades materiales iguales o similares a los trabajadores particulares, también vinculados por contrato de trabajo [2].

2. CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil, consulta de 10 de septiembre de 1987, Radicación 146. ponente: Doctor Humberto Mora Osejo.

6. Ese criterio objetivo es particularmente rígido en tratándose de la clasificación de los servidores de la *administración central* del Estado, la cual comprende:

a) En la administración pública nacional, a los servidores de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias y Unidades Administrativas Especiales;

b) En la administración pública departamental, a los servidores de las Gobernaciones, Secretarías del Despacho, Departamentos Administrativos. Y,

c) En la administración pública municipal, a los servidores de las Alcaldías, Secretarías del Despacho, Departamentos Administrativos y Tesorerías.

Significa lo anterior que en el sector central de la administración, es la ley, de manera general la que determina la naturaleza del vínculo de índole laboral existente entre la entidad oficial y sus servidores: éstos son empleados públicos, vinculados por una relación legal y reglamentaria que es consecuencia de lo dispuesto en los artículos 20 y 63 de la Constitución Política; en tanto que los trabajadores de la

construcción y mantenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales vinculados mediante contrato de trabajo.

Por tanto, normas jurídicas de inferior categoría a la ley de la República (o su equivalente, el decreto con fuerza de ley, cuando existen las debidas facultades extraordinarias otorgadas por el Congreso), carecen de aptitud para modificar dicha clasificación de los empleados oficiales, ya sea extendiendo, o bien restringiendo, el ámbito de acción correspondiente a los empleados públicos y a los trabajadores oficiales.

7. En la *administración descentralizada* (establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado, sociedades de economía mixta), el criterio legal sobre clasificación de los empleos, es menos rígido, por cuanto permite que en los respectivos estatutos de los establecimientos se precisen las actividades que pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo, y en los estatutos de las empresas y sociedades mencionadas se precisen —*a contrario sensu*— las actividades de dirección y confianza que deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos [3].

3. Por personal directivo y de confianza, el artículo 4º del Decreto 1848 de 1969 entiende el que reemplaza al empleador frente a los demás empleados a su cargo, sustituyendo a aquél en sus facultades directivas, de mando y organización.

La disposición se justifica por cuanto, de una parte, por regla general los servidores de los establecimientos públicos nacionales, departamentales y municipales, son empleados públicos, mientras que los servidores de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta, también por regla general son trabajadores oficiales; y por la otra parte, debido a la conveniencia de dar a los empleados oficiales vinculados a las entidades descentralizadas, el tratamiento más conforme con la índole de sus actividades.

8. Como se deja expresado, en el año de 1986 las Leyes 3ª y 11 hicieron extensivo a las entidades descentralizadas del orden departamental y municipal (establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta), el régimen de empleo existente para las mismas entidades del nivel nacional. Ciertamente la jurisprudencia había aceptado de tiempo atrás que la distinción entre empleados públicos y trabajadores oficiales era aplicable tanto a los servidores nacionales como a los servidores de los Departamentos, Intendencias, Comisarías y Municipios; pero ya la disposición en tal sentido, correspondió hacerla al legislador de 1986 en las Leyes 3ª y 11, incorporadas luego a los Códigos de Régimen Departamental y Municipal, respectivamente.

Por consiguiente, es perfectamente válido que los establecimientos públicos departamentales y municipales determinen, en sus estatutos,

las actividades que pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo. Tal ocurre, por ejemplo, con los hospitales que ostentan el carácter de establecimientos públicos. El criterio guía es el de conveniencia y equidad, teniendo en cuenta la naturaleza de los diversos empleos.

9. Las entidades adscritas al Servicio Nacional de Salud, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2º del Decreto-ley 56 de 1975, son todas las personas jurídicas de derecho público que prestan servicios de salud a la comunidad.

El régimen de adscripción comprende un conjunto de "organismos, instituciones, agencias y entidades" que pueden pertenecer a la administración de las personas jurídicas de derecho público denominadas Nación, Departamentos, Intendencias, Comisarías y Municipios; o estar organizados dentro de la administración descentralizada como establecimientos públicos dotados de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente.

En la administración central que depende directamente del Presidente de la República, los Gobernadores, Intendentes, Comisarios y Alcaldes, el criterio para la clasificación de los empleos está determinado por la misma ley, de manera específica y objetiva: los respectivos servidores son empleados públicos, y solamente los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales.

En la administración descentralizada la situación varía ostensiblemente, como se expresó en acápites anteriores. Y así, en los establecimientos públicos es posible determinar en los estatutos que además de los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas, hay otros que por la naturaleza de la actividad que desempeñan, pueden también ser vinculados mediante contrato de trabajo y considerados como trabajadores oficiales.

Transcríbase a la señora Ministra del Trabajo y Seguridad Social, por intermedio de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República (art. 112 del C. C. A.).

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

INSTITUTO DE CREDITO TERRITORIAL. EMPLEADOS. INCREMENTOS SALARIALES.

Los empleados vinculados con anterioridad al 27 de agosto de 1980 tienen una remuneración especial, pero en todo lo demás se rigen por las normas que regulan los empleados del Instituto de Crédito Territorial y, por lo mismo, tienen derecho a percibir los aumentos de remuneración dispuestos por el Gobierno nacional, a menos que expresamente hubieran sido excluidos de tales beneficios.

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

Consejero ponente: *Doctor Humberto Mora Osejo.*

Referencia: Consulta del Ministerio de Desarrollo, sobre aplicación del porcentaje del incremento salarial ordenado por el Gobierno, para el personal vinculado antes de 27 de agosto de 1980, al Instituto de Crédito Territorial.

Radicación número 274.

Se absuelve la consulta formulada por el señor Ministro de Desarrollo Económico presentada en los siguientes términos textuales:

"Las personas vinculadas al Instituto de Crédito Territorial antes de 27 de agosto de 1980 que vienen devengando una asignación mensual superior a la que les corresponde en razón al cargo en el cual fueron reincorporados, se les debe aplicar el incremento salarial ordenado por el Gobierno sobre el valor total devengado?".

La Sala considera:

1º Según el contexto de la consulta, las personas que como empleados fueron incorporados al Instituto de Crédito Territorial antes de 27 de agosto de 1980, y que habían tenido la calidad de trabajadores oficiales, continúan percibiendo asignaciones superiores a las que corresponden a sus empleos, conforme a lo dispuesto por el artículo 2º del Decreto 3642 de 1983.

2º Se pregunta si esas personas, incorporadas a la planta de los empleados del Instituto de Crédito Territorial antes de 27 de agosto

de 1980, tienen o no derecho a los incrementos salariales ordenados por el Gobierno para los empleados públicos.

El artículo 2º del Decreto 3642 de 1983 aprobó el Acuerdo número 65 de 1983 que estableció la planta de personal del Instituto de Crédito Territorial y dispuso que los empleados que forman parte de la planta de personal percibirán la asignación establecida para el respectivo empleo, salvo los que fueron incorporados a la planta de personal con anterioridad al 27 de agosto de 1980 que percibían asignaciones superiores a las de sus cargos y que podrán recibirlas hasta cuando se retiren del servicio o pasen a un cargo superior.

La norma mencionada reconoció, en la forma antes indicada, una remuneración especial para los empleados que fueron incorporados al personal del Instituto de Crédito Territorial con anterioridad al 27 de agosto de 1980. Pero esto no significa que los hubiera excluido del régimen jurídico aplicable a los demás empleados del mencionado Instituto. Por consiguiente, los empleados vinculados con anterioridad al 27 de agosto de 1980 tienen una remuneración especial, pero en todo lo demás se rigen por las normas que regulan los empleados del Instituto de Crédito Territorial y, por lo mismo, tienen derecho a percibir los aumentos de remuneración dispuestos por el Gobierno nacional, a menos que expresamente hubieran sido excluidos de tales beneficios.

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

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

REGLAMENTOS DE POLICIA. ASAMBLEAS DEPARTAMENTALES.

Las Asambleas Departamentales no pueden expedir reglamentos de policía local que modifiquen lo establecido por la ley, criterio aplicado a las medidas correctivas que prevé el Código Nacional de Policía, concretamente a las de multas y cierre de establecimientos, las cuales pueden ser modificadas únicamente por el legislador.

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

Consejero ponente: *Doctor Hernán Cardoso Durán.*

Referencia: Consulta sobre las facultades de las Asambleas Departamentales para expedir reglamentos de policía.

Radicación número 277.

El señor Ministro de Gobierno, doctor Raúl Orejuela Bueno, a solicitud del Gobernador de Antioquia formula a la Sala la siguiente consulta:

El artículo 187, numeral 9º de la Constitución Política establece que corresponde a las Asambleas por medio de ordenanzas: "Reglamentar lo relativo a la policía local en todo aquello que no sea materia de imposición (sic) legal".

Los artículos 193 y 195 del Código Nacional de Policía consagran la multa y cierre de establecimientos como medidas correctivas para quien haya incurrido en las contravenciones de policía a las cuales se aplican estas sanciones.

El artículo 8º, inciso 2º del mismo Código, dispone que las Asambleas Departamentales podrán reglamentar el ejercicio de la libertad en relación con lo que no haya sido objeto de ley o reglamento nacional.

Así mismo, el artículo 187 del Código en mención establece: "Ninguna autoridad de policía podrá imponer medidas correctivas diversas de las previstas en el artículo anterior".

La Asamblea Departamental de Antioquia, por Ordenanza número 72 de diciembre de 1988, otorgó facultades al ejecutivo departamental para revisar las disposiciones del Código de Policía del Departamento, dada su dispersión y con la finalidad de adecuarlo a la normatividad vigente.

El Gobernador de Antioquia para cumplir con las facultades que le han sido conferidas, expresa que se le presentan algunas dudas surgidas por dificultades de orden práctico, relacionadas con sanciones como la multa y el cierre de establecimientos abiertos al público, en razón a que la cuantía de la primera, autorizada en el Código Nacional de Policía, es de cincuenta mil (sic) pesos, por lo cual se hace inoperante; y el cierre de establecimientos sólo puede aplicarse por un máximo de siete días, de tal suerte que cuando funcionan sin licencia no se puede cerrar el establecimiento hasta cuando la obtengan, sino únicamente por el término ya señalado.

En consideración a lo expuesto, se pregunta:

"Pueden las Asambleas Departamentales al expedir reglamentos de policía local, rebasar los límites establecidos en los artículos 193 y 195 del Código Nacional de Policía, respecto de las medidas correctivas de multa y cierre de establecimientos?".

La Sala considera y responde:

1º Las Asambleas Departamentales ejercen las atribuciones establecidas por el artículo 187 de la Constitución Nacional, entre las que se encuentra la prevista por el ordinal 9º, a saber:

> Reglamentar lo relativo a la policía local en todo aquello que no sea materia de disposición legal.

Como puede observarse, las Asambleas Departamentales pueden expedir ordenanzas que regulen el ejercicio de la policía local, siempre con la limitación de lo que haya sido previsto en las leyes, de suerte que, no pueden reglamentar lo que el legislador ha dispuesto sobre la materia.

2º El Código Nacional de Policía regula en el libro tercero lo relativo a las contravenciones nacionales de policía y prescribe las medidas correctivas que se deben imponer por la comisión de dichas contravenciones.

En el artículo 188 del mencionado Código, se dispone que cuando las Asambleas expidan reglamentos de policía no podrán establecer medidas correctivas distintas de las descritas en el mismo.

3º En este orden de ideas, se tiene que el Código Nacional de Policía determina que por la comisión de ciertas contravenciones se im-

pondrá multa que no será inferior a cincuenta pesos ($ 50.00) ni mayor de mil pesos ($ 1.000.00) (art. 193). Y el artículo 196 *ibídem* ordena que la medida correctiva de cierre de establecimiento "consiste en suspender la actividad a que esté dedicado el infractor *por un término no mayor de siete días*" (subraya la Sala).

4º El artículo 13 del Código Nacional de Policía prescribe que el reglamento de policía se subordinará a diversos principios, entre los que se encuentra el prescrito por el ordinal a), a saber:

> La regulación del ejercicio de ciertas actividades ciudadanas no reservadas por la Constitución o la ley, corresponde al reglamento de policía mientras el legislador no la haga.

Esta disposición corresponde a la prevista en el ordinal 9º del artículo 187 de la Constitución Nacional, en cuanto ordena a las Asambleas Departamentales reglamentar todo lo concerniente a la policía local "en todo aquello que no sea materia de disposición legal".

5º Con fundamento en todas las anteriores consideraciones, la Sala estima que las Asambleas Departamentales no pueden reglamentar lo relativo a las medidas correctivas establecidas por el Código Nacional de Policía, de tal manera que toda regulación debe atender a lo dispuesto por dicho Código. La Constitución Nacional en esta materia le ha dado atribuciones específicas al legislador, por lo mismo, es a él al que corresponde —en cumplimiento de la cláusula general de competencia de expedir las leyes— determinar todo lo relativo a la policía tanto a nivel nacional como local y, *sólo* cuando la ley no haya regulado aspectos de la policía local, le corresponde a las Asambleas Departamentales hacerlo, siempre que se guarde la debida armonía entre el ordenamiento legal y el proveniente de la ordenanza.

Según el ordinal 10 del artículo 187 de la Constitución Nacional, las Asambleas Departamentales pueden autorizar a los Gobernadores para que ejerzan *pro témpore* "precisas funciones de las que corresponden a las Asambleas", por lo mismo, los Gobernadores no pueden ejercer sino aquellas atribuciones que expresamente les confieren las Asambleas sin extralimitarse so pena de quebrantar el régimen constitucional.

En el caso materia de la consulta la Sala considera que, las Asambleas Departamentales no pueden expedir reglamentos de policía local que modifiquen lo establecido por la ley, criterio aplicable a las medidas correctivas que prevé el Código Nacional de Policía, concretamente a las de multas y cierre de establecimientos, las cuales pueden ser modificadas únicamente por el legislador.

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

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

Jaime Paredes Tamayo, Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas, Hernán Cardoso Durán, Humberto Mora Osejo.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

CONGRESISTAS. Incompatibilidades. PRESIDENTE BOLSA DE VALORES.

Las entidades bursátiles llevan a cabo operaciones que involucran la intervención de organismos de derecho público en la negociación de bonos y papeles emitidos por éstos; actividades en las que, por disposición constitucional, no podrían intervenir como miembro directivo, ni menos como Presidente de la Bolsa la persona que tuviera la investidura de Senador o representante principal o la de suplente cuando esté ejerciendo el cargo, toda vez que les está prohibido "gestionar en nombre propio o ajeno negocios que tengan relación con el Gobierno de la Nación, los Departamentos, las Intendencias, las Comisarías o los Municipios (art. 110 de la C. N.).

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

Consejero ponente: *Doctor Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia: Consulta. Calidad de Congresista y su incompatibilidad con el ejercicio del cargo de Presidente de una Bolsa de Valores.

Radicación número 276.

El doctor Carlos Arturo Marulanda Ramírez Ministro de Desarrollo Económico, formula a la Sala la siguiente consulta, previas las textuales consideraciones enunciadas a continuación:

El artículo 110 de la Constitución Política Nacional establece incompatibilidades a los señores Congresistas extendiéndose dicha prohibición a sus suplentes.

El artículo 109 de la Carta Magna reformado por el Acto legislativo número 1 de 1979, preceptuó que el Presidente de la República no puede nombrar a los Congresistas principales y suplentes cuando se encuentren en ejercicio pleno de sus funciones estableciendo taxativamente sus excepciones.

Con esto se trata de reducir las posibilidades que el Gobierno ejerza influjo indebido sobre los Senadores y Representantes y se deslinda a un mayor la separación de poderes.

La Ley 11 de 1973, señaló las excepciones a las prohibiciones consignadas en la Constitución Política y si tenemos en cuenta que las Bolsas de Valores son sociedades anónimas de derecho privado, sometidas al control y vigilancia del Estado a través de la Comisión Nacional de Valores y que su Presidente, elegido por la Junta Directiva de la Bolsa, tiene la representación legal de la sociedad, motivo por el cual, debe ejercer funciones que en un momento determinado pueden contravenir alguna o algunas de las prohibiciones e incompatibilidades establecidas por la ley a los señores Congresistas.

Por lo anteriormente expuesto, se solicita a la honorable Corporación se sirva absolver la siguiente consulta:

Existe incompatibilidad entre la calidad de Congresista sea éste principal o suplente y en ejercicio de la función de Presidente y por tanto Representante legal de una Bolsa de Valores?

La Sala considera y responde:

1. Las inhabilidades e incompatibilidades de los Congresistas están determinadas en los artículos 109 a 112 de la Constitución Política Nacional; de la lectura de dichas normas se deduce que: Los Senadores y Representantes principales durante el período de sus funciones y, los suplentes cuando estén ejerciendo el cargo, no podrán ocupar empleos dentro de la administración pública con excepción de los de Ministros y Viceministros del Despacho, Jefe de Departamento Administrativo, Gobernador, Alcalde de Bogotá, Agente Diplomático y Jefe Militar en tiempo de guerra. Además, los Senadores y Representantes principales, no podrán celebrar por sí ni por interpuesta persona "contrato alguno con la administración pública"; ni podrán gestionar a nombre propio o ajeno "negocio que tenga relación con el Gobierno de la Nación, los Departamentos, las Intendencias, las Comisarías o los Municipios, ni ser apoderados o gestores ante las entidades oficiales o descentralizadas".

2. La Ley 11 de 1973, que establece excepciones a las incompatibilidades previstas por la Constitución para los Congresistas, subsume en su artículo 1º, las *prohibiciones para que éstos intervengan por sí o por interpuesta persona ante la administración pública en la celebración de contratos y en la gestión de negocios.* Dichas incompatibilidades existen para los principales desde el momento de su elección y hasta cuando pierdan su investidura por vencimiento del período constitucional para el cual fueron elegidos. Las prohibiciones se extienden a los suplentes que hayan ejercido el cargo.

3. En las disposiciones mencionadas no se encuentra norma que determine que los Congresistas no pueden desarrollar actividades den-

tro del sector privado, por lo mismo, en términos generales, los Senadores y Representantes pueden ejercer actividades comerciales y mercantiles de carácter privado.

4. Las Bolsas de Valores, según el Decreto-ley 2969 de 1960, "son establecimientos mercantiles cuyos miembros se dedican a la negociación de toda clase de valores y demás bienes susceptibles de este género de comercio"; además, "sólo podrán ser empresarios de Bolsas de Valores las sociedades anónimas constituidas con tal objeto". La Comisión Nacional de Valores ejercerá el control y la vigilancia administrativa de las Bolsas de Valores y de los comisionistas de Bolsa (Ley 32 de 1979, art. 9 y art. 27 del Decreto 2920 de 1982).

De lo anterior se deduce que las Bolsas de Valores son organismos de carácter privado que tienen como finalidad primordial organizar el mercado bursátil que permita a los inversionistas y negociantes en títulos valores, tener seguridad y confianza en las correspondientes transacciones.

5. El artículo 11 del Decreto 2969 de 1960, prescribe que: "Mediante los requisitos que determinen los reglamentos, será objeto de las operaciones de bolsa, previa su respectiva inscripción, *la compra y venta de los siguientes valores:*

> *"1. Bonos y otras obligaciones emitidas por entidades de derecho públicos y establecimientos oficiales o semioficiales..."*

Del contenido de la norma transcrita se infiere que las Bolsas de Valores realizan transacciones mercantiles con las entidades públicas en orden a comercializar los bonos y papeles emitidos por ellas.

6. Las Bolsas de Valores son entidades de derecho privado, que tienen sus propios estatutos internos, que eligen a sus representantes legales y son vigiladas por la Comisión Nacional de Valores, lo que permite concluir que estos organismos son manejados independientemente por los particulares, con la obligación de someterse a las medidas económicas generales que disponga el Gobierno.

Las anteriores razones conducirían, a primera vista, a aceptar, que los Senadores y Representantes principales y suplentes pueden ejercer los cargos de Presidente de la Bolsa de Valores que funcionen en el país. *Sin embargo,* como se anotó, las entidades bursátiles llevan a cabo operaciones que involucran la intervención de organismos de derecho público en la negociación de bonos y papeles emitidos por éstos; actividades en las que, por disposición constitucional, no podrían intervenir como miembro directivo, ni menos como Presidente de la Bolsa la persona que tuviera la investidura de Senador o Representante principal o la de suplente cuando esté ejerciendo el cargo,

toda vez que les está prohibido "gestionar en nombre propio o ajeno negocios que tengan relación con el Gobierno de la Nación, los Departamentos, las Intendencias, las Comisarías o los Municipios (art. 110 de la C. N.).

Así las cosas, la Sala estima que los Senadores y Representantes principales y los suplentes que estén ejerciendo el cargo, pueden desarrollar todas las actividades privadas *siempre y cuando no implique operaciones que les esté prohibido realizar por mandato constitucional o legal.*

7. POR LO EXPUESTO, LA SALA RESPONDE que los Congresistas, principales y suplentes que estén ejerciendo el cargo, tienen incompatibilidad para el ejercicio de la función de Presidente y por tanto Representante Legal de una Bolsa de Valores.

Transcríbase en copia auténtica al Ministro de Desarrollo Económico, doctor Carlos Arturo Marulanda Ramírez.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

DISTRITO ESPECIAL DE BOGOTA. Régimen municipal ordinario.

La Sala estima que el artículo 125 de la Ley 09 de 1989 extiende al Distrito Especial de Bogotá el régimen municipal ordinario *(Decreto-ley 1333 de 1986), no obstante que el artículo 199 de la Constitución prescribe* que debe tener uno especial y diferente de aquél. *Además* sólo exceptúa del régimen ordinario las materias que estén regidas por normas especiales, *a pesar que el mencionado precepto constitucional dispone* que el Distrito Especial de Bogotá debe ser organizado como un municipio especial, "sin sujeción al régimen municipal ordinario".

La Sala concluye que el Decreto-ley 1333 de 1986 no puede ser aplicado al Distrito Especial de Bogotá, de conformidad con el artículo 215 de la Constitución porque, en cuanto atañe al mencionado Decreto, el artículo 125 de la Ley 09 de 1989 debe ser objeto de excepción de inconstitucionalidad.

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

Consejero ponente: *Doctor Humberto Mora Osejo.*

Referencia: Consulta del Ministerio de Gobierno, sobre aplicación del artículo 125 de la Ley 9ª de 1989, al Distrito Especial de Bogotá. Radicación número 291.

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

"El artículo 125 de la Ley 9ª de 1989 debe entenderse en el sentido de que al Distrito Especial de Bogotá le son aplicables, en su totalidad, las disposiciones contenidas en el Decreto-ley 1333 de 1986, que hacen referencia a los municipios, cuando no exista norma especial para aquél, o, por el contrario, solamente le son aplicables las referentes a planes de desarrollo municipal, compraventa y expropiación de bienes, contenidas además, en el citado Decreto-ley 1333 de 1986?".

La Sala considera:

1º Según el artículo 199 de la Constitución, "la ciudad de Bogotá, capital de la República, será organizada como un Distrito Especial,

sin sujeción el régimen municipal ordinario, dentro de las condiciones que fije la ley..." (La Sala subraya). Con fundamento en la transcrita disposición constitucional la Sala ha afirmado, como se expone en el contexto de la consulta, que la legislación municipal ordinaria, relativa a los demás municipios del país, no es aplicable al Distrito Especial de Bogotá que se rige por normas especiales, "sin sujeción al régimen municipal ordinario".

2º Lo expuesto significa que, según la Constitución, el régimen jurídico del Distrito Especial de Bogotá debe ser diferente del de los demás municipios. Las leyes especiales que lo regulen deben tener, por lo mismo, esta finalidad esencial.

3º El artículo 125 de la Ley 09 de 1989 dispone que "toda referencia en la presente ley y en el Decreto-ley 1333 de 1986 a los municipios incluirá al Distrito Especial de Bogotá y a la Intendencia de San Andrés y Providencia, salvo en aquello para lo cual éstos tengan un régimen especial".

La Sala considera que la transcrita disposición prescribe que todas las normas del Decreto-ley 1333 de 1986 y de la Ley 09 de 1989, que se refieran a los municipios, rigen para el Distrito Especial de Bogotá y la Intendencia de San Andrés y Providencia, "salvo en aquello para lo cual éstos tengan un régimen especial".

Sin embargo la Sala estima que el artículo 125 de la Ley 09 de 1989 extiende al Distrito Especial de Bogotá *el régimen municipal ordinario* (Decreto-ley 1333 de 1986), no obstante que el artículo 199 de la Constitución prescribe *que debe tener uno especial y diferente de aquél.* Además *sólo exceptúa del régimen ordinario las materias que estén regidas por normas especiales,* a pesar de que el mencionado precepto constitucional dispone, por regla general, *que el Distrito Especial de Bogotá debe ser organizado como un municipio especial, "sin sujeción al régimen municipal ordinario"* (La Sala subraya).

Las observaciones anteriores hacen que la Sala concluya que el Decreto-ley 1333 de 1986 no puede ser aplicado al Distrito Especial de Bogotá, de conformidad con el artículo 215 de la Constitución porque, en cuanto atañe al mencionado Decreto, el artículo 125 de la Ley 09 de 1989 debe ser objeto de excepción de inconstitucionalidad.

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

Jaime Paredes Tamayo, Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas, Hernán Cardoso Durán, Humberto Mora Osejo.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

SISTEMA NACIONAL DE SALUD. CARRERA ADMINISTRATIVA. SERVICIO DE SALUD DE BOGOTA.

El Sistema Nacional de Salud consiste en la coordinación, mediante contratos, de la Nación, los Departamentos, las Intendencias, las Comisarías y los Municipios para prestar los servicios que le corresponden, mediante la dirección del Ministerio de Salud. Cada una de las entidades que integran el Sistema Nacional de Salud mantienen 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.

El régimen de Carrera Administrativa prescrita por el Decreto-ley 694 de 1975 se aplica a los empleados del Servicio de Salud de Bogotá, por ser parte integrante del Sistema Nacional de Salud y, por su carácter especial, prevalece sobre los estatutos generales relativos a la misma materia.

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

Consejero ponente: *Doctor Humberto Mora Osejo.*

Referencia: Consulta del Ministerio de Gobierno, sobre Carrera Administrativa de empleados del Servicio de Salud de Bogotá.

Radicación número 282.

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

"Si el Decreto 694 de 1975 y su reglamentario, regulan el Sistema Nacional de Salud y dentro de las excepciones establecidas en la ley no señala el Servicio de Salud de Bogotá. ¿A qué régimen de Carrera Administrativa pertenecen los empleados del Servicio de Salud de Bogotá, al consagrado en el Acuerdo 12 de 1987 o al del Decreto 694 de 1975?".

La Sala, en concepto de 23 de agosto de 1988 y con el mismo ponente, absolvió una consulta sobre este tema en los siguientes términos que se transcriben textualmente:

"1º 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 Gobrenador 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 y 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 Administrativa, 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".

De lo expuesto se deduce que todas las entidades que conforman el Sistema Nacional de Salud mantienen su autonomía, de manera que las que pertenezcan a los Departamentos y Municipios dependerán de las disposiciones que expidan, respectivamente, las Asambleas y los Concejos. Sólo en lo referente a la Carrera Administrativa están sometidas a las disposiciones legales.

De manera que corresponde al legislador, por disposición constitucional, dictar las normas relativas a la Carrera Administrativa. En cumplimiento del artículo 76, ordinal 10 de la Constitución se expidió el Decreto-ley 694 de 1975, por el cual se establece el estatuto de personal para el Sistema Nacional de Salud, que dispone, en el artículo 1º, que sus normas se aplican a las entidades nacionales, seccionales y locales que presten servicios de atención médica, es decir, que estén integradas al Sistema Nacional de Salud, sin que hubiera hecho exclusión del Distrito Especial de Bogotá.

Por consiguiente, el Concejo Municipal de Bogotá no tiene facultades para regular la Carrera Administrativa del personal vinculado al Distrito Especial de Bogotá porque ésta es una facultad exclusiva del legislador.

De donde se deduce que el régimen de la Carrera Administrativa prescrita por el Decreto-ley 694 de 1975 se aplica a los empleados del Servicio de Salud de Bogotá, por ser parte integrante del Sistema Nacional de Salud y, por su carácter especial, prevalece sobre los estatutos generales relativos a la misma materia.

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

Jaime Paredes Tamayo, Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas, Hernán Cardoso Durán, Humberto Mora Osejo.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. COMPETENCIA DESLEAL. PRACTICA COMERCIAL RESTRICTIVA.

Se reitera la autonomía del régimen del Código de Comercio y su aplicación prevalente e integral en materia de competencia desleal y la autonomía del régimen de la Ley 155 de 1959 en materia de otras prácticas comerciales restrictivas aunque por sus efectos impliquen compentencia desleal. No determinan estos efectos en últimas, la competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio sino la atribución directa hecha por la ley a dicha entidad, en cuyo concepto toda práctica comercial restrictiva se asimila a medios idóneos para limitar producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios o para mantener o determinar precios inequitativos de los mismos.

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

Consejero ponente: *Doctor Jaime Paredes Tamayo.*

Referencia: Consulta del Ministro de Desarrollo Económico sobre: "Organo competente para dirimir conflictos cuando una práctica comercial restrictiva se traduce en competencia desleal".

Radicación número 271.

En Oficio número 66, el señor Ministro de Desarrollo Económico envió a la Sala la siguiente consulta:

"La Ley 155 de 1959, dispone en su artículo primero, modificado por el Decreto número 3307 de 1963, lo siguiente: 'Quedan prohibidos los Acuerdos o Convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercados o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos'.

"El artículo 12 de la citada ley, preceptúa: 'El Ministerio de Fomento, de oficio o por denuncia de cualquier persona, podrá promover por intermedio de la Superintendencia Bancaria, la Superintendencia

de Sociedades Anónimas o la Superintendencia de Cooperativas, las investigaciones por violaciones a esta ley. En caso de que el control de la empresa no esté adscrito a las entidades antes dichas, la investigación estará a cargo del Ministerio de Fomento. La denuncia deberá ser admitida por el Ministerio, siempre que se presente debidamente motivada, y acompañada de pruebas sumarias que la justifique'.

"Por su parte el Decreto número 3307 de 1963, en su artículo 2º dispuso: 'Adscríbense a la Dirección Ejecutiva de la Superintendencia de Regulación Económica, las funciones que la Ley 155 de 1959 les señala al Gobierno nacional y al Ministerio de Fomento'.

"El Decreto número 1302 de 1964, en el artículo 17 consagró: 'El Director Ejecutivo de la Superintendencia de Regulación Económica adelantará y llevará hasta su término las investigaciones que no confíe a las entidades a que se refiere el artículo 12 de la Ley 155 de 1959, y ejercerá la vigilancia sobre las diligencias que practiquen dichas entidades, pudiendo reasumir el negocio o negocios correspondientes cuando lo considere conveniente para el éxito de las investigaciones'.

"En lo que respecta a las funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, el Decreto 149 de 1976, en el artículo 6º señala: 'La Superintendencia de Industria y Comercio es un organismo adscrito al Ministerio de Desarrollo Económico, que goza de la autonomía administrativa establecida en este Decreto, encargada de ejercer las siguientes funciones: o) Velar por el cumplimiento de las disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas establecidas por la Ley 155 de 1959 y las que la adicionan y reforman'.

"La tantas veces citada Ley 155 de 1959, en su artículo 10 definió lo que se debe atender (sic) por competencia desleal, pero en ninguna parte de su articulado definió el concepto de práctica comercial restrictiva, dando como consecuencia, que la Superintendencia de Industria y Comercio no ha definido hasta dónde se extiende su competencia en materia de prácticas comerciales restrictivas.

"Por lo anteriormente expuesto, se solicita a la honorable Corporación se sirva absolver la siguiente consulta:

"Cuándo una práctica comercial restrictiva se traduce en competencia desleal a efectos de determinar el órgano competente para dirimir estos conflictos?".

Consideraciones:

Las investigaciones por violaciones del Decreto 3307 de 1963 que el artículo 6º del Decreto 149 de 1976 adscribió a la Superintendencia de Industria y Comercio, son las relativas a acuerdos o convenios que tengan como objeto el señalado por el artículo 1º de tal Decreto y a prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a mantener o deter-

minar precios inequitativos. Las prácticas, procedimientos o sistemas prohibidos por la Ley 155 de 1959, tendientes a limitar la libre competencia, o sea, los actos de competencia desleal, están hoy sujetos en parte al Código de Comercio.

Específicamente, la represión de cualquier acto que tienda a producir una indebida restricción de la libre competencia, toda práctica, procedimiento o sistema tendiente a limitarla, todo acto que implique competencia desleal y que no encaje en alguno de los señalados como formas típicas de aquella por el artículo 75 del Código de Comercio, supone su realización por un competidor en detrimento de otros o de la colectividad y el empleo de medios o sistemas similares a los previstos expresamente por el artículo citado, siempre que sean contrarios a las costumbres mercantiles.

Por su parte el artículo 76 del Código de Comercio, textualmente prevé:

"El perjudicado por actos de competencia desleal tendrá acción para que se le indemnicen los perjuicios causados y se conmine en la sentencia al infractor, bajo multas sucesivas hasta de cincuenta mil pesos, convertibles en arresto, a fin de que se abstenga de repetir los actos de competencia desleal".

"El Juez, antes del traslado de la demanda, decretará de plano las medidas cautelares que estime necesarias, siempre que a la demanda se acompañe prueba plena, aunque sumaria, de la infracción y preste la caución que se le señale para garantizar los perjuicios que con esas medidas pueda causar el demandado o a terceros durante el proceso".

La propaganda comercial que tienda a establecer competencia desleal a otros productores o distribuidores de mercancías, en general, o servicios de igual o similar naturaleza, está prohibida por el artículo 77 del Código de Comercio, que establece presunción de deslealtad para casos específicos y en razón de los sistemas o medios empleados, allí mismo previstos.

"Toda infracción a este artículo será sancionada por el respectivo Alcalde municipal, de oficio o a petición de la persona que acredite los hechos, con multas sucesivas hasta de cincuenta mil pesos convertibles en arresto".

La represión de acuerdo o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros o de toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a mantener o determinar precios inequitativos, supone la celebración de dichos acuerdos o convenios y el empleo de tales prácticas, procedimientos o sistemas por parte de empresas de-

dicadas a la actividad productora, abastecedora, distribuidora o consumidora de un artículo determinado, materia prima, producto, mercancía o servicios y con capacidad suficiente para determinar precios en el mercado, por la cantidad que controlen del respectivo artículo o servicio (Ley 155 de 1959, art. 1º, sustituido por el art. 1º del Decreto-ley número 3207 de 1968, 2º y 4º de la Ley 155 de 1959).

También está prohibido a las empresas comerciales el empleo de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a monopolizar la distribución, por el artículo 8º de la Ley 155 y los Presidentes, Gerentes, Directores, Representantes legales, Administradores o miembros de las Juntas Directivas de sociedades anónimas no pueden distribuir por sí ni por interpuesta persona los productos, mercancías, artículos o servicios de la respectiva empresa o sus filiales ni ser socios de empresas comerciales que distribuyan o vendan principalmente tales productos, mercancías, artículos o servicios.

"Esta incompatibilidad se extiende a los funcionarios de sociedades de responsabilidad limitada que tengan como socios otras sociedades en forma tal que el número total de personas naturales exceda de veinte (20)". Y a los padres, cónyuges, hermanos e hijos de aquellos funcionarios como de los de sociedades anónimas (art. 6º, Ley 155 de 1959).

Las sanciones cuya imposición sigue correspondiendo a la Superintendencia de Industria y Comercio por violación de las prohibiciones contenidas en la Ley 155, distintas de las relacionadas con competencia desleal, son las previstas por el artículo 14 de dicha ley y consistentes en el retiro de las acciones del mercado público de valores, prohibición de funcionamiento de la empresa, en caso de reincidencia y multas, según la gravedad de los hechos, hasta por quinientos mil pesos ($ 500.000.00) a favor del Tesoro Nacional.

La fijación de precios de venta al público de cualquier artículo o servicio destinado a expendio es otra de las medidas adoptables con base en la investigación verificada de acuerdo con la Ley 155 y para los productos o servicios de la empresa objeto de investigación.

Igualmente el artículo 17 de la Ley 155 autoriza:

a) "Fijar un plazo perentorio para que cesen las prácticas, sistemas o procedimientos prohibidos", es decir, los tendientes a mantener o determinar precios inequitativos.

"La observancia de los precios de venta al público, establecida por el artículo 9º de la citada ley, comprende el precio unitario de los productos y artículos manufacturados y el de los accesorios o aditamentos complementarios indispensables para su uso y aprovechamiento" (art. 14, Decreto reglamentario 1302 de 1964);

b) "Someter a la empresa o empresas cuyas prácticas se investigan, a la vigilancia de la respectiva entidad encargada del control, por un tiempo determinado, en cuanto a su política de producción, costos, distribución y precios y con el solo fin de comprobar que la empresa o empresas acusadas no continúan ejerciendo las prácticas comerciales restrictivas que dieron lugar a investigación".

A prácticas, sistemas o procedimientos tendientes a mantener o determinar precios inequitativos pueden asimilarse los previstos como actos de especulación y acaparamiento por el Decreto extraordinario número 1479 de 1963 en sus artículos 3º, 4º y 5º, parágrafo 1º, y en general la contravención a cualquier disposición de la Superintendencia de Industria y Comercio sobre precios, descuentos, porcentajes de utilidades o sobre cualquier acto de comercio, que en los casos de especial gravedad, puede sancionar la Superintendencia, a prevención con los Alcaldes municipales, siguiendo el procedimiento señalado en el artículo 7º del Decreto en cita.

Coincide la práctica tendiente a determinar precios inequitativos prevista por el artículo 9º de la Ley 155 con el caso de especulación indebida previsto por el artículo 3º, aparte c) del Decreto extraordinario 1479 de 1963, de donde resulta sustraída tal práctica del régimen de la Ley 155 y sujeta al del mencionado Decreto, en cuanto la aplicación de éste prevalece como regulación posterior, así su especialidad sea la misma.

Prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a mantener o determinar precios inequitativos, pueden ilustrarse con casos específicos, como el de la venta a precios diferentes de los fijados por el productor y aunque su sanción haya sido prevista igualmente para los casos de competencia desleal por el artículo 9º de la Ley 155.

Pero los que no pueden ilustrarse con casos específicos quedan, de todos modos, comprendidos en la regulación general que permita su represión, atendiendo la idoneidad intrínseca del hecho realizado, sus circunstancias propias en cada caso particular y la protección de los intereses de la comunidad, con fundamento en el principio de que son ilícitos en cuanto contravienen una prohibición general del ordenamiento, así no se particularice caso por caso.

Las prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, también resultan objeto de regulación singular por el Decreto-ley 3307 de 1963, en cuanto sean acordados o convenidos por dos o más empresas (art. 1º) o su concentración jurídico-económica impliquen el mismo efecto, y en cuanto la distribución, tratándose de anónimas o de ciertas sociedades de responsabilidad limitada, se cumpla por sus funcionarios directivos, por interpuesta persona o por los padres, cónyuges, hermanos o hijos de aquellos (art. 6º de la Ley 155).

Y constituyen prácticas tendientes a limitar el consumo los casos previstos como especulación por el artículo 3º, apartes a), b), c) y d) del Decreto 1479 de 1963 y procedimientos tendientes a limitar el abastecimiento, distribución o el consumo mismo, los que se concretan en adquisición y retención injustificadas de víveres, géneros, mercancías o efectos destinados al expendio o la no venta de los mismos, por parte de cualquier persona natural o jurídica, que determinen un aumento injustificado en su precio (art. 4º *ibídem*).

El perjuicio del consumidor y del productor de materias primas sugiere otro criterio distintivo de prácticas comerciales restrictivas, mientras que el perjuicio del competidor sugiere el criterio distintivo de prácticas de competencia desleal.

Aunque todo acto de competencia desleal implica o representa una práctica comercial restrictiva, el régimen autónomo de aquella incorporado al Código de Comercio, previene conflictos de aplicación frente a la Ley 155 de 1959 y delimita el ámbito de ésta, así no logre extraerse de sus normas un criterio unificado sobre prácticas comerciales restrictivas.

El riesgo de distinguir actos específicos de las prácticas comerciales restrictivas, lo sortea el legislador con una fórmula general para efectos de su represión, puesto que dichos casos desbordan la capacidad previsiva de la ley. De ahí que la Sala concluya sus consideraciones reiterando la autonomía del régimen del Código de Comercio y su aplicación prevalente e integral en materia de competencia desleal y la autonomía del régimen de la Ley 155 de 1959 en materia de otras prácticas comerciales restrictivas aunque por sus efectos impliquen competencia desleal. No determinan estos efectos en últimas, la competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio sino la atribución directa hecha por la ley a dicha entidad, en cuyo concepto toda práctica comercial restrictiva se asimila a medios idóneos para limitar producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios o para mantener o determinar precios inequitativos de los mismos.

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

Jaime Paredes Tamayo, Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas, Hernán Cardoso Durán, Humberto Mora Osejo.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

PENSIONADO. Reincorporación al servicio. MINISTRO DEL DESPACHO. Límite asignación.

El pensionado reincorporado al servicio como Ministro del Despacho, no puede recibir sino la remuneración total fijada al cargo de Ministro por la ley.

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

Consejero ponente: *Doctor Jaime Paredes Tamayo.*

Referencia: Consulta del Ministro de Educación Nacional sobre: "Límite para devengar dos asignaciones del Estado".

Radicación número 283.

En oficio número 0443 el señor Ministro de Educación Nacional envió a la Sala la siguiente consulta:

"1. Referente a mi consulta formulada anteriormente y radicada por ustedes bajo el numeral 251, concretamente quiero saber qué sucedería cuando una persona que se encuentra cobijada en el literal C del artículo 32 del Decreto 1042 de 1978, llega a ser Ministro del Despacho, toda vez que el límite para devengar dos asignaciones del Estado es el salario como Ministro?".

Considera la Sala:

De la prohibición de recibir más de una asignación que provenga del Tesoro están exceptuadas por el artículo 32, aparte c) del Decreto-ley 1042 de 1979 las asignaciones provenientes de pensión de jubilación y del ejercicio del cargo de Ministro de Despacho, entre otros, siempre que su valor conjunto no exceda el de la remuneración fijada por la ley al cargo de Ministro.

Mientras que el ejercicio de dicho cargo es compatible con la situación de pensionado, según el artículo 1º del Decreto 3074 de 1968, obviamente no puede serlo la percepción conjunta de pensión y sueldo.

Luego el pensionado, reincorporado al servicio como Ministro del Despacho, no puede recibir sino la remuneración total fijada al cargo de Ministro por la ley.

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

Jaime Paredes Tamayo, Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas, Hernán Cardoso Durán, Humberto Mora Osejo.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

CONSEJO DE MONUMENTOS NACIONALES. Naturaleza jurídica.

La naturaleza jurídica del Consejo de Monumentos Nacionales ha sido desde su creación la de dependencia *primero del Ministerio de Educación Nacional y actualmente del Instituto Colombiano de Cultura. Es una dependencia de dicho Instituto, y* se encuentra sometido a la autoridad administrativa, presupuestal y jerárquica del Instituto. *En relación con las autorizaciones se estima que el Consejo de Monumentos Nacionales debe expedirlas a través de actos administrativos escritos que se notificarán personalmente al interesado. En cuanto a la certificación expedida por el Secretario del Consejo de Monumentos Nacionales se tiene que ésta supone la existencia de un acto —en este caso de autorización— pero no sustituye el acto mismo, simplemente hace constar la expedición de un acto anterior. La denominación de los actos administrativos expedidos por el Consejo de Monumentos Nacionales* puede ser la de Resolución o Acuerdo, *tomando en consideración la naturaleza del cuerpo colegiado del Consejo, en el que varias personas toman parte de la decisión. Estos actos están sometidos a los recursos previstos en el artículo 50 del Decreto-ley 01 de 1984.*

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

Consejero ponente: *Doctor Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia: Consulta. El Consejo de Monumentos Nacionales —naturaleza jurídica—.

Radicación número 284.

El señor Ministro de Educación Nacional, formula a la Sala una consulta, previas las textuales consideraciones transcritas a continuación:

"1. Cuál es la naturaleza jurídica del Consejo de Monumentos Nacionales, creado por la Ley 163 de 1959 y su Decreto reglamentario

número 264 de 1963, el cual fue reubicado por el Decreto-ley número 3154 de 1968?

"2. Teniendo en cuenta la estructura orgánica del Instituto Colombiáno de Cultura, cuál sería la ubicación jerárquica del Consejo de Monumentos Nacionales?

"3. Cuando el Consejo de Monumentos Nacionales concede una autorización debe ésta formalizarse por medio de un acto administrativo? O podría ésta realizarse por medio de una certificación expedida por el Secretario del Consejo?

"4. Cuál es la denominación de los actos administrativos emanados del Consejo de Monumentos Nacionales y qué recursos tendrían?".

La Sala considera:

1. El Consejo de Monumentos Nacionales fue creado por la Ley 163 de 1959 con el objeto de que colaborara con el Gobierno en la defensa y conservación de los monumentos públicos, del patrimonio histórico y artístico de la Nación.

Según el artículo 23 *ibídem*, el Consejo de Monumentos Nacionales lo integran:

1. El Ministro de Educación o su delegado.
2. El Presidente de la Academia Colombiana de Historia.
3. El Director del Instituto de Antropología o su delegado.
4. El Director del Museo Nacional.
5. El Director del Museo Colonial.
6. El Director del Museo del Oro.
7. El Presidente de la Comisión de Arte Sagrado.
8. El Presidente de la Sociedad Colombiana de Arquitectos.
9. El Presidente de la Academia de la Lengua.
10. El Director del Instituto de Ciencias Naturales.
11. El Director del Instituto de Bellas Artes.

2. El artículo 27 de la citada ley dispuso que "el Consejo de Monumentos Nacionales dependerá del Ministerio de Educación Nacional", de donde se deduce que, dicho Consejo fue creado como una dependencia del Ministerio de Educación Nacional al cual estaba sometido administrativa y presupuestalmente. Es de anotarse que el

proyecto de ley que se presentó para la creación del referido Consejo tenía un artículo por el que "gozaría de plena autonomía", pero en los debates se le suprimió y quedó como simple dependencia del Ministerio.

3. Posteriormente, con la reforma constitucional de 1968, que introdujo en forma definitiva la descentralización administrativa, se creó mediante el Decreto-ley 3154 de 1968, el Instituto Colombiano de Cultura como establecimiento público, adscrito al Ministerio de Educación Nacional; a esa entidad se integraron algunas dependencias del citado Ministerio con el fin de que formaran parte de la nueva organización.

4. Dentro de las dependencias del Ministerio de Educación Nacional que fueron trasladadas al Instituto Colombiano de Cultura, por el artículo 12 del Decreto-ley 3154 de 1968, se encuentra el Consejo de Monumentos Nacionales, y su texto es "con el fin de que sean integradas dentro de la nueva organización, formarán parte del Instituto Colombiano de Cultura, las siguientes dependencias del Ministerio de Educación Nacional...Consejo de Monumentos Nacionales" también en el artículo 16 del Decreto dice que el Instituto "sustituye a las dependencias que se traspasan" en sus derechos y obligaciones adquiridas en razón de sus funciones, y que "las dependencias que se trasladan" continuarán funcionando hasta cuando entre en funcionamiento el Instituto.

Así las cosas, el mencionado Consejo entró a formar parte de la estructura del Instituto Colombiano de Cultura como *una de sus dependencias*, sometida, por lo mismo, al presupuesto del Instituto y a su autoridad administrativa.

5. El Decreto-ley 01 de 1984 regula lo concerniente al derecho de petición y al trámite que la administración debe darle a las peticiones que se le formulen. Sobre estos aspectos, el inciso 2º del artículo 6º del Decreto-ley citado dispone: "Cuando la petición haya sido verbal, la decisión podrá tomarse y comunicarse en la misma forma al interesado. En los demás casos será escrita".

Al decidir la administración respecto de las peticiones que se le hayan formulado o cuando le dan fin a una actuación administrativa, lo hace a través de *actos administrativos*, toda vez que éstos son la manifestación unilateral de la administración de producir efectos jurídicos. Como el interesado puede no estar de acuerdo con la decisión tomada por la administración, las leyes han previsto el derecho a reclamar a través de la interposición de los recursos. Actualmente el Decreto-ley 01 de 1984 en su Título II regula lo relativo a este aspecto. El artículo 49 *ibidem* prevé que "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".

A su vez el artículo 50 dispone que por regla general, contra los actos que pongan fin a las actuaciones administrativas procederán los recursos de reposición, apelación y queja.

Este último inciso del citado artículo define los actos definitivos como aquellos que ponen fin a una actuación administrativa, los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto; y agrega que los actos de trámite pondrán fin a una actuación cuando hagan imposible continuarla.

6. Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala responde:

a) La naturaleza jurídica del Consejo de Monumentos Nacionales ha sido desde su creación *la de dependencia* primero del Ministerio de Educación Nacional y actualmente del Instituto Colombiano de Cultura;

b) El Consejo de Monumentos Nacionales, como se anotó, es una dependencia del Instituto Colombiano de Cultura y, como todas las demás dependencias y oficinas, *se encuentra sometido a la autoridad administrativa, presupuestal y jerárquica del Instituto;*

c) Como ya se explicó, las decisiones de la administración *se traducen a través de actos administrativos* que contienen la manifestación unilateral de la voluntad de la misma de producir efectos jurídicos, es decir, creando o modificando situaciones jurídicas; en el caso concreto de la consulta la autorización, es un acto por el cual se permite el ejercicio de derechos preexistentes, previo el cumplimiento de ciertos requisitos y formalidades. Esta decisión debe darse a conocer al interesado de conformidad con lo dispuesto por el Capítulo X del Decreto-ley 01 de 1984, relativo a las publicaciones, comunicaciones y notificaciones de las decisiones de la administración.

En conclusión, se estima que el Consejo de Monumentos Nacionales debe expedir las diversas autorizaciones a través de actos administrativos escritos que se notificarán personalmente al interesado, diligencia en la que se le debe entregar copia íntegra, auténtica y gratuita de la decisión si fue escrita.

En cuanto a la certificación expedida por el Secretario del Consejo de Monumentos Nacionales, se tiene que ésta supone la existencia de un acto —en este caso de autorización— pero no sustituye el acto mismo, simplemente hace constar la expedición de un acto anterior. De todas maneras como ya se anotó, al interesado debe notificársele y entregársele copia de la decisión de autorización emanada del mencionado Consejo.

Finalmente, la Sala estima que la denominación de los actos administrativos expedidos por el Consejo de Monumentos Nacionales *puede ser la de Resolución o Acuerdo,* tomando en consideración la

naturaleza del cuerpo colegiado del Consejo, en el que varias personas toman parte de la decisión. En todo caso la forma no es lo fundamental sino el contenido. Estos actos están sometidos a los recursos previstos en el artículo 50 del Decreto-ley 01 de 1984.

Conforme lo expuesto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado *absuelve* la consulta planteada a esta Corporación por el señor Ministro de Educación Nacional doctor Manuel Francisco Becerra Barney, en relación al Consejo de Monumentos Nacionales.

Transcríbase en copia auténtica.

Jaime Paredes Tamayo, Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas, Hernán Cardoso Durán, Humberto Mora Osejo.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

PERSONAL DOCENTE. COMISION SINDICAL.

Conforme a ninguna de las disposiciones citadas resulta pertinente la solicitud y obtención de la comisión sindical, luego queda en blanco la remisión del artículo 36 del Decreto 2277 de 1979 y concedida en abstracto una facultad a la administración, sin haberse concretado la regulación de su ejercicio en orden a hacer efectivo el derecho del docente oficial a ser comisionado para participar en actividades de carácter sindical. La situación exceptiva requería previsión legal expresa.

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

Consejero ponente: *Doctor Jaime Paredes Tamayo.*

Referencia: Consulta del Ministro de Educación sobre: "Comisiones sindicales de los docentes".

Radicación número 287.

En Oficio número 0483, el señor Ministro de Educación Nacional envió a la Sala la siguiente consulta:

"1º El Decreto-ley 2277 de 1979 —Estatuto Docente— en su artículo 36 consagra en sus literales a) y g) entre otros, los siguientes derechos de los educadores oficiales:

"a) Formar asociaciones sindicales con capacidad legal para representar a sus afiliados en la formulación de reclamos y solicitudes ante las autoridades del orden nacional y seccional;

"g) Solicitar y obtener los permisos, licencias y comisiones, de *acuerdo* con las disposiciones legales pertinentes.

"2º Las comisiones de los docentes se encuentran regladas en el artículo 66 del Decreto-ley 2277 de 1979, al cual se le da aplicación en concordancia con el parágrafo del artículo 22 del Decreto 2400 de 1968 y con los artículos 77 y 80 del Decreto 1950 de 1973. Las citadas normas establecen:

"Artículo 66 del Decreto 2277 de 1979: 'El educador escalafonado en servicio activo, puede ser comisionado en forma temporal para

desempeñar por encargo otro empleo docente, para ejercer cargos de libre nombramiento y remoción, para adelantar estudios o participar en congresos, seminarios u otras actividades de carácter profesional o sindical. En tal situación el educador no pierde su clasificación en el escalafón y tiene derecho a regresar al cargo docente tan pronto renuncie o sea separado del desempeño de dichas funciones...' Parágrafo, artículo 22, Decreto 2400 de 1968: 'En ningún caso podrá conferirse comisión para ejercer funciones que no sean propias de la administración pública'.

"Artículo 77, Decreto 1950 de 1973: 'Solamente podrá conferirse comisión para fines que directamente interesen a la administración pública'.

"Artículo 80, Decreto 1950 de 1973: 'En el acto administrativo que confiere la comisión deberá expresarse su duración que podrá ser hasta por treinta (30) días, prorrogable por razones del servicio y por una sola vez, hasta por treinta (30) días más, salvo para aquellos empleos que tengan funciones específicas de inspección y vigilancia.

" 'Prohíbese toda comisión de servicios de carácter permanente'.

"3º Los educadores oficiales, con fundamento especialmente en los artículos 36 y 66 del Estatuto Docente, han venido solicitando a la administración comisiones por un año o más, para desempeñar cargos directivos sindicales en las agremiaciones a las cuales pertenecen, originando esta situación no solamente, que se contravenga lo preceptuado en los Decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973 sino también, que se tenga que pagar doble salario por un mismo cargo. Evento que se presenta si la administración cancela salarios al educador comisionado y por consiguiente, al educador que lo reemplaza en sus funciones docentes.

"Por lo expuesto, me permito consultar:

"1º No obstante lo estatuido en el parágrafo del artículo 22 del Decreto 2400 de 1968 y en el artículo 77 del Decreto 1950 de 1973, en las demás normas y hechos citados, es obligatorio, facultativo o ilegal e improcedente, que la administración otorgue a los docentes oficiales comisión para desempeñar cargos de carácter sindical, en las agremiaciones a la cual pertenecen?

"2º De conformidad con la parte final, numeral 3º de los hechos expuestos, en el supuesto que se puedan conceder dichas comisiones, éstas tendrían que ser no remuneradas, para no incurrir en doble pago por un mismo cargo?

"3º Dentro del supuesto enunciado anteriormente ¿cuál sería el término de duración de la Comisión Sindical pretendida por los docentes?

"4º Puede la autoridad nominadora otorgar 'permisos sindicales a los agremiados por un número determinado de meses, un año o más, en oposición a lo establecido en el artículo 74 del Decreto 1950 de 1973 y en el artículo 65 del Decreto 2277 de 1979'?".

Consideraciones:

Las situaciones administrativas reguladas por el Decreto 2400 de 1968 y reglamentadas por el Decreto 1950 de 1973, no incluyen la comisión sindical o comisión alguna para ejercer funciones que no sean propias de la administración pública y en concreto, el artículo 22 del primero dispone:

"A los empleados se les podrá otorgar comisión para los siguientes fines: Para cumplir misiones especiales conferidas por sus superiores; para seguir estudios de capacitación; para asistir a reuniones, conferencias, seminarios y para realizar visitas de observación que interesen a la administración y que se relacionen con el ramo en que presten sus servicios; para ejercer las funciones de un empleo de libre nombramiento y remoción cuando la comisión recaiga en un funcionario escalafonado en carrera".

"El Gobierno reglamentará las condiciones, términos y procedimientos para conceder comisiones".

"Parágrafo. 'En ningún caso podrá conferirse comisión para ejercer funciones que no sean propias de la administración pública' ".

Según el artículo 75 del Decreto 1950 de 1973 "el empleado se encuentra en comisión cuando por disposición de autoridad competente, ejerce temporalmente las *funciones propias de su cargo* en lugares diferentes a la sede habitual de su trabajo o atiende transitoriamente *actividades oficiales* distintas a las inherentes al empleo de que es titular".

"Las comisiones pueden ser:

"a) De servicio, para ejercer las funciones propias del empleo en un lugar diferente al de la sede del cargo, cumplir misiones especiales conferidas por los superiores, asistir a reuniones, conferencias o seminarios, o realizar visitas de observación que interesen a la administración y que se relacionen con el ramo en que presta sus servicios el empleado;

"b) Para adelantar estudios;

"c) Para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción, cuando el nombramiento recaiga en un funcionario escalafonado en Carrera Administrativa, y

"d) Para atender invitaciones de gobiernos extranjeros, de organismos internacionales o de instituciones privadas (art. 76 *ibídem*).

"Solamente podrá conferirse comisión para fines que directamente interesen a la administración pública (art. 77 *ibídem).*

"Las comisiones en el interior del país se confieren por el jefe del organismo administrativo, o por quien haya recibido delegación para ello; las comisiones al exterior exclusivamente por el Gobierno" (art. 78 *ibídem*).

La *comisión de servicio* está regulada por los artículos 79 a 81 del Decreto 1950 de 1973 y por los Decretos ejecutivos 2771 de 1984 y 3333 de 1986, *la comisión de estudio,* por los artículos 83, 84, 88 a 91 y 176 del mismo Decreto 1950 y por los Decretos 2771 de 1984 y 3333 de 1986; la comisión para desempeñar empleo de libre nombramiento, por los artículos 92 a 95 del Decreto 1950, y la comisión para atender invitaciones, por los artículos 96 y 97 del mismo Decreto.

Conforme a ninguna de estas disposiciones resulta pertinente la solicitud y obtención de la comisión sindical, luego queda en blanco la remisión del artículo 36 del Decreto 2277 de 1979 y concedida en abstracto una facultad de la administración, sin haberse concretado la regulación de su ejercicio en orden a hacer efectivo el derecho del docente oficial a ser comisionado para participar en actividades de carácter sindical.

La situación exceptiva requería previsión legal expresa, que no es de recibo suplantar en el orden jurídico mediante deducción discrecional, ni en la realidad administrativa por prácticas extrañas al interés público. El contenido de una situación de excepción no puede ser configurado libremente por la administración sino limitado a lo que la propia ley ha previsto de modo preciso y completo o en forma que admita una determinación rigurosa. Pero no parece admitirlo el otorgamiento de una comisión para fines que no interesan directamente a la administración pública ni se relacionan con el ramo en que presta sus servicios el empleado docente, cuando no está señalado expresamente el funcionario que debe conferirla; o expresar la duración de la comisión sindical, asimilándola a la de servicio, porque de todos modos está prohibida la concesión de ésta con carácter permanente y la comisión de estudio sólo puede conferirse para recibir capacitación, adiestramiento o perfeccionamiento en el ejercicio de las funciones propias del empleo de que se es titular, o en relación con los servicios a cargo del organismo donde se halla vinculado el empleado.

De ahí que resulte inexcusable a la administración el respeto de dichos principios y se considere extraña a la función pública la transgresión de los mismos en aras de una relación especial que no desplaza la relación general de derecho público común a todo empleado. No es concebible que un ordenamiento que incorpore valores jurídicos sus-

tanciales, reconozca, al mismo tiempo, márgenes de libertad para desconocerlos, con perjuicio de la unidad y coherencia, garantías de su aplicación recta. Ni que una prerrogativa particular, en la modalidad adventicia de comisión de servicio al sindicato, prevalezca sobre el interés general en la prestación de un servicio sobre bases de coherencia y cohesión, como el asignado a los educadores oficiales, sean o no sindicalizados.

La regla general sobre servicio público de que no existe empleo si no tiene funciones y el deber de dedicar al cumplimiento de éstas la totalidad del tiempo al efecto prescrito no resultan compatibles con el otorgamiento al educador escalafonado en servicio activo de una comisión para participar en actividades de carácter sindical y no tiene sentido asimilar tal participación a situación de servicio, si no se están ejerciendo las funciones del empelo del cual se ha tomado posesión. El juramento de ingreso de todo funcionario recae sobre deberes que le incumbe cumplir, en cuanto tal, no sobre otros ajenos a las funciones propias del empleo, sin relación con los servicios a cargo del organismo donde se halle vinculado.

"La prestación de la función pública es permanente y contínua, y disponer o autorizar que un encargado de la misma deje de prestarle totalmente, va contra los principios señalados en el Decreto-ley 2400 de 1968 lo que tiene su asiento en el artículo 63 de la Constitución Nacional..." Tal fue la conclusión de la Sala Plena del Consejo de Estado, en sentencia de 10 de junio de 1987 al resolver el recurso de anulación interpuesto por el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Administración Postal Nacional contra la sentencia de la Sección Segunda de esta Corporación que declaró nulo el Acuerdo número 006 de 1983, emanado de la Junta Directiva de aquella entidad.

Por lo demás, en el mismo sentido se había pronunciado esta Sala en concepto de 15 de abril de 1985 (Radicación 2165) al afirmar: "La circunstancia de ser directivo sindical no excusa a los servidores del Estado de cumplir rigurosamente con sus obligaciones, ni al Gobierno de la obligación que le impone el precepto constitucional de asegurar la continuidad en los servicios públicos y la firmeza de las instituciones, vale decir de mantener el orden público y de responder por él".

"Lo que no se puede sostener jurídicamente es que sea válida o defensable la actuación contra el orden legal de quienes lo hacen amparados en una situación aparente de 'servicio activo' y no sea en cambio, constitucional la del Gobierno que, en guarda de las instituciones se vea precisado a suspender los efectos de esa situación particular".

"La tesis contraria conduciría necesariamente a la imposibilidad de mantener la autoridad y el funcionamiento normal de la administración pública por mantener prerrogativas fuera de la ley o contra ella".

Con fundamento en las anteriores consideraciones da respuesta la Sala a los cuestionamientos del señor Ministro de Educación Nacional, según el orden en que los formula:

1º Es ilegal e improcedente que la administración otorgue a los docentes oficiales, comisión para desempeñar cargos directivos en las agremiaciones a las cuales pertenecen.

2º Como se dijo en la respuesta anterior, no hay lugar a que se presente este supuesto, de conformidad con la negativa contenida en la respuesta anterior.

3º No hay lugar a fijar término alguno de conformidad con la negativa contenida en la respuesta primera.

4º A ninguna autoridad está atribuida la facultad de otorgar "permisos sindicales" ni señalada por tanto, la duración de dichos permisos en alguna norma legal de conformidad con lo dicho en la respuesta primera.

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

Jaime Paredes Tamayo, Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas*, *Hernán Cardoso Durán*, *Humberto Mora Osejo*, Ausente con excusa.

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

SENA. APORTES PARA FISCALES. Cobro. NACION. JURISDICCION. COACTIVA. Improcedencia.

El SENA puede cobrar ejecutivamente, mediante jurisdicción coactiva los aportes de los empleadores indicados en los artículos 7º y 8º de la Ley 21 de 1982 siempre que se reúnan los requisitos exigidos por el artículo 68 del Decreto-ley 01 de 1984, con excepción de la Nación, a quien podrá únicamente solicitarle el cumplimiento de su obligación.

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

Consejero ponente: *Doctor Hernán Cardoso Durán.*

Referencia: Consulta sobre recaudo de aportes al Servicio Nacional de Aprendizaje —SENA—.

Radicación número 285.

El señor Ministro de Gobierno doctor Raúl Orejuela Bueno, mediante Oficio número 181 de 18 de abril de 1989, hace el siguiente planteamiento para formular la consulta que a continuación se expresa:

"La diversidad de normas que regulan los aportes a favor del Servicio Nacional de Aprendizaje —SENA— y la falta de claridad en las mismas en lo atinente a los funcionarios competentes para lograr su ejecución, constituyen el objeto de la consulta; así tenemos, los artículos 21 y 24 del Decreto-ley 3123 de 1968; artículos 7º, 8º, 14 de la Ley 21 de 1982; artículo 4º del Decreto 1911 de 1972; artículo 51 del Decreto 341 de 1988 y artículo 562 del Código de Procedimiento Civil; la jurisprudencia de carácter civil, laboral y a nivel de Tribunal Superior en Salas de Decisión Civil y/o Laboral, que ha concluido que no son competentes para conocer de los procesos ejecutivos instaurados por el Servicio de Aprendizaje SENA contra empleadores particulares y/o de carácter público como son Departamentos, Municipios, establecimientos públicos, etc., cuando éstos no han querido pagar sus aportes.

"Ante la evidencia de falta de juridiscción coactiva asignada al Servicio Nacional de Aprendizaje —SENA—, es necesario consultar:

"1º Los artículos 21 y 24 del Decreto-ley 3123 de 1968 fueron modificados por la Ley 21 de 1982?

"2º Corresponde a la Jurisdicción Laboral la competencia para conocer de los procesos ejecutivos a favor del SENA y en contra de cualquiera de los empleadores obligados a aportar, indicados en los artículos 7º y 8º de la Ley 21 de 1982 y que voluntariamente no paguen previa resolución motivada del SENA que liquide en su contra una suma líquida de dinero?

"3º Cuál es el alcance del término judicialmente empleado por el artículo 51 del Decreto-ley 341 de 1988 y a qué funcionarios correspondería decidir?

"4º Puede el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA cobrar por jurisdicción coactiva los aportes que le adeuden los empleadores indicados en los artículos 7º y 8º de la Ley 21 de 1982 teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 68 del Decreto 01 de 1984, cuando no le haya fijado tal competencia?

"En caso afirmativo, puede el SENA por sí ejercer jurisdicción coactiva en lo pertinente al cobro de sus aportes? En caso negativo ante quién se ejerce esta forma de jurisdicción?

"5º El artículo 68 del Decreto 01 de 1984 derogó tácitamente el artículo 562 del Código de Procedimiento Civil?".

La Sala considera:

1º El Servicio Nacional de Aprendizaje —SENA— es un establecimiento público del orden nacional, reorganizado por el Decreto-ley 3123 de 1968, adscrito al Ministerio del Trabajo, encargado de la promoción y formación profesional de los recursos humanos del país.

2º Para contribuir a su financiamiento económico, el SENA recibirá, de conformidad con la Ley 21 de 1982 los siguientes aportes:

a) El aporte del medio por ciento (½%) efectuado del monto de las respectivas nóminas de la Nación, los Departamentos, las Intendencias, las Comisarías, el Distrito Especial de Bogotá y los Municipios, destinados a programas específicos de formación profesional acelerada, durante la prestación del servicio militar obligatorio;

b) El aporte del dos por ciento (2%) del monto de sus respectivas nóminas de los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales y las sociedades de economía mixta de todos los órdenes y los empleadores del sector privado.

3º Los aportes mencionados deberán efectuarse por intermedio de una caja de compensación familiar que opere dentro de la localidad donde se causen los salarios, sin embargo, la Nación, los Departamentos, las Intendencias, las Comisarías, el Distrito Especial de Bogotá y los Municipios, podrán girar los referidos aportes directamente al SENA (arts. 15 y 16 de la Ley 21 de 1982).

4º El artículo 24 del Decreto-ley 3123 de 1968 disponía que "el pago de los aportes a que se refieren el ordinal 2º y el parágrafo del artículo 21 podrá exigirse por conducto de los Jueces del Trabajo. Las resoluciones que dicta el Director General sobre la materia prestarán mérito ejecutivo".

5º El artículo 68 del Decreto-ley 01 de 1984 establece cuáles son los actos que prestan "mérito ejecutivo por jurisdicción coactiva, siempre que en ellos conste una obligación clara, expresa y actualmente exigible":

> "1. Todo acto administrativo ejecutoriado que imponga a favor de la Nación, de una entidad territorial, o de un establecimiento público de cualquier orden, la obligación de pagar una suma líquida de dinero, en los casos previstos en la ley.
>
> "2. Las sentencias y demás decisiones jurisdiccionales ejecutoriadas que impongan a favor del Tesoro Nacional, de una entidad territorial, o de un establecimiento público de cualquier orden, la obligación de pagar una suma líquida de dinero.
>
> "3. Las liquidaciones de impuestos contenidas en providencias ejecutoriadas que practiquen los respectivos funcionarios fiscales, a cargo de los contribuyentes, o las liquidaciones privadas que hayan quedado en firme, en aquellos tributos en los que su presentación sea obligatoria.
>
> "4. Los contratos, las pólizas de seguro y las demás garantías que otorguen los contratistas a favor de entidades públicas; que integrarán título ejecutivo con el acto administrativo de liquidación final del contrato, o con la resolución ejecutoriada que decrete la caducidad, o la terminación según el caso.
>
> "5. Las demás garantías que a favor de las entidades públicas se presten por cualquier concepto, las cuales se integrarán con el acto administrativo ejecutoriado que declare la obligación.
>
> "6. Las demás que consten en documentos que provengan del deudor".

6º Sobre la facultad que tienen los representantes de las personas jurídicas, de derecho público para ejercer la jurisdicción coactiva, la Sala reitera el criterio expuesto mediante concepto de 15 de mayo de 1986, con ponencia del doctor Humberto Mora Osejo, y que textualmente se transcribe:

> "...2º Según el enunciado del artículo 68 del Decreto-ley 01 de 1984, los créditos indicados, si constituyen obligaciones

claras, expresas y actualmente exigibles, pueden cobrarse ejecutivamente por jurisdicción coactiva. Lo que significa que la entidad acreedora puede hacer efectiva la obligación a su favor adelantando un juicio ejecutivo, sin demanda, en el cual también obre como Juez.

"3º Si la ley específicamente determina los funcionarios investidos de jurisdicción coactiva, como los Tesoreros, los Administradores y Recaudadores de impuestos y los Jueces de ejecuciones fiscales, no cabe duda que ellos son, en cada uno de los procesos que adelanten por jurisdicción coactiva, además de Jueces, los representantes de la entidad pública acreedora.

"4º Pero, si la ley no atribuye a funcionario determinado el ejercicio de la jurisdicción coactiva, debe entenderse, conforme al enunciado del artículo 68 del Decreto-ley 01 de 1984, que esa facultad corresponde al representante de la persona jurídica de derecho público:

"Es cierto que, según los artículos 20 y 63 de la Constitución, la competencia debe ser atribuida expresamente y no es posible deducirla por inferencia o analogía. Pero, al disponer el artículo 68 del Decreto-ley 01 de 1984 que los créditos que menciona pueden cobrarse ejecutivamente, mediante jurisdicción coactiva, facultó a los representantes de las entidades públicas para ejercerla a fin de hacer efectivas las obligaciones exigibles a su favor; pues la facultad de obrar por jurisdicción coactiva significa que quien representa a la entidad puede obrar como Juez y como parte para hacer efectivos los créditos exigibles a favor de la entidad pública. En otros términos, la facultad de representar a la entidad pública se complementa, por disposición del artículo 68 del Decreto-ley 01 de 1968 (sic) (1984), con la de cobrar las obligaciones exigibles a favor de la entidad mediante juicio ejecutivo por jurisdicción coactiva.

"Por consiguiente, los gerentes o representantes de los establecimientos públicos municipales, según el artículo 68 del Decreto-ley 01 de 1984, pueden cobrar ejecutivamente, por jurisdicción coactiva, los créditos exigibles a favor de esas entidades, si reúnen los demás requisitos prescritos por la misma disposición".

7º En este orden de ideas, se tiene que, el representante del SENA puede hacer efectivas las obligaciones a favor de la entidad por concepto de los aportes que deben realizar los empleadores mencionados en la Ley 21 de 1982, con destino a su financiamiento económico, a través de un juicio ejecutivo, sin demanda, que él mismo debe ade-

lantar. De manera que el artículo 24 del Decreto-ley 3123 de 1968 fue derogado por el artículo 68 del Decreto-ley 01 de 1984.

8º De otra parte, debe tenerse muy claro que la Nación no puede ser ejecutada ni sus bienes pueden ser embargados (arts. 336 del C. de P. C. y 16 de la Ley 38 de 1989), y por lo mismo, sobre el cobro de los aportes que ésta adeude al SENA, no puede más que solicitarle el cumplimiento de su obligación, desechando la posibilidad de iniciar el juicio ejecutivo por jurisdicción coactiva.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala responde los interrogantes planteados por el señor Ministro de Gobierno, en el mismo orden en que se formularon:

1º El artículo 21 del Decreto-ley 3123 de 1968 fue subrogado por los artículos 7º, 8º, 9º, 10, 11, 12 de la Ley 21 de 1982. El artículo 24 del citado Decreto-ley fue sustituido por el artículo 68 del Decreto-ley 01 de 1984.

2º Como se indicó, el Servicio Nacional de Aprendizaje —SENA— puede cobrar ejecutivamente, mediante jurisdicción coactiva, los aportes de los empleadores indicados en los artículos 7º y 8º de la Ley 21 de 1982 siempre que se reúnan los requisitos exigidos por el artículo 68 del Decreto-ley 01 de 1984, con excepción de la Nación, a quien podrá únicamente solicitarle el cumplimiento de su obligación, por las razones anotadas.

3º El artículo 51 del Decreto-ley 341 de 1988 dispone que: "Las cajas de compensación, el Servicio Nacional de Aprendizaje —SENA—, la Escuela Superior de Administración Pública y los trabajadores beneficiarios del empleador desafiliado por mora en el pago de sus aportes, podrán exigir judicialmente el cumplimiento de la obligación".

De la norma transcrita, se deduce claramente que el legislador extraordinario quiso que la obligación que tienen los empleadores de contribuir con el pago del subsidio familiar y la promoción para los trabajadores del país, puede ser exigida mediante un proceso judicial adelantado ante los Jueces competentes, bien sea promovido por las entidades recaudadoras o por los trabajadores beneficiarios que se ven afectados por la mora en el pago de los aportes.

En el caso que es materia de estudio de la Sala, el contenido de la norma transcrita debe armonizarse con lo previsto por el artículo 68 del Decreto-ley 01 de 1984, en cuanto esta disposición ha investido de jurisdicción coactiva a los representantes de las personas jurídicas de derecho público, a través de la cual pueden cobrar ejecutivamente las obligaciones a favor de dichas entidades mediante procesos que se adelantan sin demanda, pues el representante tiene las funciones de Juez y parte.

4º Como ya se indicó, el Servicio Nacional de Aprendizaje —SENA— puede cobrar ejecutivamente por jurisdicción coactiva los aportes que le adeuden los empleadores indicados en los artículos 7º y 8º de la Ley 21 de 1982, de conformidad con el artículo 68 del Decreto-ley 01 de 1984, con excepción de la Nación, a la cual no puede ejecutar judicialmente, solamente podría solicitarle el cumplimiento de la obligación.

5º El artículo 68 del Decreto-ley 01 de 1984 sustituyó el artículo 562 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto amplió el contenido de los documentos que prestan mérito ejecutivo a favor del Estado.

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

Jaime Paredes Tamayo, Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas, Hernán Cardoso Durán, Humberto Mora Osejo,* Ausente con excusa.

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

RAMA JURISDICCIONAL. Funcionarios. CARRERA JUDICIAL. Funcionarios. SALARIOS. PRIMAS. Liquidación.

La remuneración de los Magistrados grado 21, Magistrados de orden público, auxiliares de Magistrado grado 21, y Abogados asistentes de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, se liquida sobre la asignación básica *fijada por las leyes o decretos-ley que señalan la escala de remuneración de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, sobre esta asignación es que debe realizarse la liquidación de la remuneración de los funcionarios citados en las Leyes 10 de 1987 y 63 de 1988, y no sobre el 80% de lo devengado por los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, pues ese porcentaje, tal como se deduce de las normas respectivas, es el mínimo que pueden devengar los funcionarios mencionados.*

Los funcionarios designados después de 20 de enero de 1988 para ocupar cargos de la Dirección General y Oficinas Seccionales de la Carrera Judicial, no pueden seguir percibiendo *las primas de antigüedad, de capacitación y ascensional a que tuvieron derecho como funcionarios de la Rama Jurisdiccional o del Ministerio Público, porque los artículos 3º y 4º del Decreto-ley 91 de 1988 expresamente las suprimió, modificando en este aspecto al Decreto 2535 de 1987, que posteriormente fue derogado por el Decreto 509 de 1989.*

A los empleados de la Dirección Nacional y de las Oficinas Seccionales de la Carrera Judicial se les aplica el régimen previsto por las leyes para los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional. Les es aplicable la prohibición de percibir una asignación superior a la devengada por los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

A los Directores Seccionales de la Carrera Judicial, que se posesionaron entre el 30 de diciembre de 1987 y el 20 de enero de 1988, y que por disposición del inciso 2 del artículo 4º del Decreto 91 de 1988, mantengan una remuneración que resulte ser superior a la devengada por los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, deberá deducírseles el excedente en la forma ya explicada.

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

Consejero ponente: *Doctor Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia: Consulta. Liquidación, pago de sueldos y primas de los funcionarios de la Rama Jurisdiccional y cuerpo administrativo de la Carrera Judicial.

Radicación número 299.

El señor Ministro de Justicia doctor Guillermo Plazas Alcid, formula a la Sala una consulta que se transcribe textualmente a continuación:

"Comedidamente nos dirigimos a usted y por su digno conducto a la Sala de Consulta que preside, con el fin de solicitarle se emita concepto sobre la aplicación de las leyes y decretos referenciados, alusivos todos a la liquidación y pago de sueldos y primas de los funcionarios de la Rama Jurisdiccional y cuerpo administrativo de la Carrera Judicial.

"Esta consulta se explica, en razón a que el Ministerio tiene la ordenación del gasto para el Poder Judicial, por delegación ejercida por el Viceministro quien debe aprobar y firmar los reconocimientos que por todo concepto se hagan a los funcionarios judiciales. Labor esta, compartida con las entidades que por fuerza de nuestro ordenamiento jurídico fiscal deben controlar y registrar, todos los valores ordenados, cuales son, la Contraloría General de la República a través de la Auditoría respectiva y el Ministerio de Hacienda —Dirección General de Presupuesto— por medio de la División Delegada ante la entidad".

Se transcriben los textos consultados:

Decreto número 28 - 3 de enero de 1989.

Artículo 14. Los funcionarios y empleados a que se refiere este Decreto, no podrán devengar por concepto de asignaciones básicas más primas, suma superior a la remuneración mensual total que le corresponda a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

Siempre que al sumar la asignación básica con uno o varios de los factores salariales constituidos por prima de capacitación, prima ascensional y prima de antigüedad, la remuneración total del funcionario supere el límite fijado en el inciso anterior, el excedente deberá ser deducido.

La deducción se aplicará en primer término a la prima de capacitación, en ausencia de ésta la prima ascensional y en último lugar a la prima de antigüedad.

Decreto número 474 - 16 de marzo de 1988.

Artículo 8º. La asignación mensual de los Magistrados y de los Fiscales del Tribunal Superior de Orden Público, será equivalente a un ochenta por ciento (80%) de la devengada en todo tiempo por los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

Ley número 10 - 27 de enero de 1987.

Artículo primero: En ningún caso la remuneración mínima mensual de los cargos de Magistrados auxiliares creados por el artículo 72 de la Ley 2ª de 1984 será inferior al ochenta por ciento (80%) de la remuneración total que devenguen los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y los Consejeros de Estado.

Parágrafo primero: Esta remuneración se aplicará cuando la suma de la asignación básica y las primas mensuales resultare inferior al porcentaje señalado en el presente artículo.

Parágrafo segundo: No se entienden modificadas por esta ley la asignación básica mensual, ni los incrementos por primas mensuales de cualquier índole, que para tales cargos señalaren las disposiciones respectivas.

Ley número 63 - Parágrafos primero y segundo.

Hace extensiva la Ley 10 de 1987 a todos los Magistrados grado 21 y transcribe el texto que se cita.

Decreto número 91 - 20 de enero de 1988.

Artículo 3º. En los aspectos no contemplados en este Decreto los empleados a quienes se aplique, *tendrán el mismo régimen señalado por la ley para los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional, excepto las primas de antigüedad, de capacitación y ascensional,* a las cuales no tendrán derecho.

Artículo 4º. Los funcionarios o empleados que estando al servicio de la Rama Jurisdiccional, Ministerio Público, Direcciones de Instrucción Criminal o Justicia Penal Militar, sean designados para desempeñar empleos en la Dirección y Oficinas Seccionales de la Carrera Judicial, *no tendrán derecho a las primas de antigüedad, capacitación y ascensional que venían percibiendo por el servicio a los mencionados organismos.*

Sin embargo, los empleados que a la fecha de la vigencia del presente Decreto hayan sido designados para ocupar empleos de la planta de personal fijada por el Decreto 2535 de 1987, y sean designados para ocupar empleos de la planta que se expida de acuerdo a la nomenclatura y escala salarial establecida en este Decreto, y cuya remune-

ración por concepto de asignación básica, prima de antigüedad, ascensional y de capacitación sea superior a la que corresponda al grado salarial del nuevo empleo, continuarán devengando la remuneración superior hasta su retiro o cambio de cargo.

Decreto número 509 - 13 de marzo de 1989.

Artículo 2º. El régimen jurídico de los empleados a que se refiere esta planta de personal es señalado por el Decreto extraordinario 91 de 1988.

Artículo 4º. El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga el Decreto 2535 de 1987, y demás disposiciones que sean contrarias.

La dificultad en la interpretación y aplicación de las normas citadas ha dado lugar a disparidad de criterios, tanto por parte de los funcionarios que elaboran las nóminas y pagan sueldos, como de los usuarios del servicio, funcionarios judiciales en el caso que nos ocupa. Por ello, respetuosamente me permito elevar ante la honorable Sala la siguiente:

Se consulta:

1. En cumplimiento del reconocimiento de primas de antigüedad en un noventa y cuatro por ciento (94%) o más a partir de 1º de enero de este año, los Magistrados grado 21, devengan un sueldo incrementado superior al de Magistrado de la Corte Suprema de Justicia o Consejo de Estado, y más aún si se le suma la prima ascensional y de capacitación.

Se consulta. Se les paga la asignación superior o se les somete a la limitación establecida por el Decreto 28 de 1989 - artículo 14?

2. El artículo 8º del Decreto 474 de 16 de marzo de 1988 establece una asignación mensual para los Magistrados y Fiscales de Orden Público equivalente a un ochenta por ciento (80%) de lo devengado por los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

Teniendo en cuenta que los honorables Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, no devengan primas de antigüedad, capacitación y ascensional:

Se consulta. Los Magistrados de Orden Público devengan sólo el ochenta por ciento (80%) a que se ha hecho alusión, o a este porcentaje se les suman las primas causadas en los cargos anteriores?

3. La Ley 10 de 27 de enero de 1987, en su artículo 1º, fijó una remuneración especial para los auxiliares de Magistrados grado 21, cargo creado por la Ley 2ª de 1984, artículo 72, y para los Abogados

asistentes de la Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado y Tribunal Disciplinario, consistente en un ochenta por ciento (80%) del sueldo de Magistrado de la Corte Suprema de Justicia o Consejero de Estado, que se reitera, no devengan primas de antigüedad, capacitación y ascensional. Los beneficios de esta ley se hicieron extensivos a los Magistrados grado 21 de todos los Tribunales, mediante la Ley 63 de 14 de diciembre de 1988.

En ambas normas, el artículo primero se aclara con dos parágrafos. El primero establece que se aplica la ley a quienes devenguen sumado su sueldo más primas, asignación inferior al 80% fijado.

Pero el parágrafo segundo, se ha interpretado como si aquellos funcionarios antiguos pudieran sumar al 80%, todas las primas a que tienen derecho. En consecuencia:

Se consulta: Podrán los auxiliares de Magistrado grado 21 de la Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado, Abogados asistentes y Magistrados del Tribunal grado 21, devengar el 80% del sueldo de Magistrado de la Corte Suprema de Justicia o Consejo de Estado y a este sumar los porcentajes que por concepto de la prima de antigüedad, ascensional y capacitación tengan, sobrepasando en mucho el sueldo de su superior jerárquico, o en este último caso se acogen al régimen general, para devengar el sueldo básico de Magistrado grado 21, sumadas todas sus primas, pero sin sobrepasar el sueldo de su nominador? (Decreto 28 de 1989, art. 14).

4. El ente administrativo de la Carrera Judicial inició su funcionamiento con una planta de personal creada mediante el Decreto 2535 de 30 de diciembre de 1987, a la cual aplicaron las disposiciones que en materia de personal, régimen salarial y prestacional proceden para la Rama Jurisdiccional y Ministerio Público. El 20 de enero de 1988 con el Decreto 91 de la misma fecha, se estableció una nomenclatura de empleos y se fijó la escala de sueldos, dejando vigente el mismo régimen señalado para la Rama Jurisdiccional, con excepción de las primas de antigüedad, de capacitación y ascensional "a las cuales no tendrán derecho".

En el intervalo comprendido entre el 30 de diciembre de 1987 y el 20 de enero de 1988, fecha en que entró en vigencia el Decreto 91, fueron nombrados algunos funcionarios de la Carrera Judicial. Esta la razón, para darle el tratamiento especial, consagrado en el artículo 4º de esta norma. Pero posterior a su vigencia fue nombrado el personal restante. Algunos hicieron dejación de sus cargos en la Rama Jurisdiccional para posesionarse en la Carrera Judicial, creándose una situación laboral nueva con grado, asignación y funciones diferentes. Luego el Decreto 509 de 1989, derogó el Decreto 2535 de 1987, y dejó vigente el régimen jurídico señalado por el Decreto 91 de 1988, es decir, aquél que prohíbe las primas de antigüedad, ascensional y capacitación:

Se consulta. Los funcionarios nombrados después de 20 de enero de 1988 —vigencia del Decreto 91— en la Carrera Judicial, pueden percibir las primas que esta norma prohíbe para esos cargos, o se sujetan a lo dispuesto por el Decreto 509 de 1989?

5. Como algunos Directores Seccionales de Carrera —grado 21— se posesionaron entre el 30 de diciembre de 1987 y el 20 de enero de 1988, tienen régimen especial en el sentido de que pueden percibir todas sus primas y no están sujetos a la limitación establecida por el Decreto 28 de 1989 —art. 14—.

Se consulta. Se les paga básico más primas superiores al sueldo de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y Consejero de Estado?

Como el señor Ministro de Justicia plantea diversas situaciones respecto de la asignación de diferentes empleos de la Rama Jurisdiccional y, de la Dirección Nacional, Oficinas Seccionales de la Carrera Judicial, la Sala absolverá individualmente cada interrogante, previas algunas consideraciones generales aplicables a cada uno de los interrogantes:

1. *La prima de antigüedad* es una prestación creada, para los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, por el Decreto 903 de 1969, e incrementada, hasta un diez por ciento (10%) del valor del salario básico por cada dos años de servicio, por los Decretos 1231 y 2757 de 1973.

El Decreto-ley 28 de 1989 dispone en su artículo 9º, que "la prima de antigüedad se continuará reconociendo y pagando de conformidad con las disposiciones que regulen esta materia.

"A partir de la fecha de vigencia del presente Decreto, el retiro del servicio por cualquier causa, salvo por destitución no implica la pérdida de antigüedad que se hubiere alcanzado, ni del tiempo transcurrido por la causación del próximo porcentaje, cuando la persona reingrese al servicio de la Rama Jurisdiccional o Ministerio Público, dentro de un plazo que no exceda de veintisiete (27) meses".

De manera que ésta es una prestación establecida por la ley, exclusivamente para los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, con exclusión de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado.

2. El artículo 14 del Decreto-ley 28 de 1989 prevé que "los funcionarios y empleados a que se refiere este Decreto —de la Rama Jurisdiccional del Ministerio Público, de las Direcciones de Instrucción Criminal, del Cuerpo Técnico de la Policía Judicial y de la Justicia Penal Militar—, no podrán devengar por concepto de asignación básica más primas, suma superior a la remuneración mensual total que le corresponda a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

"Siempre que al sumar la asignación básica con uno o varios de los factores salariales constituidos por prima de capacitación, prima ascensional y prima de antigüedad, la remuneración total del funcionario supere el límite fijado en el inciso anterior, el excedente deberá ser deducido.

"La deducción se aplicará en primer término a la prima de capacitación, en ausencia de ésta a la prima ascensional y en último lugar a la prima de antigüedad".

Esta disposición, que contempla un límite en la remuneración de los empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, fue consagrada por primera vez mediante el Decreto 542 de 1977, con algunas modificaciones posteriores efectuadas por los Decretos 809 de 1977, 717 y 911 de 1978 y el Decreto-ley 306 de 1983.

3. Las Leyes 10 de 1987 y 63 de 1988, *fijan la remuneración mínima mensual* de los Magistrados auxiliares, Abogados asistentes de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado y de los Magistrados de los Tribunales Superiores, Contencioso-Administrativos, de Aduanas y Fiscales, respectivamente.

Estas normas disponen que en ningún caso la remuneración mínima mensual de los cargos mencionados, "será inferior al ochenta por ciento de la remuneración total que devenguen los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y los Consejeros de Estado".

Este porcentaje mínimo se aplicará cuando tomando la asignación básica y las primas mensuales resulte una suma inferior a dicho porcentaje.

Los parágrafos segundos de las leyes mencionadas prevén que no se están modificando las asignaciones básicas ni los incrementos por primas de cualquier naturaleza, que se hubieren señalado para los citados cargos por disposiciones anteriores.

De estas normas se deduce que el legislador quiso establecer una asignación más favorable para los cargos de Abogados asistentes y Magistrados auxiliares de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, lo mismo que de los Magistrados de Tribunales Superiores, de lo Contencioso Administrativo, los de Aduanas y de las Fiscalías que actúan ante estos organismos, sin que para nada se modificaran las asignaciones básicas señaladas para dichos cargos por las normas pertinentes, *es decir que, si el sueldo básico más las primas de antigüedad, de capacitación y ascensional, da como resultado una cantidad inferior al ochenta por ciento (80%) de lo devengado por los Consejeros de Estado o los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, se aplica como asignación el porcentaje anotado. Si por el contrario, sumadas la asignación básica y las primas mensuales, resulte una cantidad superior al ochenta por ciento (80%) el empleado devengará esta suma, con las limitaciones previstas en las normas legales.*

4. La Jurisdicción de Orden Público se organizó mediante el Decreto-ley 474 de 1988 (16 de marzo), con fundamento en las facultades conferidas al Presidente de la República por el artículo 121 de la Constitución Nacional.

Al efecto se creó el Tribunal Superior de Orden Público, con jurisdicción en todo el territorio nacional y con sede en la ciudad de Bogotá (art. 1º). Integran, de igual manera, esta jurisdicción, los Juzgados de orden público creados por el artículo 4º del Decreto 1631 de 1987.

Ante el Tribunal Superior de Orden Público se surtirá la segunda instancia de los procesos que conozcan en primera instancia los Jueces de orden público (inciso final, art. 2º).

El artículo 4º, del citado Decreto-ley 474 de 1988 dispone que "para ser Magistrado o Fiscal del Tribunal Superior de Orden Público se requieren las mismas condiciones que para ser Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial..."

El artículo 8º, *ibídem* establecía que "la asignación mensual de los Magistrados y de los Fiscales del Tribunal Superior de Orden Público, será equivalente a un ochenta por ciento (80%) de la devengada en todo tiempo por los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia". Este precepto fue modificado por el artículo 1º de la Ley 63 de 1988 (14 de diciembre) que hizo extensivos a los Magistrados de los Tribunales Superiores, entre otros, las disposiciones de la Ley 10 de 1987, que, como ya se vio, permite que dichos funcionarios devenguen una asignación igual al ochenta por ciento (80%) de lo devengado por los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, si sumadas la asignación básica y las primas mensuales resultare una cantidad inferior a dicho porcentaje.

De manera que los *Magistrados del Tribunal Superior de Orden Público* se entienden incluidos en el artículo 1º, de la Ley 63 de 1988 que se refiere a los *Magistrados de Tribunales Superiores*, sin hacer ninguna distinción; además, si existiere alguna duda, debe resolverse con fundamento en el principio general de derecho que enseña que "donde hay una misma razón debe haber una misma disposición", toda vez, que los Magistrados del Tribunal Superior de Orden Público deben tener las mismas calidades que los Magistrados de Tribunal Superior de Distrito Judicial y, sus funciones y su jerarquía similares (subrayado de la Sala).

5. El Decreto 2535 de 1987 (30 de diciembre), por el cual se estableció la planta de personal de la Dirección Nacional de la Carrera Judicial, determinó en su artículo 2º, que a los empleados de la mencionada dependencia "les serán aplicables las disposiciones en materia de personal, régimen salarial y prestacional, y régimen disciplinario, establecidos para la Rama Jurisdiccional y el Ministerio Público".

Entre el 30 de diciembre de 1987 y el 20 de enero de 1988, se expidió el Decreto 91 de 1988, por el cual se establece a nomenclatura y escala salarial para la Dirección Nacional y las Oficinas Seccionales de la Carrera Judicial, que en el artículo 3º, previó que "en los aspectos no contemplados en este Decreto los empleados a quienes se aplique, tendrán el mismo régimen señalado por la ley para los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional, excepto las primas de antigüedad, capacitación y ascensional, a las cuales no tendrán derecho".

El artículo 4º, *ibídem* dispone que "los funcionarios o empleados que estando al servicio de la Rama Jurisdiccional, Ministerio Público, Direcciones de Instrucción Criminal o Justicia Penal Militar, sean designados para desempeñar empleos en la Dirección y Oficinas Seccionales de la Carrera Judicial, no tendrán derecho a las primas de antigüedad, capacitación y ascensional que venían percibiendo por el servicio a los mencionados organismos.

"Sin embargo, los empleados que a la fecha de vigencia del presente Decreto hayan sido designados para ocupar empleos de la planta de personal fijada por el Decreto 2535 de 1987, y sean designados para ocupar empleos de la planta que se expida de acuerdo a la nomenclatura y a la escala salarial establecida en este Decreto, y cuya remuneración por concepto de asignación básica, prima de antigüedad, ascensional y de capacitación sea superior a la que corresponda al grado salarial del nuevo empleo, continuarán devengando la remuneración superior hasta su retiro o cambio de cargo".

De las normas transcritas se deduce, que inicialmente se extendieron unas garantías creadas para los empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público a los empleos de la Dirección de la Carrera Judicial y las Oficinas Seccionales, lo que motivó a empleados judiciales a trasladarse a estas dependencias y a aceptar la designación con el convencimiento que no perderían sus prestaciones, sin embargo, una norma posterior modificó la planta de personal, la escala salarial y el régimen jurídico de estas dependencias excluyendo de las respectivas prestaciones a las primas de antigüedad, de capacitación y ascensional; pero para no causar perjuicio a los empleados que habían sido designados bajo el régimen del primer Decreto 2535 de 1987, dispuso que en este caso prevaleciera la asignación más alta entre la señalada para el empleo de la nueva planta de personal y la resultante de sumar la asignación básica anterior más las primas a que tuviere derecho el empleado hasta que se produjera su retiro o cambio a otro cargo.

Situación muy distinta es la que se presentó para los empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, que fueron designados con posterioridad al 20 de enero de 1988, en cargos de las mencionadas dependencias, cuando entró en vigencia el Decreto 91, para ellos es aplicable el primer inciso, del artículo 4º, de este Decreto,

porque a partir de esa fecha la norma suprimió las primas mencionadas para los nuevos cargos de la planta de personal de la Dirección Nacional y de las Oficinas Seccionales de la Carrera Judicial, sólo las conservarán aquellos empleados designados para ocupar cargos de la planta de personal fijada por el Decreto 2535 de 1987, siempre y cuando la remuneración del nuevo cargo, establecido por el Decreto 91 de 1988, sea inferior a la asignación básica anterior más las primas de antigüedad, de capacitación y ascensional. En este caso se continuará devengando la remuneración superior hasta su retiro o cambio de cargo.

6. De otra parte el Decreto 509 de 1989 dispuso en el artículo 2º, que "el régimen jurídico de los empleados a que se refiere esta planta de personal —de la Dirección Nacional de la Carrera Judicial— es señalada por el Decreto extraordinario 91 de 1988".

Por su parte el artículo 3º del Decreto 91 de 1988, antes transcrito, determinó que el régimen aplicable a los empleados de la Dirección Nacional y Oficinas Seccionales de la Carrera Judicial, sería el mismo señalado por disposiciones legales para los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional, en los aspectos no previstos en este Decreto. De manera que, salvo lo relativo a las primas de antigüedad, de capacitación y ascensional, y en lo regulado en las normas especiales para los empleados de las dependencias vinculadas a la Carrera Judicial, se les aplica el régimen, también especial, de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, incluyendo las limitaciones salariales impuestas por el Decreto 28 de 1989, respecto del máximo que pueden devengar sus funcionarios y empleados en relación con la asignación de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala absuelve los interrogantes planteados por el señor Ministro de Justicia, en el mismo orden:

1. La remuneración de los Magistrados grado 21 se liquida sumando *la asignación básica* más las primas de antigüedad, de capacitación y ascensional. Si la suma que resulta es menor al 80% de lo que devengan los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia o del Consejo de Estado, se le agrega la diferencia para que alcance el valor de dicho porcentaje.

Por el contrario, si la suma es superior al 80%, como puede suceder con una prima de antigüedad equivalente al 94% más las primas de capacitación y ascensional, será esta la remuneración del Magistrado grado 21, con la sola limitación que no puede ser superior a la remuneración mensual que corresponda a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia (art. 14, Decreto 28 de 1989). En este caso se aplicará una deducción al excedente, en primer término sobre la prima de capacitación, en ausencia de ésta a la prima ascensional y en último lugar a la prima de antigüedad, hasta que la suma se equi-

pare a la remuneración de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

2. En relación con los Magistrados de Orden Público, la Sala estima, como lo anotó, que se les aplica la Ley 63 de 1988, y en este sentido, su remuneración se liquida de la misma forma que la de los Magistrados de Tribunal Superior de Distrito Judicial, es decir, *a la asignación básica* se suman las primas de antigüedad, de capacitación y ascensional, a que tengan derecho el funcionario, si el resultado es menor al ochenta por ciento (80%) de lo devengado mensualmente por los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, se le agrega la diferencia hasta completar ese porcentaje. Pero si la suma que resultare es superior a ese ochenta por ciento (80%), se le pagará al funcionario esta remuneración superior, pero sin que sobrepase la suma devengada por los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

3. Como en los casos anteriores, la Sala conceptúa que: Los auxiliares de Magistrado (Magistrado auxiliar) grado 21 y los Abogados asistentes de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, lo mismo que los Magistrados de Tribunal grado 21, devengan como mínimo el ochenta por ciento (80%) de la asignación de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, pero si, como es obvio, para algunos de estos funcionarios resulta una remuneración superior al realizar la suma de *la asignación básica* y las primas de antigüedad, de capacitación y ascensional, podrán devengarla sin sobrepasar "la remuneración mensual total que le corresponda a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia" (art. 14, Decreto 28 de 1989).

Está muy claro que, la remuneración de los funcionarios mencionados, se liquida sobre *la asignación básica* fijada por las leyes o decretos-ley que señalan la escala de remuneración de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, sobre esta asignación es que debe realizarse la liquidación de la remuneración de los funcionarios citados en las Leyes 10 de 1987 y 63 de 1988, y no sobre el ochenta por ciento (80%) de lo devengado por los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, pues ese porcentaje, tal como se deduce de las normas respectivas, es el mínimo que pueden devengar los funcionarios mencionados.

4. Los funcionarios designados después de 20 de enero de 1988, para ocupar cargos de la Dirección General y Oficinas Seccionales de la Carrera Judicial, *no pueden seguir percibiendo* las primas de antigüedad, de capacitación y ascensional a que tuvieran derecho como funcionarios de la Rama Jurisdiccional o del Ministerio Público, porque los artículos 3º y 4º del Decreto-ley 91 de 1988 expresamente las suprimió, modificando en este aspecto al Decreto 2535 de 1987, que posteriormente fue derogado por el Decreto 509 de 1989.

5. Como se indicó en la parte considerativa, a los empleados de la Dirección Nacional y de las Oficinas Seccionales de la Carrera Ju-

dicial, se les aplica el régimen previsto por las leyes para los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional, "excepto las primas de antigüedad, de capacitación y ascensional, a las cuales no tendrán derecho" (art. 3º, Decreto 91 de 1988). *De manera que,* por ese motivo, a esos funcionarios les es aplicable la prohibición de percibir una asignación superior a la devengada por los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, establecida por el artículo 14 del Decreto 28 de 1989, por lo mismo, si al liquidar su remuneración, tal como se ha indicado por los casos anteriores, la suma sobrepasa la asignación de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, debe deducirse el excedente, comenzando por la prima de capacitación, en segundo lugar por la prima ascensional y por último aplicando la deducción a la prima de antigüedad de manera que la cantidad no sea superior al límite establecido (incisos 2º y 3º del art. 14 del Decreto 28 de 1989).

Concretamente, a los Directores Seccionales de la Carrera Judicial, que se posesionaron entre el 30 de diciembre de 1987 y el 20 de enero de 1988, y que por disposición del inciso 2º del artículo 4º del Decreto 91 de 1988, mantengan una remuneración que resulte ser superior a la devengada por los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, *deberá deducírseles el excedente en la forma que se explicó en antes.*

De otra parte, es bueno hacer la observación que dentro de la nomenclatura vigente de los empleos de la Dirección Nacional y las Oficinas Seccionales de la Carrera Judicial, no se encuentra el grado 21, que sí se señalaba en el Decreto 2535 de 1987, norma derogada por el Decreto 509 de 1989. De manera que no es preciso decir, como se menciona en la consulta, Directores Seccionales de Carrera —grado 21—.

En los anteriores términos la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado: *Absuelve así,* la consulta formulada por el señor Ministro de Justicia doctor Guillermo Plazas Alcid.

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

Jaime Paredes Tamayo, Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas, Hernán Cardoso Durán, Humberto Mora Osejo,* Ausente con excusa.

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

SEGUNDA PARTE

FUNCION JURISDICCIONAL

TITULO I

ORDEN NACIONAL

CAPITULO I

DECRETOS DEL GOBIERNO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA CONSTITUCIONAL.

Examinado y visto en su conjunto el Decreto 432 de 1969, no hace sino consagrar cabalmente la normatividad relativa al funcionamiento de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y al establecimiento del procedimiento "para el estudio y despacho de los asuntos a su cargo". El artículo 11 materia del presente contencioso de anulación, no hace sino, repetir la atribución del Gobierno de objetar de inconstitucionalidad un proyecto de ley, tal como viene siendo en la Carta Fundamental, y luego de determinar el procedimiento a seguir a partir de la repartición del asunto hasta su adopción por la Sala Plena.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., siete de febrero de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Simón Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Proceso número 269.

Demandante: Julio César Díaz Perdomo.

El actor de la referencia, en ejercicio de la acción prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, solicitó la nulidad del artículo 11 del Decreto 432 de 1969 (marzo 26), Decreto este por medio del cual "se dictan normas relativas al funcionamiento de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y procedimentales para el estudio y despacho de los asuntos a su cargo", proferido por el Presidente de la República, "en ejercicio de la autorización que le confirió el Acto legislativo número 1 de 1968, en el literal c) de su artículo 76".

El acto acusado:

"*Artículo 11.* El Gobierno podrá objetar de inconstitucionalidad un proyecto de ley por infracción directa de normas sustanciales, o procedimentales contenidas en la Constitu-

ción o de las leyes orgánicas, en cuanto al trámite a que está sometida la expedición de las leyes".

Como se vio dicha norma se dictó "en ejercicio de la autorización" que le confirió al Presidente de la República el Acto legislativo número 1 de 1968, en el literal c) de su artículo 76, que dice:

"*Artículo 76.* Artículos transitorios.

"a) ...;

"b) ...;

"c) El Gobierno queda autorizado para tomar las medidas administrativas necesarias al establecimiento de los servicios de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y para dictar, mientras la ley no lo haga, las normas relativas a su funcionamiento y las procedimentales para el estudio y despacho de los asuntos a su cargo;

"d) ...;

"e) ..."

La demanda:

Afirma que la norma cuestionada se expidió con exceso de las facultades en las cuales se funda, y textualmente agrega lo siguiente:

"En rigor, corresponde al Congreso por medio de las leyes reglamentar la Constitución y expedir consecuentemente las normas a las cuales se sujetan los poderes públicos en ésta consagrados, todo ello con sujeción a los preceptos constitucionales que determinan esa competencia..."

Considera, además, que la norma cuestionada restringió el alcance y reglamentó sin competencia alguna los artículos 85, 90, 118 numeral 7, 214 numeral 1 y 219 literal c) (sic) de la Constitución Nacional, fuera del artículo 55 de la misma por cuanto el Ejecutivo invadió esferas de competencia exclusiva del Organo Legislativo.

Alegatos de las partes:

Venció el término para alegar sin que ninguna de las partes hubiera hecho uso de tal derecho.

Concepto del Ministerio Público:

Es de opinión el honorable Fiscal Primero que debe invalidarse el texto acusado con fundamento en lo alegado por el demandante,

porque al Gobierno "...en ningún momento y esto es absolutamente claro, le estaba permitido auto asignarse (sic) competencias para objetar por inconstitucionalidad un proyecto de ley por determinadas causales y en cuanto a determinados aspectos..."

Consideraciones de la Sala:

1. El Congreso de Colombia, a través del Acto legislativo número 1 de 1968 (diciembre 11), "por el cual se reforma la Constitución Política de Colombia", autorizó al Gobierno en el literal c) de su artículo 76 "para tomar las medidas administrativas necesarias al establecimiento de los servicios de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y para dictar, mientras la ley no lo haga, las normas relativas a su funcionamiento y *las procedimentales para el estudio y despacho de los asuntos a su cargo*". El Gobierno, en ejercicio de esta autorización, expidió el Decreto número 432 de 1969 (marzo 26) y en su artículo 11 (norma acusada) expresó: "El Gobierno podrá objetar de inconstitucionalidad un proyecto de ley por infracción directa de normas sustanciales, o procedimentales contenidas en la Constitución o de las leyes orgánicas, en cuanto al trámite a que está sometida la expedición de las leyes" (Subrayas la Sala).

2. No encuentra esta Corporación que el artículo 11 del Decreto 432 de 1969, arriba transcrito se haya dictado por fuera de la previsión del artículo 76, literal c) del Acto legislativo número 1 de 1968. Antes por el contrario se ajustó a ella, por las razones que se pasan a explicar:

Examinado y visto en su conjunto el Decreto 432 de 1969, no hace sino consagrar cabalmente la normatividad relativa al funcionamiento de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y al establecimiento del procedimiento "para el estudio y despacho de los asuntos a su cargo".

Es así entonces que el Capítulo I del Decreto 432 luego de recordar que a la Corte se le confía la guarda de la integridad de la Constitución, repite cuáles son las atribuciones de dicha Sala de acuerdo con lo que al efecto previene la Constitución Nacional y determina que los Magistrados de ella hacen parte de la Sala Plena.

El Capítulo II en su Sección 1ª señala el trámite de los asuntos constitucionales de competencia de la Corte. En su Sección 2ª reitera en el artículo 11, objeto de la presente impugnación la facultad que la Carta Política da al Gobierno para objetar de inconstitucional un proyecto de ley y a renglón seguido en el artículo 12 previene el trámite a seguir desde cuando el negocio es repartido al Magistrado, la elaboración del proyecto de fallo por la Sala Constitucional y su sometimiento a la consideración de la Sala Plena dentro del plazo de seis (6) días siguientes y el período igual que esta última tendrá para proferir la sentencia. En su Sección 3ª se prevé al procedimiento que debe

observarse desde cuando el Gobierno envía a la Corte "al día siguiente de su expedición" copia del texto de los decretos dictados en ejercicio de las facultades de los artículos 121 y 122 de la Carta, la fijación en lista del asunto para que tanto el Procurador General de la Nación como cualquier ciudadano puedan intervenir para defender o impugnar la constitucionalidad del Decreto y el plazo dentro del cual la Sala Plena debe adoptar la decisión. Su Sección 4ª señala los requisitos que debe contener "la acusación de inexequibilidad", su reparto al Magistrado sustanciador, su decisión de inadmisión o admisión según fuere el caso, su traslado al Procurador General de la Nación y la decisión final por parte de la Corte Plena. Su Sección 5ª señala los casos en que no corren los términos para la tramitación de los asuntos de constitucionalidad, las causales de impedimento y recusación de los Magistrados y Conjueces. Su Sección 6ª previene que la Corte habrá de cotejar las disposiciones objetadas, revisadas o acusadas con la totalidad de los preceptos de la Constitución y si hallare que se han infringido normas distintas a las aducidas o por causa o en forma diferente de la invocada procederá a efectuar la correspondiente declaración de inconstitucionalidad. El artículo 31 dice cuál votación se requiere para adoptar la sentencia y el 32 imprime el carácter de reservadas a las deliberaciones de la Corte.

El Capítulo III por último indica cuál es el personal subalterno de la Sala Constitucional, la entrada en vigencia de ésta y el tránsito de los asuntos de constitucionalidad en trámite para el momento de dictarse el presente Decreto 432.

3. El artículo 11 del Decreto 432, materia del presente contencioso de anulación, no hace sino, dentro del contexto procedimental atrás explicado, repetir la atribución del Gobierno de objetar de inconstitucionalidad un proyecto de ley, tal como ya viene erigido en la Carta Fundamental (arts. 90, 118 numeral 7º y 214, numeral 1º) y luego para este caso específico determinar el procedimiento a seguir a partir de la repartición del asunto hasta su adopción por la Sala Plena, según lo previene el artículo 12 que lo complementa.

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

Falla:

Deniéganse las peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

La presente providencia fue discutida y aprobada en sesión de dos (2) de febrero de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

Luis Antonio Alvarado Pantoja, Samuel Buitrago Hurtado, Guillermo Benavides Melo, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

INDUSTRIA DE ENSAMBLE. Disposiciones reglamentarias. POTESTAD REGLAMENTARIA.

El Decreto 0308 de 1985, por el cual se dictan disposiciones reglamentarias de la industria de ensamble, no ostenta el carácter de intervencionismo económico contemplado en el artículo 32 de la Constitución Nacional, y en cambio sí es reglamentario de los Decretos-ley 152 de 1976 y 149 de 1976 de donde dimanan las facultades del cual aquél es desarrollo, según se lee en el encabezamiento del mismo en que se invoca el artículo 120, ordinal 3º de la Constitución.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., diez de febrero de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja.*
Expediente número 93.

Actor: Pablo Cárdenas Pérez.

El doctor Pablo Cárdenas Pérez, con fundamento en el artículo 216 de la Constitución Política y en ejercicio de la acción de nulidad prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, solicita a esta Corporación la declaratoria de inconstitucionalidad del Decreto 0308 de 31 de enero de 1985, "por el cual se dictan disposiciones reglamentarias de la industria de ensamble" y que es del siguiente tenor:

"DECRETO NUMERO 0308 DE 1985

"(enero 31)

"Por el cual se dictan disposiciones reglamentarias de la industria de ensamble.

"El Presidente de la República de Colombia en ejercicio de las facultades que le confieren el numeral 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional, el literal k) del artículo 1º del Decreto extraordinario 152 de 1976 y el literal r) del artículo 6º del Decreto extraordinario 149 de 1976,

"DECRETA:

"*Artículo 1º*. Para efectos del presente Decreto, entiéndese por ensamble el proceso industrial de armado de partes, piezas y componentes para producir un bien, partiendo principalmente de la importancia de un conjunto en forma totalmente desarmado (CKD) con la adición de partes, piezas y componentes de producción nacional.

"*Artículo 2º*. Corresponde al Ministerio de Desarrollo Económico en coordinación con el Departamento Nacional de Planeación y la Superintendencia de Industria y Comercio, determinar cuándo un sector industrial debe incorporarse al régimen de ensamble para lo cual se tendrán en cuenta los siguientes criterios:

"a) Efecto de la operación industrial sobre la generación del empleo de la mano de obra nacional:

"b) Desarrollo e incorporación de partes y piezas de fabricación nacional;

"c) Eficiencia en la utilización de los recursos del sector de acuerdo con la magnitud del mercado;

"d) Incidencia de los productos del sector sobre el nivel de precios de artículos esenciales para el desarrollo económico y social del país;

"e) Efecto directo e indirecto sobre la balanza de pagos del país;

"f) Transferencia real de tecnología.

"*Parágrafo*. De conformidad con la recomendación del Consejo Nacional de Política Económica y Social, CONPES, contenida en documento DNP-2025-UEI de 1º de septiembre de 1983, determínanse como sectores sometidos al régimen de ensamble, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 1º de este artículo, los siguientes: Motocicletas, autopartes, automotriz, telefonía electrónica de consumo, aviones livianos, motores estacionarios, electrónica profesional, maquinaria eléctrica no estacionaria, ascensores, tractores de rueda y oruga, bicicletas y electrodomésticos.

"*Artículo 3º*. El Ministerio de Desarrollo Económico señalará en cada caso las condiciones básicas que deben cumplir las empresas de los sectores sometidos al régimen de ensamble para que se les reconozca el carácter de tales y los requisitos que deben cumplir en razón de tal calidad.

"Para determinar las condiciones básicas se tendrán en cuenta, entre otros, los siguientes aspectos:

"a) Metas globales de producción;

"b) Porcentajes de integración de componentes nacionales que se aspire alcanzar;

"c) Criterios para determinar el incremento o la disminución del número de empresas en cada sector.

"Artículo 4º. Corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio otorgar el reconocimiento de una empresa como ensambladora mediante resolución motivada, o a través de contrato celebrado entre la empresa ensambladora y el Gobierno nacional, cuando así lo determine la ley, de conformidad con las condiciones que el Ministerio de Desarrollo Económico establezca de acuerdo con el artículo 3º de este Decreto.

"Artículo 5º. Las empresas reconocidas como ensambladoras por la Superintendencia de Industria y Comercio con anterioridad a la fecha de expedición de este reglamento, y las empresas que hayan celebrado con el Gobierno nacional contratos de ensamble, deberán cumplir con todos los requisitos establecidos en el presente Decreto, dentro del término de 30 días, contados a partir de la fecha de su vigencia.

"Artículo 6º. Los reconocimientos como empresa ensambladora otorgados por la Superintendencia de Industria y Comercio serán intransferibles y cualquier cambio en la conformación social de la empresa deberá ser informado a la Superintendencia de Industria y Comercio, la cual podrá determinar la necesidad de tramitación de un nuevo reconocimiento.

"Artículo 7º. De conformidad con lo dispuesto en el literal a) del artículo 6º del Decreto-ley 149 de 1976, la Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá el control sobre el cumplimiento y ejecución de las producciones de las empresas ensambladoras y los grados mínimos de integración de partes y piezas nacionales en coordinación con el Ministerio de Desarrollo Económico y el Instituto Colombiano de Comercio Exterior, INCOMEX.

"Para dar cumplimiento a lo dispuesto en el presente artículo la Superintendencia de Industria y Comercio determinará mediante aviso los respectivos programas de producción, para lo cual las empresas le enviarán en la última semana del mes de septiembre de cada año en forma escrita

y detallada, los programas de producción que se propongan ejecutar en el año calendario inmediatamente siguiente con una indicación para los dos años subsiguientes.

"Los avisos podrán contemplar la producción por año o por fracciones de años, según lo estime conveniente la Superintendencia de Industria y Comercio.

"*Artículo 8º*. Para evaluar el grado de integración alcanzado en cada año y en cada producto, el Ministerio de Desarrollo Económico determinará la fórmula que se debe aplicar, así como los grados mínimos de integración, previo concepto del Comité Técnico de Integración.

"La Superintendencia de Industria y Comercio con base en los programas de integración que presenten las empresas reconocidas y en concertación con los gremios que agrupan a los proveedores nacionales, previo concepto del Comité Técnico de Integración, establecerá para cada modelo y para cada período cronogramas de integración.

"*Artículo 9º*. El Ministerio de Desarrollo Económico en ejecución de lo previsto en el artículo 3º del presente Decreto, podrá exigir que las empresas reconocidas como ensambladoras celebren contratos de exportación con el INCOMEX, en los cuales se establecerán mecanismos de compensación a las importaciones de material que se efectúen para el ensamble de los productos incorporados al régimen de ensamble sean estas realizadas directamente o por terceros.

"*Artículo 10*. Corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio:

"a) Tramitar las solicitudes de reconocimiento como ensambladoras que presenten las empresas de acuerdo con las condiciones que exige el Ministerio de Desarrollo Económico y de conformidad con el artículo 3º del presente Decreto;

"b) Conceptuar en conjunto con el Ministerio de Desarrollo Económico y el Departamento Nacional de Planeación sobre la conveniencia de que un sector pueda ser incluido en el régimen establecido en el artículo 2º del presente Decreto;

"c) Vigilar el cumplimiento de los avisos de producción, los grados mínimos de integración y establecer las partes y piezas de obligatoria integración y dictar los reglamentos necesarios para el cumplimiento de estas funciones;

"d) Dar visto bueno previo a las solicitudes de importación del material para ensamble y de partes y piezas para

el mercado de reposición, que las empresas reconocidas como ensambladoras presenten al Instituto Colombiano de Comercio Exterior, INCOMEX, teniendo en cuenta los cronogramas de integración que se determinen para cada sector;

"e) Expedir certificaciones sobre el reconocimiento como ensambladoras y del cumplimiento de los cronogramas de integración nacional para las empresas que así lo requieran en cumplimiento a lo dispuesto por los Decretos números 222 de 1983, 1356 de 1984 y demás normas que los reglamenten, modifiquen o adicionen.

"*Artículo 11.* Por la violación injustificada a lo dispuesto en el presente Decreto, o el incumplimiento injustificado de los avisos de producción y de los cronogramas de integración, la Superintendencia de Industria y Comercio podrá imponer las siguientes sanciones:

"a) Cancelación del reconocimiento como ensambladoras;

"b) Suspensión temporal del mismo;

"c) Suspensión de la visación de las licencias de importación de material para ensamble;

"d) Las demás que la ley asigna.

"*Artículo 12.* Cuando el Ministerio de Desarrollo Económico lo considere necesario establecerá para las empresas reconocidas como ensambladoras la obligatoriedad de constituir una póliza de cumplimiento en favor de este Ministerio, que garantice el adecuado desarrollo de las obligaciones inherentes al respectivo reconocimiento como ensambladora.

"*Artículo 13.* Las empresas reconocidas como ensambladoras deberán garantizar el servicio y abastecimiento de repuestos para todos los productos que estén ensamblando. De igual manera deberán suministrar en forma oportuna y normal repuestos y servicios por un período mínimo que será determinado por el Ministerio de Desarrollo Económico, contado a partir de la fecha de suspensión de las labores de ensamble de dichos productos.

"*Artículo 14.* Este Decreto rige a partir de la fecha de su expedición y deroga el Decreto 3218 de 1983 y las demás disposiciones que le sean contrarias.

"Publíquese y cúmplase.

"Dado en Bogotá, D. E., a 31 de enero de 1985.

"BELISARIO BETANCUR

"El Ministro de Hacienda y Crédito Público,

"Roberto Junguito Bonnet

"El Ministro de Desarrollo Económico,

"Iván Duque Escobar
"El Jefe del Departamento Nacional de Planeación,

"Jorge Ospina Sardi".

Como normas violadas por dicho Decreto cita los artículos 2º, 32, 39, 55, 76-11-12 y 120-3 de la Constitución Nacional.

El concepto del quebranto lo expresa así:

1. El artículo 2º de la Carta dispone que los poderes públicos se ejercerán en los términos que esta Constitución establece.

El artículo 55 *ibídem* señala que el Congreso, el Gobierno y los Jueces tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado y el artículo 76 *ibídem* atribuye al Congreso la facultad general de "hacer las leyes". De su parte el artículo 120, ordinal 3º de la Carta radica en el Presidente de la República como Jefe del Estado y Suprema Autoridad Administrativa "la potestad reglamentaria, expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarias para la cumplida ejecución de las leyes".

2. El Decreto 0308 de 1985 "es un completo estatuto de intervención económica en la industria de ensamble", por las siguientes razones: La define; atribuye competencia al Ministerio de Desarrollo Económico, en coordinación con el Departamento Nacional de Planeación y la Superintendencia de Industria y Comercio para determinar cuándo un sector industrial debe incorporarse al régimen de ensamble.

Asigna a dicha Superintendencia la competencia para reconocer a las empresas como ensambladoras, fijar las respectivas programaciones de producción y los mínimos de integración y comprobar el cumplimiento de tales programas; dar visto bueno a las solicitudes de importación de partes, piezas y material.

Confiere competencia al Ministerio de Desarrollo Económico para fijar los grados mínimos de integración y la fórmula para evaluarlos, y, la facultad de exigir que se celebren contratos de exportación con el INCOMEX y establecer los mecanismos de compensación que en ellas se deban incluir e imponer la obligación de constituir pólizas de cumplimiento de las obligaciones de las empresas ensambladoras.

3. Para ejercer la facultad reglamentaria del artículo 120, ordinal 3º de la Carta "debió partirse del supuesto necesario de disposiciones

dictadas por el Gobierno para cumplir 'el mandato' del Congreso Nacional de intervenir en las actividades económicas que desarrollan las empresas ensambladoras, en particular las que en el mismo Decreto se enumeran, según el artículo 32 de la Constitución Nacional". Revisadas las normas legales que pudiera contener el referido mandato de intervención, no se encuentra ninguna.

El Decreto 0308 invoca como fuente de atribuciones el artículo 1º, literal k) del Decreto 152 de 1976 y el artículo 6º, literal r) del Decreto 149 de 1976. Mas del estudio detenido que se hace de la Ley 28 de 1974 que revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias en asuntos administrativos y con base en la cual se dictaron esos dos decretos-ley, se halla "que no existe mandato expreso del legislador para intervenir en la industria de ensamble, ni disposiciones que en desarrollo de tal mandato hubiere dictado el Gobierno nacional".

Dicho Decreto 0308 "por consiguiente, viola los artículos 2º y 55 de la Constitución porque el Gobierno nacional no se ajustó a los términos de la Carta, dictó las normas que en él se contienen extralimitando sus facultades e invadiendo la órbita del legislador, infringiendo así el artículo 76 de la Carta que asigna competencia general en materia legislativa al Congreso Nacional.

"Así mismo porque sin existir 'mandato de la ley' contiene disposiciones sobre intervención económica en la industria de ensamble, lo que implica violación del artículo 32 de la Constitución. Este Decreto infringe también el artículo 39 de la Carta, al restringir la libertad para escoger profesión u oficio".

Sus disposiciones violan también el artículo 120, ordinal 3º de la Constitución porque "sin fundamento en las respectivas disposiciones legales pretende reglamentarlas".

4. Luego de efectuar un estudio histórico del artículo 32 de la Constitución, desde su consagración en 1936, y sus reformas en 1945 y 1968 concluye el actor del siguiente modo:

"Todo lo anterior significa que sólo con fundamento en la ley, con origen en un mandato expreso del legislador, puede el Gobierno ejercer la intervención económica, porque la Constitución exige, para garantizar la libertad de empresa y la iniciativa privada, dentro de los límites del bien común, que el grado de la intervención económica se fije por el legislador, y que el Gobierno sustente su actuación en el 'mandato de la ley'. En otros términos, es indispensable decisión previa del Congreso en la cual se defina el sector económico, de la industria o de determinado ramo de ésta, el alcance y los límites e instrumentos de tal actividad interventora, para que el Gobierno pueda cumplir el mandato de la ley que debe armonizar con la garantía a la libertad de empresa y a la iniciativa privada.

"En síntesis, la intervención del Estado en las actividades económicas, de acuerdo con el artículo 32 de la Constitución, sólo puede cumplirse 'por mandato de la ley'. Es decir, se exige que el Congreso, en forma previa, por su iniciativa o la del Gobierno, confiera mandato, vale decir la orden de intervenir, con los fines señalados en el mismo artículo. Este mandato debe indicar el sector industrial, comercial, minero, agrícola o ganadero, sobre el cual se debe intervenir.

"No puede entenderse que puede darse un mandato genérico para intervenir toda la industria. Es necesario señalar el sector o rama del mismo, así como el grado o intensidad de la intervención económica, porque no puede dejarse al arbitrio del Gobierno limtiar la libertad de empresa o la iniciativa privada. De otra manera el ciudadano no tendría la seguridad indispensable en sus inversiones, ni podría conocer los límites a su actividad económica, que sólo el legislador tiene competencia para fijarlos".

b) Termina reiterando que:

"El Decreto 0308 de 1985 contiene limitaciones y controles específicos a la libertad de empresa y a la iniciativa privada que garantiza el artículo 32 de la Constitución. Sus normas imponen a los empresarios cuyas actividades económicas identifica y a los que pretenden emprender o desarrollar la industria de ensamble, el cumplimiento de determinados requisitos y sujetar su iniciativa y su autonomía a las decisiones que, en la práctica son discrecionales, del Ministerio de Desarrollo Económico, de la Superintendencia de Industria y Comercio y del mismo Gobierno nacional".

Contestación de la demanda por parte del Ministerio de Desarrollo Económico.

Mediante apoderada, se opone a las pretensiones de la demanda y al efecto alega lo siguiente:

a) El ensamble a que se refiere el Decreto 0308 de 1985 no es una industria. "Es un proceso industrial encaminado a lograr un mejor desarrollo de la o las industrias a las cuales les es aplicado. De suerte que, para su reglamentación y regulación el Gobierno no requiere de ley específica que lo autorice. Le basta con la facultad constitucional del ordinal 3º del artículo 120 para poner en ejecución lo mandado por el legislador a través de la Ley 1ª de 1959, la Ley 128 de 1941, los Decretos números 0177 y 1147 de 1956 dictados en uso del 121 de la Constitución Nacional y vigentes por disposición de las Leyes 2ª y 105 de 1959, los Decretos 152 y 149 de 1976 entre otros";

b) El actor se desencamina al considerar el Decreto 308 de 1985 como "un verdadero estatuto de intervención económica".

"La intervención económica enmarcada dentro del artículo 32 de nuestra Suprema Ley y cuya ejecución por parte del Gobierno fue

realizada a través del Decreto en cuestión al decir del demandante, es obligatoria por parte del Estado y no facultativa; no de otra manera podría hacerse que el bien público prive sobre el particular. Si se lee simplemente el Decreto 0308, se evidencia el hecho de que no obliga en ninguno de sus artículos a los particulares que se dediquen a tal o cual industria que utilice el proceso de ensamble";

c) "La razón de ser del Decreto 0308 de 1985, como lo fue la de sus anteriores, es plantear la posibilidad de que las industrias de los sectores allí señalados se sometan a un reconocimiento y vigilancia estatales, con miras a proteger la industria nacional, abrir campos de trabajo, lograr transferencia de tecnología, a utilizar racional y eficientemente los recursos del sector sometido a ensamble, entre otros. A efecto de lograr tales fines, el Estado motiva (no obliga) el proceso de ensamble dando entre otras prevendas, tratamiento arancelario preferencial al conjunto CKD, cupos de importación del mismo, mercado nacional o facilidades de exportación al producto final.

"Todo lo anterior, no obsta para que cualquier sector industrial de los señalados en la norma acusada, pueda ensamblar (armar un producto final de la adición de piezas y partes desarmadas importados y piezas y partes o componentes de producción nacional), sin que esté obligado a someterse al régimen de vigilancia y reconocimiento del Estado. En este evento lo que sucede es que la empresa ensambladora no gozará de los tratamientos excepcionales antes aludidos.

"Por todo lo anteriormente expuesto, no comparte el Ministerio de Desarrollo Económico las afirmaciones que hace el actor en los hechos 2º y 3º de su libelo de demanda.

"Con relación a las normas citadas por el actor como presuntamente violadas por el Decreto acusado, es menester manifestar que al usar el Ejecutivo de la facultad reglamentaria que por constitución compete al expedir el Decreto 0308, no viola los artículos 2º y 55 de la Constitución Nacional, no interviene en el resorte propio de las otras dos normas del Poder Político especialmente con las del legislador.

"Efectivamente, la Ley 1ª de 1959, en sus artículos 12 y siguientes, la Ley 128 de 1941 y los Decretos 152 y 149 de 1976 estos últimos expedidos con base en expresas facultades extraordinarias, son base legal suficiente para que el Ejecutivo haya ejercido la potestad que le confiere el ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución Política con la expedición del Decreto 0308 de 1985 acusado en este proceso.

"Tampoco viola el artículo 32 de la Constitución ya que no se trata de una norma interventora de un sector determinado de la economía nacional sino de una norma de *fomento* (subrayo) de ese sector, en razón a que el proceso de ensamble desde su instalación si bien

no ha reportado todos los beneficios que de él hubiere esperarse, sí ha sido uno de los mecanismos más efectivos para el desarrollo actual de la industria nacional y uno de los sistemas que más han influido en la generación de trabajo y mano de obra".

Concepto del Ministerio Público:

Es concepto del Fiscal Primero de esta Corporación, que no debe accederse a las súplicas de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones:

"En opinión de este Despacho, el problema jurídico de fondo en el caso *sub júdice* reside en dilucidar de qué potestad hizo uso en realidad el Ejecutivo al expedir el Decreto 0308 de 1985 demandado, para poder saber, a partir de la misma, si éste se extralimitó en sus funciones o si, por el contrario, actuó de acuerdo con la legalidad.

"A este respecto en el transcurso del proceso se encontraron enfrentadas dos tesis, a saber:

"a) La del demandante que se sintetiza en que el Decreto demandado constituye un verdadero y completo estatuto de la industria de ensamble que, por ser tal, no puede expedirse sino en ejercicio del poder de intervención del Estado que consagra el artículo 32 de la Constitución Nacional, poder que, para ejercitarse dentro de la legalidad, debe contar con la expedición previa de una norma legal que indique el sector que va a ser intervenido, la forma en que se va a ejercer esa intervención, etc., requisito que, según el demandante, no se cumplió previamente a la expedición del Decreto 0308; y

"b) La tesis de la apoderada del Ministerio de Desarrollo Económico, según la cual, el ensamble a que hace mención el Decreto demandado no es una industria sino un proceso industrial encaminado a un mejor desarrollo de la industria de ensamble propiamente tal y, en tal virtud, por no ser un 'verdadero estatuto de intervención económica' no se requiere de una ley específica que autorice al Ejecutivo para intervenir en el mismo, sino que es suficiente con la facultad constitucional del ordinal 3º del artículo 120 para que éste pueda desarrollar y 'poner en ejecución lo mandado por el legislador a través de la Ley 1ª de 1959, la Ley 128 de 1941, los Decretos números 0177 y 1147 de 1956 dictados en uso del 121 de la Constitución Nacional y vigentes por disposición de las Leyes 2ª y 105 de 1959, los Decretos 152 y 149 de 1976 entre otros'.

"Con el fin de dilucidar la situación esta Fiscalía considera necesario centrar la atención en el contenido de la norma demandada de la cual es dable extractar algunos elementos de juicio que van a permitir asumir una posición específica frente al problema jurídico planteado.

"En efecto, en el mismo encabezado del acto demandado se lee: 'El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de las facultades que le confieren el numeral 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional, el literal k) del artículo 1º del Decreto extraordinario 152 de 1976 y el literal r) del artículo 6º del Decreto extraordinario 149 de 1976', ... *'decreta'*; este texto nos indica las normas que consideró el Ejecutivo le servirían de fundamento para expedir el Decreto 0308 de 1985 y sobre ellas este Despacho tiene las siguientes observaciones:

"a) Ha sido desde tiempo atrás muy clara la jurisprudencia tanto de la Corte Suprema de Justicia como del honorable Consejo de Estado en el sentido de que la facultad reglamentaria que al Presidente de la República le confiere el artículo 120 ordinal 3º de la Constitución Nacional tiene unos objetivos y limitaciones específicas pero a la vez una razón de ser práctica que se pueden sintetizar con las siguientes citas:

> " 'El Decreto reglamentario, cuyo sustento y marco de validez es la ley, tiene como función exclusiva proveer a la adecuada ejecución de los mandatos del legislador, determinando aquellos aspectos o detalles que aquél no consideró necesario regular por no ser de carácter sustancial o escapar a las fórmulas sintéticas, pero conceptualmente densas y comprensivas, de una regla de derecho de esa categoría.
>
> " 'El Decreto reglamentario aporta entonces los detalles, los pormenores de la ejecución o aplicación de la ley, hace explícito lo implícito en ella, facilita su entendimiento o comprensión; es decir, convierte en reglas expresas lo que está implícito en la ley, lo que es de su esencia, de su espíritu.
>
> " 'Pero no más. No es posible que el reglamento contenga reglas que sólo puede dictar el legislador, o sea, regular lo que es materia propia de la potestad de él por cuanto no puede ser objeto sino de una «declaración de la voluntad soberana», como se lee en el artículo 4º del Código Civil.
>
> " 'No puede entonces el reglamento modificar la ley, ni adicionarla o ampliarla ni restringirla o recortarla en su esencia o sustancia; en fin, no puede desbordar los límites de la potestad reglamentaria en virtud de la cual se dicta, pues estaría no sólo violando la ley sino también la Constitución Nacional que al otorgar ese poder lo limitó.
>
> " 'En suma, el reglamento es un desarrollo de la ley y sus alcances se mantienen esencialmente dentro de los límites de ella.
>
> " '(Auto de febrero 27 de 1984. Sección 2ª. Ponente doctor Vanín Tello. Expediente 10824 Alberto León Gómez Zuluaga).

"'Ahora bien, 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 desentrañe el contenido implícito, el sentido mismo, la finalidad específica de la ley que reglamenta actuando con cierta desenvoltura y agilidad, lógicamente que teniendo siempre en cuenta la prohibición de no rebasar ni la letra, ni la intención, ni la materia intrínseca, ni los mismos fines de ella. Es indudable, se ha dicho, que una simple copia literal de la ley que reglamenta, es la negación misma de la facultad reglamentaria y su utilidad práctica también sería totalmente negativa.

"'(Sentencia noviembre 23 de 1984, Ponente doctor Samuel Buitrago, Expediente 4429 actor Herney Ramírez Zapata)'.

"Ahora bien, para aplicar lo anterior al caso *sub júdice* es necesario buscar la ley o leyes supuestamente reglamentadas a través del Decreto demandado; en este aspecto lo que primeramente salta a la vista es que los reglamentados fueron los Decretos-ley 149 y 152 de 1976 que citó el Ejecutivo al encabezar el Decreto 0308 de 1985 y sobre ellos versa la observación que sigue.

"b) En efecto, los Decretos-ley 149 y 152 de 1976 fueron expedidos con fundamento en la Ley 28 de 1974, oída la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, y en sus literales r) y k), respectivamente, se consagró como funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio y del Ministerio de Desarrollo, en cada caso, las demás que le señalen la ley y el Gobierno.

"Estos literales fueron los citados por el Ejecutivo al expedir el Decreto demandado pero este Despacho encuentra que los mismos en el fondo consagran un mecanismo artificial y por tanto ilegal para extender las facultades extraordinarias otorgadas al Ejecutivo por la Ley 28 de 1974 y, en tal virtud, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 215 de la Constitución Nacional este Despacho opina que no pueden tenerse como fundamento del Decreto demandado las funciones atribuidas a la Superintendencia de Industria y Comercio y al Ministerio de Desarrollo Económico en los literales r) y k) de los Decretos atrás citados;

"c) En este punto y lugar se ha sacado en claro entonces, que el Presidente hizo uso de la facultad reglamentaria consagrada en el artículo 120 numeral 3º pero que las normas supuestamente regla-

mentadas (literales r y k) no podían ser desarrolladas mediante tal facultad.

"No quiere decir esto, sin embargo, que a pesar de que no fueron citadas en el encabezado del Decreto 0308 de 1985, no hayan existido unas normas de carácter legal que realmente fueron reglamentadas por el Ejecutivo con la expedición del Decreto demandado.

"Particular atención ha puesto desde siempre el Estado, y a través de éste las distintas Ramas del Poder Público que detenta, a la organización de todas las actividades de los asociados y del Estado mismo; esta organización es adecuada siempre que las normas que la consagran sean expedidas e interpretadas de acuerdo con las necesidades del grupo, necesidades que nacen de las distintas actividades que adelantan sus integrantes y entre las cuales juega papel fundamental la actividad económica.

"En esta línea de pensamiento es que se han expedido una serie de estatutos que sin desconocer los principios y las garantías constitucionales de los particulares regulan tal actividad de manera dinámica y que llevan implícitas amplias facultades interventoras del Estado en este campo; de igual manera se han creado una serie de organismos que, haciendo presencia estatal, controlan, vigilan, sancionan, etc. A manera de ejemplo de los anteriores y relacionados con la actividad específica que trata el Decreto demandado se han dictado normas tales como la Ley 155 de 1959, más conocida como la ley antimonopolio, la cual en el parágrafo de su artículo 1º consagra una autorización, al Gobierno nacional, que en opinión de este Despacho se aviene perfectamente con el Decreto 0308 de 1985; en efecto, el artículo citado consagra que 'quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general toda calse de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia, con el propósito de determinar o mantener precios inequitativos en perjuicio de los consumidores y de los productores de materias primas. 'Parágrafo. El Gobierno, sin embargo, podrá autorizar la celebración de acuerdos o convenios que no obstante limitar la libre competencia, tengan por fin defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general'.

"Los artículos 5º y siguientes del Decreto demandado, por su parte, hablan de los requisitos de los contratos que, relacionados con la industria de ensamble, hayan celebrado empresas con el Gobierno Nacional y, además, en los artículos 1º y parágrafo del artículo 2º se habla de los sectores sometidos al régimen de ensamble de conformidad

con la recomendación que hizo el Consejo Nacional de Política Económica y Social —CONPES— máximo organismo asesor del Gobierno nacional en dichas materias, el cual, mediante documento DNP-2025-UEI de 12 de septiembre de 1983, por razones eminentemente técnico-económicas recomendó que se declaran como sometidos al régimen de ensamble a varios sectores de la actividad industrial.

"Otra de las normas que fue desarrollada o reglamentada con la expedición del Decreto demandado fue el mismo Decreto 149 de 1976 que le asignó a la Superintendencia de Industria y Comercio funciones de vigilancia y control del cumplimiento de normas sobre producción, mercadeo, márgenes de comercialización que establezcan los Ministerios (art. 6º literal a), ejercer vigilancia sobre el cumplimiento y ejecución de los contratos relativos a *ensamble e integración, y tramitar lo relacionado con el desarrollo de la política sobre la materia* en coordinación con el Ministerio de Desarrollo Económico y el INCOMEX (art. 6º literal 1); entonces la norma demandada al desarrollar este Decreto-ley simplemente dio herramientas prácticas a la Superintendencia para cumplir efectivamente con sus funciones.

"Como se ve claramente con los anteriores ejemplos, sí existían bases jurídicas, esto es, normas legales que como las citadas fueron desarrolladas por el Ejecutivo mediante la expedición del Decreto 0308 de 1985.

"De otra parte, también mediante normas legales se han creado y/o asignado funciones a entes como el ya referido Consejo Nacional de Política Económica y Social —CONPES— (Decreto-ley 627 de 1974), el Ministerio de Desarrollo Económico (Decreto-ley 152 de 1976) o la Superintendencia de Industria y Comercio (Decreto-ley 149 de 1976) los cuales para poder cumplir con los objetivos para los que fueron creados necesariamente deben contar con una serie de mecanismos que, en desarrollo de la facultad reglamentaria, solamente el Presidente puede aportarles con el fin de hacer aplicable en la práctica el espíritu de la ley que los creó, es decir, desentrañando el contenido mismo, el sentido implícito, la finalidad específica que persiguió el legislador con su creación.

"Es así como en el caso en comento, al contrario de lo que opina el demandante en los folios 43 y 44 del expediente, los organismos del Estado que tuvieron que ver con la expedición del Decreto 0308 de 1985, colaboraron armónicamente, cada uno dentro de la órbita de sus funciones, así: El legislador expidiendo las normas básicas que fueron reglamentadas con dicho Decreto siendo ellas, en nuestro concepto, la Ley 155 de 1959 y los Decretos-ley 149 y 152 de 1976, con excepción de los literales r) y k) a que atrás se hizo referencia y el Decreto-ley 627 de 1974; el Presidente de la República dándole al Ministerio de Desarrollo y a la Superintendencia de Industria y Comercio las herramientas prácticas para cumplir con sus funciones de participación en la formulación y control de las políticas económicas y de

los planes y programas de desarrollo económico y social y 'de ejercer vigilancia sobre el cumplimiento y ejecución de los contratos relativos a ensamble e integración y tramitar lo relacionado con el desarrollo de la política sobre la materia', respectivamente; el Consejo Nacional de Política Económica y Social —CONPES— con la elaboración de los lineamientos de la política de ensamble en su calidad de máximo organismo asesor del Gobierno nacional en materias de planeación económica y social; el Ministerio de Desarrollo en cumplimiento de sus funciones entre las cuales se encuentra la de 'fijar las condiciones generales básicas para que una empresa pueda ser reconocida como ensambladora de uno o más de tales productos' (literal i, Decreto-ley 152 de 1976) y la Superintendencia de Industria y Comercio como órgano fiscalizador y policivo de las actividades comerciales entre las cuales se encuentra velar por el cumplimiento de las disposiciones contenidas en la Ley 155 de 1959 (literal o, art. 6º del Decreto 149 de 1976) y específicamente con la industria de ensamble (art. 6º, literal 1, *ibídem*). Así las cosas, se comprueba que no existió ninguna intromisión sino una colaboración armónica entre las Ramas del Poder Público y por tanto se desvirtúa cualquier violación a los artículos 2º y 55 de la Carta.

"d) Conviene igualmente traer a cuento lo afirmado por la apoderada del Ministerio de Desarrollo que en el alegato de conclusión afirmó que, entre otras, la Ley 1ª de 1959 en sus artículos 12 y siguientes fue base legal y suficiente 'para que el Ejecutivo haya ejercido la potestad que le confiere el ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución Política con la expedición del Decreto 0308 de 1985 acusado en este proceso' (fl. 72).

"Al respecto, las normas citadas consagran en cabeza de la Superintendencia Nacional de Importaciones una serie de funciones relacionadas con el manejo de mercancías, equipos, aparatos, etc., que eventualmente podrían ser objeto de desarrollo mediante el Decreto demandado, sin embargo dudamos abiertamente de su vigencia toda vez que la citada Superintendencia desapareció del contexto jurídico y hoy en día sus actividades las adelanta el Instituto Colombiano de Comercio Exterior.

"e) Finalmente, comentario especial merece el juicioso estudio que elaboró el demandante para sustentar sus pretensiones.

"Es indudable que los argumentos aducidos en ella son suficientemente serios, pero enfrentados a los aspectos fácticos que rodearon la expedición del Decreto demandado, en concepto de esta Fiscalía, parten de una premisa falsa como es la de considerar el Decreto 0308 de 1985 como un estatuto único y aislado de intervención del Estado en la economía, a que hace relación el artículo 32 de la Constitución Nacional, que para poder haber sido expedido se requería una ley del Congreso que autorizara para el efecto al Ejecutivo, cuando en realidad, como creemos se demostró, sí existían unas normas que autori-

zaban tanto al Consejo Nacional de Política Económica y Social —CONPES— como al Ministerio de Desarrollo Económico y a la Superintendencia de Industria y Comercio para intervenir en la industria de ensamble, norma que el Presidente de la República mediante la potestad reglamentaria simplemente desarrolló aportando los instrumentos y herramientas para adelantar tal intervención, o sea, permitiendo mediante el Decreto 0308 de 1985, que los citados organismos aplicaran lo que a cada uno de ellos encomendaron la Ley 155 de 1959, los Decretos-ley 149 y 152 de 1976 y 627 de 1974.

"Expuestas así las cosas esta Fiscalía sugiere, y así lo solicita formalmente, que como quiera que no se demostró la ausencia de fundamentos legales para que el Presidente de la República hubiera expedido el Decreto 0308 de 1985, deben denegarse las pretensiones de la demanda".

Consideraciones de la Sala:

I. En primer lugar debe observarse que como argumentación central el actor alega que el Gobierno al dictar el Decreto 0308 de 1985 ejerció sin fundamento constitucional, concretamente el artículo 32 de la Carta, intervención económica en la industria del ensamblaje.

Luego si se trata de un decreto del Ejecutivo sobre tal intervención económica e indebida, por las razones que extensamente expone el demandante, la competencia para conocer de su inconstitucionalidad está radicada en la honorable Corte Suprema de Justicia, según lo previene el artículo 214 de la Constitución Nacional, al señalar entre los decretos sobre los cuales ejerce ella control jurisdiccional los especiales expedidos en virtud del artículo 76, ordinal 11. Entre estos se hallan reconocidos tradicionalmente por la jurisprudencia nacional los expedidos por el Gobierno para intervenir en los términos del aludido artículo 32.

Y obsérvese el esfuerzo e hincapié que despliega la demanda para demostrar que no obstante predicar el Decreto 0308 su finalidad de reglamentación, es ni más ni menos que un estatuto intervencionista que por carecer del "mandato legal" que presupone la aplicación del artículo 32, se torna "inconstitucional".

II. Estima la Sala que el Decreto 0308 de 1985 no ostenta el carácter de intervencionismo económico contemplado en el artículo 32 de la Constitución Nacional y que en cambio sí es reglamentario de los Decretos-ley 152 de 1976 y 149 de 1976 de donde dimanan las facultades del cual aquél es desarrollo, según se lee en el encabezamiento del mismo en que se invoca el artículo 120, ordinal 3º de la Constitución.

Fue esta la calificación que el Consejero ponente de entonces dio al Decreto 308 en cuestión cuando al responder un memorial expli-

cativo de la demanda, consideró que era "equivocada la apreciación del actor de que a su entender no existe una acción específica en el Código Contencioso Administrativo para demandar un decreto del Presidente de la República dictado en ejercicio de la facultad consagrada en el numeral 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional por violación de normas constitucionales.

"Tal acción existe; en la acción de nulidad prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, la cual procede contra los actos administrativos no sólo cuando ellos infrinjan las normas a que deben estar sujetos (y la Constitución es la norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico), sino también 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.

"Tampoco le asiste la razón al libelista en su afirmación de que no hay en el Código Contencioso Administrativo un procedimiento especial para el trámite de una demanda como la que él pretende instaurar. Un caso como éste viene a ser de conocimiento del Consejo de Estado, en única instancia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 128, numeral 1º del Código Contencioso Administrativo" (fls. 28 a 35).

En efecto:

a) Primero que todo debe quedar bien claro, cual lo sostiene el honorable Fiscal Primero que no es dable tener como asidero legal del Decreto 0308 los textos citados de los Decretos 152 (art. 1º, literal k) y 149 (art. 6º, literal r) de 1976, por cuanto que allí se contemplan como funciones del Ministerio de Desarrollo Económico y de la Superintendencia de Industria y Comercio, en su orden, "las demás que le asignan la ley y el Gobierno". Y ello porque el mismo Gobierno a través de los decretos-ley que dicta autorizado por facultades *pro témpore* del legislador no puede autofacultarse para continuar asignándose funciones vencido el término señalado;

b) No se ve que el Decreto 0308 constituya un instrumento intervencionista en la industria del ensamblaje. No se trata de que a través de ese ordenamiento se limite o constriña ella, cual es el genuino sentido de la injerencia prevista en el artículo 32 de la Carta.

Sino —y ello es cuestión diferente— que por medio de dicho Decreto se pone en ejecución y se desenvuelven, esto es, reglamentan como se dijo, los Decretos 152 y 149 de 1976 con fundamento en el artículo 120 de la Carta, que proveen expresamente sobre el ensamblaje industrial.

Acerca de la facultad reglamentaria del Gobierno el Consejo de Estado ha dicho:

"La función administrativa es la actividad estatal encomendada al Organo Ejecutivo y dirigida a la aplicación de la Constitución, de la ley, de los ordenamientos inferiores, y la potestad reglamentaria es la función administrativa en cuanto desarrolla en normas generales y abstractas aquellos mismos estatutos para efectos de su adecuada realización. La causa primaria de ese poder especial radica en la necesidad de ejecutar en su plenitud el derecho objetivo, y el límite de su ejercicio se halla en el mismo estatuto que se pretende reglamentar y en la obligación de aplicarlo en su totalidad. Esta doctrina fluye del ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución. Al Presidente de la República corresponde, en desempeño de su función administrativa general y de su poder reglamentario en particular, expedir las órdenes, resoluciones y decretos necesarios para la cumplida ejecución de las leyes. Tanta será la materia reglamentable, cuanta aparezca de la necesidad de aplicar correctamente el estatuto que se desarrolla. La función reglamentaria no es una actividad mecánica de reproducción de textos. En su ejercicio hay un proceso previo de análisis y evaluación de la ley, de indagación de sus fines y, de investigación sobre su contenido general y sus alcances parciales. Como producto de ese estudio, el reglamento, debe ser reflejo fiel del estatuto desarrollado y de cada uno de sus preceptos. En él puede desenvolverse no sólo lo que aparezca explícitamente regulado en la ley, sino también lo que se encuentre implícito en ella. Siendo la ley, ordinariamente, un conjunto armónico de reglas vinculadas entre sí y que se complementan recíprocamente, no es aconsejable, para analizar la juridicidad de un reglamento, como método único de estudio, el cotejo directo y aislado de cada mandato legal con la disposición inferior que lo desarrolla. En muchas ocasiones es indispensable la comparación general de los dos estatutos o, al menos, de los grupos de preceptos de uno y otro que se encuentren íntimamente relacionados. Sólo mediante este complejo proceso de valoración puede llegarse, en ciertos eventos, a conclusiones exactas sobre la legalidad del reglamento o de sus normas aisladas" (Auto de 22 de marzo de 1963. Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejero ponente doctor Carlos Gustavo Arrieta).

En el evento *sub lite* se tiene:

1. Como función general del Ministerio de Desarrollo Económico, según el Decreto 152, está la de "formular la política del Gobierno en los ramos de *industria*" (art. 1º, literal c); determinar, por medio de resolución, previo concepto favorable del Consejo Nacional de Política Económica y Social, los productos industriales a los cuales puede aplicarse el régimen arancelario especial establecido en el literal c) del aparte IV de las disposiciones preliminares del artículo 1º del Decreto 1484 de 1973, y fijar las condiciones generales básicas para que una empresa pueda ser reconocida como ensambladora de uno o más de tales productos (literal j, *ibídem*); a través de su División de Programación Sectorial: "Programar políticas generales de integración ho-

rizontal y vertical de *las industrias y la de ensamble* por sectores en desarrollo de la política que se adopte al respecto, para que la Superintendencia de Industria y Comercio fije los programas específicos y grados mínimos de integración" (art. 9º, literal e, se subraya); elaborar los proyectos de resolución por medio de los cuales se fijen las condiciones básicas para que una empresa pueda ser reconocida como ensambladora de los productos a los cuales se pueda aplicar el régimen arancelario especial, atrás referido (art. 9º, literal j).

"Política" según el Diccionario de la Lengua Española son "las orientaciones o directrices que rigen la actuación de una persona o entidad en un asunto o campo determinado".

Es así entonces, como en el Decreto 0308 y en desarrollo del Decreto 152 se define lo que es el proceso industrial de ensamblaje (art. 1º), se señala en el artículo 2º que corresponde a dicho Ministerio en armonía con tal Superintendencia y el Departamento Nacional de Planeación establecer cuándo un sector industrial debe vincularse al sistema de ensamble dentro de los distintos criterios que se indican en los literales a) a f), para luego en el parágrafo del mismo artículo 2º determinar que:

"De conformidad con la recomendación del Consejo Nacional de Política Económica y Social —CONPES—, contenida en documento DNP-2025-UEI de 1º de septiembre de 1983, determínanse como sectores sometidos al régimen de ensamble, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 1º de este artículo los siguientes: Motocicletas, autopartes, automotriz, telefonía, electrónica de consumo, aviones livianos, motores estacionarios, electrónica profesional, maquinaria eléctrica no estacionaria, tractores de rueda y oruga, bicicletas y electrodomésticos".

Observa la Sala que el antes mencionado concepto adoptado por el CONPES a que se refiere el documento DNP-2025-UEI figura a folio 78 del proceso en cuaderno de 31 páginas.

Y más adelante el artículo 3º confía al susodicho Ministerio la facultad de señalar las "condiciones básicas" orientadas por los criterios de los literales a) a c) que deben cumplir "las empresas de los sectores sometidos al régimen de ensamble".

Por el artículo 8º se prevé que el Ministerio, para evaluar el grado de integración alcanzado en cada año y en cada producto, determinará la fórmula que se debe aplicar, así como los grados mínimos de integración, previo concepto favorable del Comité Técnico de Integración.

2. Corresponde de su parte a la Superintendencia de Industria y Comercio además de las atribuciones ya señaladas en el Decreto 152 de 1976 consistentes en fijar los programas mínimos de integración (art. 9º, literal e) y ejecutar las políticas trazadas por dicho Ministerio en la órbita de su competencia (art. 2º) las siguientes consa-

gradas en el Decreto 149 de 1976: "Vigilar y contratar el cumplimiento de las normas que sobre producción, precios...establezcan los ministerios" (el de Desarrollo en el presente caso; art. 6º, literal a), "ejercer vigilancia sobre el cumplimiento y ejecución de los contratos relativos a *ensamblaje e integración* y tramitar lo relacionado con el desarrollo de la política sobre la materia en coordinación con la División de Programación del Ministerio de Desarrollo Económico y el Instituto Colombiano de Comercio Exterior" (art. 6º, literal l).

Es así entonces que la Superintendencia cuenta con una División de Industrias, entre cuyas funciones se encuentra la de "vigilar el cumplimiento de las normas sobre cuotas de absorción y sobre porcentaje de integración de la industria ensambladora" (art. 28, literal b) y cuya Sección de Ensamble a su vez tiene las siguientes funciones:

"a) Tramitar las solicitudes de reconocimiento que presenten las ensambladoras de acuerdo con las disposiciones vigentes;

"b) Contratar y vigilar el cumplimiento de los programas de producción y grados mínimos de integración fijados por la Superintendencia;

"c) Visar los registros de importación de:

"1. Materias primas destinadas a la producción nacional de partes y/o piezas para la industria de ensamble y el mercado de reposición.

"2. Partes y/o piezas destinadas a subensamble y el mercado de reposición.

"3. Colecciones CKD con destino a la industria de ensamble" (art. 29).

La normatividad anterior relativa a la Superintendencia de Industria y Comercio permite la expedición de las normas que sobre ella contiene el Decreto 0308 de 1976 en materia de ensamblaje.

Así: Los artículos 4º, 5º y 6º tratan sobre el reconocimiento por parte de dicha entidad de las empresas como ensambladoras. Por el artículo 7º y con invocación de la función del artículo 6º literal a) del Decreto-ley 140 de 1976 se provee el control por la Superintendencia del cumplimiento y ejecución de las producciones de esas empresas y los grados mínimos de integración de partes y piezas nacionales en coordinación con el Ministerio de Desarrollo Económico y el INCOMEX. Mediante el artículo 8º se prevé que con base en los programas de integración, la Superintendencia establecerá para cada modelo y para cada período cronogramas de integración.

El artículo 10 relaciona funciones de la Superintendencia enmarcadas dentro de las previsiones legales atrás explicadas y que incluyen el trámite de las solicitudes de reconocimiento de las empresas como

ensambladoras; conceptuar conjuntamente con el Ministerio de Desarrollo Económico y el Departamento Nacional de Planeación sobre la conveniencia de que un sector pueda incluirse en el régimen de ensamble; vigilar el cumplimiento de los avisos de producción, los grados mínimos de integración y establecer las partes y piezas de obligatoria integración; dar el visto bueno previo a las peticiones de importación del material para ensamble y de partes y piezas para el mercado de reposición que las empresas reconocidas como ensambladoras presenten al INCOMEX. En el artículo 11 se contemplan sanciones a las industrias de ensamblaje para el caso de que incumplan sus obligaciones.

No sobra agregar que la presencia del Consejo Nacional de Política Económica y Social en relación con las industrias ensambladoras, según se contempla en los ordenamientos atrás explicados, se justifica plenamente porque "es el organismo asesor principal del Gobierno nacional en todos los aspectos que se relacionen con el desarrollo económico y social", según lo dispone el artículo 1º del Decreto 627 de 1974 que lo reestructura. Del mismo modo la actuación del Departamento Nacional de Planeación, reestructurado por ese mismo Decreto (hoy por el Decreto 3152 de 1986) se explica suficientemente porque compete al mismo, prescribir las normas sobre planeación que la Administración Pública debe observar respecto de la programación y presentación de los planes, programas y proyectos de desarrollo sectorial, regional y urbano, y, elaborar los planes y programas generales de desarrollo económico y social que se deben presentar al CONPES.

Se concluye entonces que tomado el Decreto 0308 de 1985 en su conjunto reglamenta en particular previsiones:

a) Tanto del Decreto-ley 152 de 1976, reorgánico del Ministerio de Desarrollo Económico, y que sienta las políticas y directrices relacionadas con la industria del ensamblaje;

b) Como del Decreto-ley 149 de 1976, por el cual, entre otras materias se "revisa la organización administrativa de la Superintendencia de Industria y Comercio" y que otorga a ésta funciones de ejecución, inspección, control y vigilancia en el mismo ramo industrial del ensamble, en concordancia con las orientaciones señaladas por dicho Ministerio.

No es, pues, el Decreto 0308 un estatuto suelto que sorpresivamente emergiera con la pretensión de realizar una intervención económica en las empresas ensambladoras y a contrapelo de las exigencias que para ello exige el artículo 32 de la Constitución. No. Como se ha explicado precedentemente la razón de ser del mismo se halla en los Decretos 152 y 149 de 1976 a cuya reglamentación prevé a términos del artículo 120, ordinal 3º de la Carta.

No se dan en consecuencia los quebrantos de la normatividad jurídica señalados por el demandante.

Que pudiera haber un desbordamiento en esta reglamentación, no es asunto que competa dilucidar ahora a esta Sala, porque es ajeno a la *causa petendi* de la presente demanda, ya que no se plantea en ésta enfrentamiento alguno entre el Decreto 0308 demandado y aquellos dos Decretos.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, y oído el concepto del Ministerio Público,

Falla:

Deniéganse 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 de fecha dos de febrero de mil novecientos ochenta y nueve.

Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Samuel Buitrago Hurtado, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA CONSTITUCIONAL. PROCURADOR. Funciones.

Una cosa es la actuación del Procurador respecto de acciones de inexequibilidad —obligatoria— (art. 214 inciso 4º de la C. N.) y otra facultadora cuando se le da la oportunidad de intervenir si así lo quiere en los decretos dictados por el Gobierno en uso de las facultades de los artículos 121 y 122 de la Constitución Nacional.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., veintitrés de febrero de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Samuel Buitrago Hurtado.*

Referencia: Expediente número 747. Decretos del Gobierno.

Actor: Ernesto Rey Cantor.

El ciudadano *Ernesto Rey Cantor*, en ejercicio de la acción establecida en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo ha pedido que con citación y audiencia del señor Ministro de Justicia y del Agente del Ministerio Público, se declare la nulidad del artículo 14 del Decreto número 432 de 1969 expedido por el señor Presidente de la República, Decreto "por el cual se dictan normas relativas al funcionamiento de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y procedimientos para el estudio y despacho de los asuntos a su cargo".

Expresa el demandante que el Acto legislativo número 1 de 1968 en el literal c) de su artículo 76, facultó expresamente al Presidente de la República para que dictara las normas relativas al funcionamiento de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y las normas procedimentales para el estudio y despacho de los asuntos que a ella le competían. Que en ejercicio de esa facultad se dictó el Decreto acusado con violación de los artículos 26, 121, 122 y 124 de la Constitución, cuyo concepto de la violación expresa en forma amplia en su demanda.

Este despacho en providencia de 29 de noviembre de 1986 admitió la demanda del doctor Rey Cantor y dispuso el competente trámite legal de ella. En el mismo proveído se negó la suspensión provisional

que de modo expreso se había solicitado. Contra esta determinación se interpuso recurso de súplica, el cual fue desatado por la Sala de Decisión en sentido confirmatorio.

Dentro del término de fijación en lista el actor aclaró y corrigió su demanda con el fin de señalar "nuevos conceptos de la violación y formular una segunda y tercera pretensión subsidiaria, consistente la primera en que se declare nula la siguiente parte del artículo 14 del Decreto 432 de 1969: '...el Procurador General de la Nación...'", y la segunda en que se declare nula la locución verbal "podrán" que contiene la misma disposición.

Por auto de 6 de mayo de 1988 se admitió la corrección y aclaración, abriéndose de nuevo el procedimiento previsto en el artículo 207 del Código Contencioso Administrativo dentro del cual se ordenaron los traslados a las partes para que formularan sus alegatos, sin que se hiciera uso de este derecho.

Por su parte el señor Fiscal Primero de la Corporación rindió su concepto de fondo adverso a las pretensiones de la demanda.

Para resolver, se hacen las siguientes:

Consideraciones:

En ejercicio de la facultad que le confirió el literal c) del artículo 76 del Acto legislativo número 1 de 1968, el señor Presidente de la República expidió el 26 de marzo de 1969 el Decreto número 432 señalando las normas relativas al funcionamiento de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y los procedimientos para el estudio y despacho de los asuntos a su cargo.

El actor en este proceso doctor Ernesto Rey Cantor estima que el artículo 14 del Decreto en mención, en cuanto dispuso que "para la efectividad de la intervención ciudadana en la revisión de los decretos legislativos, repartido el negocio, el Magistrado sustanciador ordenará que se fije en lista en la Secretaría de la Corte por el término de tres días, durante los cuales, tanto el Procurador General de la Nación como cualquier ciudadano, podrán intervenir por escrito en memorial dirigido a la Sala Constitucional, para defender o impugnar la constitucionalidad del Decreto", es violatorio de los artículos 121, 122, 214 y 26 de la Carta pues, palabra más, palabra menos, esa norma entraña una disminución del término de intervención del señor Procurador General de la Nación en la revisión de los decretos legislativos de diez días fijados en los preceptos constitucionales citados, a tres días determinados en el Decreto en mención. En demostración de ello, el actor se extiende en largas consideraciones jurídicas que tanto en Sala Unitaria como en Sala de Decisión se analizaron detenidamente al proveerse en torno de la suspensión provisional que se había impetrado.

El señor Fiscal Primero de la Corporación al descorrer el traslado que se le hizo para alegar en el presente asunto, pide se nieguen las peticiones de la demanda, pues en su opinión no se necesita nada distinto a comparar el artículo acusado del Decreto 432 de 1969 con el inciso final del artículo 214 de la Constitución, para concluir que dichas normas se refieren a dos eventos procesales totalmente diferentes, en etapas diferentes y con oportunidad de actuación diferentes, hasta el punto de que la del reglamento se refiere al estado inicial del proceso, mientras que la norma constitucional establece unos términos para la conclusión del mismo.

El inciso segundo del numeral 2º del artículo 214 de la Constitución Nacional es del siguiente tenor:

"En las acciones de inexequibilidad deberá intervenir siempre el Procurador General de la Nación. En los casos de los artículos 121 y 122, cualquier ciudadano puede intervenir para defender o impugnar la constitucionalidad de los decretos a que ellos se refieren".

Es decir, conforme la norma constitucional transcrita, la actuación del señor Procurador General de la Nación en el trámite de las acciones de inexequibilidad previstas en el artículo 214 de la Carta es obligatoria por mandato expreso y categórico de la misma norma.

Pero la situación varía cuando se trata no ya de la exequibilidad de proyectos de ley, o leyes o decretos con rango legal, sino del control automático de constitucionalidad de los decretos legislativos dictados por el Gobierno nacional en desarrollo de los artículos 121 y 122 de la Constitución que prevén apenas la intervención facultativa del señor Procurador, es decir, si lo estimare necesario en esos procesos de revisión automática, de control de constitucionalidad de los decretos legislativos.

Por manera que el artículo 214 hace obligatoria la intervención del señor Procurador en las acciones de inexequibilidad; y en los casos de los artículos 121 y 122 de la Carta, conforme se colige de la misma norma, puede o no intervenir. Por tal razón precisamente, el inciso final tanto del artículo 121 como del 122, con toda nitidez prescriben que "los términos señalados en el artículo 214 se reducirán a una tercera parte, y su incumplimiento dará lugar a la destitución de los *Magistrados* (se subraya) responsables, la cual será decretada por el Tribunal Disciplinario. Y por lo mismo, el artículo 14 del Decreto 432 acusado dice que en la revisión de los decretos legislativos, repartido el negocio, el Magistrado sustanciador ordenará que se fije en lista en la Secretaría de la Corte por el término de tres (3) días durante los cuales tanto el Procurador General de la Nación, como cualquier ciudadano, podrán intervenir por escrito para defender o impugnar la constitucionalidad del Decreto. Consecuencialmente, esta norma a tono con el artículo 214 de la Carta, hace facultativa igualmente la

intervención del señor Procurador en la revisión de los decretos legislativos que haga la Corte".

Y en la acusación de inexequibilidad de una ley, o de un decreto-ley, se repite, el artículo 214 hizo obligatoria la intervención del señor Procurador y por eso, dentro de ese orden de ideas, el artículo 18 del Decreto 432 de 1969 dispuso que "admitida la demanda, o vencido el término probatorio, cuando fuere procedente, se ordenará correr traslado por 30 días al Procurador para que rinda su concepto".

Hay pues que distinguir en el orden cronológico las dos situaciones diferentes que regulan el artículo 214 de la Constitución y los artículos 121 y 122 del mismo estatuto. Y bien vale la pena transcribir aquí lo dicho por la Sala de Decisión al confirmar la negativa de la suspensión provisional que había solicitado el actor:

"...no se aprecia *prima facie* que exista, por parte de la norma acusada, violación de las citadas disposiciones constitucionales en lo tocante a la reducción del término a que se ha hecho mención. Y no existe dicha violación por cuanto el artículo 214 de la Constitución Nacional, respecto a sus artículos 121 y 122, o sea en cuanto a los 'derechos legislativos' (sic), no establece intervención alguna del Procurador General de la Nación, pues únicamente y de manera forzosa la ordena 'en las acciones de inexequibilidad'; no otra cosa se desprende del siguiente tenor literal:

"*En las acciones de inexequibilidad* deberá intervenir siempre el *Procurador General de la Nación. En los casos de los artículos 121 y 122 cualquier ciudadano* puede intervenir para defender o impugnar la constitucionalidad de los decretos *a que ellos* se refieren. Artículos 121 y 122 en sus respectivos parágrafos" (Subrayas de la Sala).

"De conformidad con el inciso transcrito, podría pensarse que si en los casos de los artículos 121 y 122 de la Carta puede intervenir 'cualquier ciudadano', con mayor razón el Procurador General de la Nación, y, en ese orden de ideas, cualquier funcionario, que es igualmente un ciudadano.

"En síntesis: Una cosa es la actuación del Procurador en tratándose de las acciones de inexequibilidad —obligatoria— (art. 214 inciso 4º de la C. N.) y otra —facultativa— cuando al mismo se le da la oportunidad de intervenir si así lo quiere en los procesos de revisión automática por la honorable Corte Suprema de Justicia de los decretos dictados por el Gobierno en uso de las facultades de los artículos 121 y 122 *ibídem*".

"El primer evento está regulado por el artículo 18 del Decreto 432 (30 días) en armonía con el artículo 214 de la Carta y el segundo por el artículo 14 del mismo (3 días) objeto del presente enjuiciamiento".

Lo cierto es que en este proceso, a pesar de los esfuerzos que hizo el actor no se pudo desvirtuar la presunción de legalidad que ampara el acto acusado, el cual por el contrario, se acomoda y entraña desarrollos prácticos de los artículos 214, 121 y 122 de la Constitución Nacional en cuanto hace al funcionamiento de la Sala Constitucional de la honorable Corte Suprema de Justicia y el procedimiento para el estudio y despacho de los asuntos a su cargo.

Y en tal virtud, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera de acuerdo con el concepto Fiscal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Niéganse las peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese.

La providencia anterior la discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día 16 de febrero de 1989.

Luis Antonio Alvarado Pantoja, Samuel Buitrago Hurtado, Guillermo Benavides Melo, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

PROCESO. Naturaleza. EXPEDIENTE. Reconstrucción.

El proceso es ante todo una entidad jurídica que, materialmente consta en el expediente. Lo desaparecido durante los sucesos del Palacio de Justicia, no fueron, en rigor de verdad, los procesos —pues como entidades jurídicas que son no pueden desaparecer o destruirse—, sino los expedientes y lo que se trata de reconstruir no son los procesos, sino los expedientes.

COMISION DE ESTUDIOS. INSUBSISTENCIA.

La obligación que surge como consecuencia de una comisión de estudios en el exterior o en el interior del país que implique separación total o de medio tiempo en el ejercicio de las funciones del empleado, es para éste. Surgiendo una obligación para el empleado, el beneficiario de la misma, el acreedor, es la Administración, y ella, como acreedora o beneficiaria de la prestación, puede condonarla en ejercicio de la figura jurídica de la remisión en cuanto es perfectamente hábil para disponer la insubsistencia del nombramiento del empleado si, por otra parte, él no tiene garantía de estabilidad relativa que le confiera la Carrera Administrativa en que esté inscrito.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., quince de marzo de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente número 1412. Decretos del Gobierno (Reconstrucción —Decreto extraordinario 3825 de 1985).

Actor: Jorge Eliécer Pardo Rodríguez.

Se decide por la Sala el proceso que tuvo origen en la demanda que, en ejercicio de la acción de plena jurisdicción de carácter laboral (art. 67, Ley 167 de 1941) —hoy de restablecimiento del derecho (art. 85, Decreto-ley 1 de 1984)—, presentará el apoderado judicial del señor Jorge Eliécer Pardo Rodríguez a 4 de noviembre de 1983, y en la que formuló las siguientes peticiones:

"*Primera:* Declarar que es nulo el Decreto 1887 de julio 5 de 1983, expedido por el Gobierno nacional, mediante el

cual se declaró insubsistente el nombramiento del señor Jorge Eliécer Pardo Rodríguez, en el cargo de Jefe de División 2040, Grado 14 de la División de Organización y Participación de la Comunidad del Ministerio de Salud.

"*Segunda:* Declarar que no ha existido solución de continuidad en el ejercicio del cargo por parte del actor, y que, para todos los efectos salariales, prestacionales y de mejoramiento económico y jurídico, deberá tenerse en cuenta el tiempo que esté cesante, como si hubiese permanecido en servicio activo.

"*Tercera:* Como consecuencia de las anteriores declaraciones, ordenar el reintegro de mi poderdante al mismo cargo que venía desempeñando, o a uno de igual o superior categoría.

"*Cuarta:* Condenar a la Nación colombiana (Ministerio de Salud) a reconocer y pagar a mi representado el valor de todos los sueldos, primas, bonificaciones y prestaciones dejados de percibir durante el lapso que medie entre la fecha en que se hizo efectiva la insubsistencia de su nombramiento, y aquella en que se produzca el reintegro al servicio.

"Al efectuarse la liquidación correspondiente, deberá hacerse la corrección monetaria, teniendo en cuenta los porcentajes de devaluación de la moneda establecidos por el Gobierno nacional en el Decreto 2929 de 1982 y demás normas pertinentes, procurando siempre la defensa del valor adquisitivo del salario del actor.

"*Quinta:* La entidad demandada dará cumplimiento al fallo, dentro del término señalado en el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo".

Al tenor del libelo, el hoy actor, licenciado en Ciencias de la Educación, venía desempeñando el cargo arriba mencionado desde el 19 de diciembre de 1978, siendo nombrado por Decreto número 2645 de 30 de noviembre de 1978. A 3 de febrero de 1982 celebró con el Ministerio de Salud un contrato de comisión de estudios en el interior del país, comprometiéndose en el mismo a prestar sus servicios durante veinte (20) meses en el mencionado Ministerio en el mismo cargo que desempeñaba al inciar la comisión, o en otro de igual o superior categoría, pero siempre acorde con la capacitación recibida; esa comisión de estudios concluyó el 10 de diciembre de 1982 y el 13 se reincorporó a sus funciones. "Para esa época —sigue narrando la parte actora— se había operado el cambio de Gobierno y por consiguiente, el relevo de Ministro y Directores en el Ministerio, y poco tiempo después de la reincorporación de mi mandante al servicio, su Jefe inmediato, el

nuevo Director de Participación de la Comunidad, doctor Alberto Pinzón Sánchez, le solicitó verbalmente la renuncia del cargo manifestándole que presiones políticas de nivel superior hacían imprescindible su retiro, pues el nuevo Gobierno tenía serios compromisos burocráticos con sus electores. Mi patrocinado se negó a presentar su renuncia, aduciendo que debía cumplir la obligación surgida del contrato de contraprestación de servicios por comisión de estudios, y que además deseaba continuar con su trabajo, y dejó las cosas así; pero posteriormente el doctor Pinzón Sánchez, en repetidas ocasiones, insistió en pedirle que renunciara, llegando a hacerlo una vez en forma airada en presencia de la señorita Beatriz Helena Torres, Secretaria de la División de Organización y Participación de la Comunidad, y de otras personas". Después de otros hechos suscitados a raíz de su negativa a renunciar, se produjo el decreto en que se declaró la insubsistencia de su nombramiento.

El demandante ve en los antecedentes del acto y en la insubsistencia en sí considerada una clara desviación de poder y un desconocimiento del contrato celebrado entre la Administración y el señor Pardo Rodríguez, con violación de normas constitucionales y legales, citando y comentando al respecto los artículos 26, 30 y 62 de la Constitución, el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo vigente en esa época, los artículos 175 y 250 del Código de Procedimiento Civil, el Decreto-ley 694 de 1975, Título VII, el Decreto 1950 de 1973 en sus artículos 82, 84, 86 y 87 y el contrato de contraprestación de servicios, celebrado el 3 de febrero de 1982 entre el hoy actor y el Ministerio de Salud.

Mediante auto calendado a 4 de noviembre de 1986 (fl. 38, cuaderno principal), el despacho conductor de este asunto, ante la petición elevada por el interesado, tuvo como reconstruido el proceso a la luz del Decreto extraordinario 3825 de 1985, situándolo en la etapa de traslado al Agente del Ministerio Público para rendir su concepto de fondo.

Así las cosas y en su oportunidad, el señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado rindió su vista; en ella anota:

> "Sigue considerando la Fiscalía que en el proceso reconstruido y, por lo tanto, vuelto a hacer al mundo jurídico por voluntad de las partes, éstas y el Juez deben acomodar su actividad procesal, sobre todo en lo relacionado con la competencia, a las normas vigentes a partir de la iniciación del trámite de reconstrucción. En el caso que nos ocupa se inició dicho trámite, es decir, se formuló solicitud de reconstrucción el 1º de abril de 1986, fecha para la cual y a partir de la vigencia de los numerales sextos de los artículos 131 y 132 del Decreto 001 de 1984, el honorable Consejo de Estado no conoce, en ningún caso, de acciones de restablecimiento

del derecho de carácter laboral cuantificables, en única instancia.

"Es cierto que el artículo 266 del Decreto en cita establece que 'los procesos de única instancia que cursan actualmente en el Consejo de Estado y que conforme a las disposiciones de este Código correspondan a los Tribunales en única instancia, serán enviados a estos en el estado en que se encontraren, siempre que no se haya dictado auto de citación para sentencia'. Pero aún atendiendo esta previsión que de todos modos, nos contempla la hipótesis de reconstrucción de los procesos, en el caso de autos tenemos que según el mismo demandante (en el numeral 2º de su pedimento de reconstrucción). 'En el momento de la destrucción del expediente, el proceso se hallaba al Despacho para cerrar el debate probatorio y ordenar traslado a las partes para alegar', es decir, no se había dictado aún auto de citación para sentencia, que procedía, dentro de la vigencia del anterior Código, surtido ya el traslado a las partes y vencido el término para alegar (art. 30, Ley 167 de 1941, tercer inciso). En cualquiera hipótesis, entonces: La de aceptación de nuestra tesis en torno a la competencia de procesos reconstruidos (vueltos a reconstruir, con elementos nuevos —¡Claro!—, vueltos a nacer a un mundo jurídico distinto), o, la de las directrices ortodoxas trazadas por el artículo 266 del Código Contencioso Administrativo en vigencia, y artículos 128, 129, 131 y 132 *ibídem* en armonía con el artículo 130 de la Ley 167 de 1941, y correspóndele el conocimiento al honorable Tribunal de Cundinamarca en única o en primera instancia, este proceso debe ser remitido a dicho Tribunal" (fls. 75 y 76).

Bajo los prolegómenos que acaban de anotarse, la Sala entra a resolver lo que fuere pertinente con base en las siguientes

Consideraciones:

I

Sea lo primero analizar las puntualizaciones expuestas por el señor Agente del Ministerio Público, quien, como se ha visto, es de criterio que el Consejo de Estado carece ahora de competencia para conocer de este juicio en única instancia, porque habiéndose reconstruido el proceso, éste volvió a nacer, y, por tanto, se situó en la realidad existente en el nuevo momento de su vida jurídica, es decir, en vigencia de otras disposiciones que fijan esa competencia, distinta a la que había cuando la demanda original, que se destruyó, o sea la señalada en los numerales 6º de los artículos 131 y 132 del Decreto-ley 001 de 1984. En consecuencia opina el señor Fiscal colaborador, de acuerdo

con esas pautas nuevas, la competencia para fallar este caso descansa en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en única o en primera instancia.

Es pues, de preguntar qué ha de entenderse por proceso jurídicamente hablando. Sobre el tópico dice el profesor Hernando Morales Molina ("Curso de Derecho Procesal Civil", Editorial —1973—, pág. 157) que es "un medio para realizar la exigencia de protección jurídica y para que pueda efectivizarse la ley". Y, citando a Calamandrei y Guasp, recuerda cómo aquél afirma que el proceso "es una serie de actos coordinados y regulados por el derecho a través de los cuales se efectúa el ejercicio de la jurisdicción" y éste (Guasp) enseña "que el proceso es la sucesión de actos que tienden a la actuación de la pretensión, mediante la intervención de los órganos del Estado instituidos especialmente para ello".

De modo que el proceso es ante todo una entidad jurídica que, materialmente consta en el expediente. Como entidad jurídica que es, se dimensiona, trasciende lo meramente material para ubicarse en un plano intelectual e ideal que obedece a una estructura precisada por la ley. El expediente va recogiendo entonces los pasos que van, poco a poco, formando e integrando el proceso, con el fin de que haya constancia escrita sobre éste, pero no ha de confundírsele, pese a que, haciendo uso de una metonimia, designado una cosa con el nombre de otra a causa de su estrecha relación, como una figura retórica, se use una palabra por otra.

Y no otro puede ser el sentido, en criterio de la Sala, que le dio al vocablo *proceso* el Decreto extraordinario 3825 de 1985 cuando trató de la reconstrucción de los que desaparecieron a raíz de los trágicos e inusitados acontecimientos de 6 y 7 de noviembre del mencionado año. Lo desaparecido o destruido durante esos sucesos del Palacio de Justicia de Bogotá, no fueron, en rigor de verdad, los procesos —pues como entidades jurídicas que son no pueden desaparecer ni destruirse—, sino los *expedientes* y lo que se trata de reconstruir no son los procesos, sino los *expedientes*. Por lo tanto, los procesos *no volvieron a nacer*, sino que constan en un nuevo expediente, continuando aquéllos en el estado en que se hallaban al momento en que los expedientes en que constaban, quedaban destruidos.

Por eso, los procesos no se volvieron a iniciar con la declaratoria de reconstrucción. Si se habían originado en demandas presentadas *antes* de la vigencia del Código Contencioso Administrativo que obra en el Decreto-ley 001 de 1984 y que de acuerdo con el antiguo Código eran de única instancia ante el Consejo de Estado, "seguirán siendo conocidos y fallados por dicha corporación" aunque al tenor del nuevo Código sean de dos (art. 266, tercer inciso), o de una ante el Tribunal.

De allí que la Sala, con sumo respeto, se aparte de lo expuesto por el señor Fiscal Cuarto del Consejo y entre a estudiar el fondo de lo impetrado por la parte actora.

II

Se cuestiona, pues, un acto administrativo por el cual se declaró insubsistente el nombramiento de un empleado público de libre nombramiento y remoción, no escalafonado en Carrera Administrativa alguna, al que se le tacha de desviación de poder y de haber desconocido un contrato de comisión de estudios en una de cuyas cláusulas se imponía al hoy actor la obligación de laborar para la administración por el lapso de veinte (20) meses, contrato que, en cuanto a esa cláusula, estaba vigente cuando se produjo la declaratoria de insubsistencia.

Ahora bien, como se colige del texto y del espíritu del artículo 86 del Decreto 1950 de 1973, la obligación que surge como consecuencia de una comisión de estudios en el exterior o en el interior del país que implique separación total o de medio tiempo en el ejercicio de las funciones del empleado, es para éste. El se obliga a "prestar sus servicios a la entidad en el cargo de que es titular, o en otro igual o de superior categoría, *por un tiempo correspondiente al doble del que dure la comisión, término éste que en ningún caso podrá ser inferior a un (1) año*".

Obsérvese entonces que, surgiendo una obligación para el empleado, el beneficiario de la misma, el *acreedor*, es la Administración, y que ella, como acreedora o beneficiaria de la prestación, puede condonarla en ejercicio de la figura jurídica de la remisión (art. 1711 del C. C.) en cuanto es perfectamente hábil para disponer la insubsistencia del nombramiento del empleado si, por otra parte, él no tiene garantía de estabilidad relativa que le confiera la Carrera Administrativa en que esté inscrito. De suerte que cuando la Administración opta por la declaratoria de insubsistencia, tácitamente está indicando ánimo de extinguir la obligación del empleado que estuvo en comisión de estudios.

Y ello fue lo que ocurrió en el caso *sub júdice*. Cuando el acto administrativo acusado declaró la insubsistencia del nombramiento del señor Jorge Eliécer Pardo Rodríguez, pese a que cumplía con su obligación nacida del convenio suscrito con ocasión del contrato de comisión de estudios, el Ministerio de Salud resolvió condonarla, sin que por ello quebrantara las normas que cita la demanda, ni que incurriera en desviación de poder (porque no había status de inamovilidad relativa), ni mucho menos violación de preceptos constitucionales y legales.

Así las cosas, manteniéndose incólume la presunción de legalidad que ampara al acto, no habiendo lugar a su nulidad, habrá que denegar las peticiones de la parte actora, dado que las circunstancias descritas por el libelista no se han demostrado ni probado.

En mérito de 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:

1º No prospera la excepción de incompetencia planteada por el señor Fiscal Cuarto de la Corporación.

2º 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 10 de marzo de 1989.

Alvaro Lecompete Luna, Aydée Anzola Linares, Ausente; *Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro.*

Miguel A. Perilla P., Secretario.

SOCIEDAD EXTRANJERA. Gravamen. ASISTENCIA TECNICA. Renta de fuente nacional.

Las sociedades extranjeras son gravables únicamente sobre su renta de fuente nacional; la asistencia técnica se considera como renta de fuente nacional, luego todas las sociedades extranjeras son gravadas, en principio, sobre la asistencia técnica que reciban.

ASISTENCIA TECNICA.

La pagada por sucursales o agencias a casa matriz extranjera, no deducible según el artículo 25 del Decreto 2579 de 1983. No se accede a suspender provisionalmente esta norma.

INVERSION EXTRANJERA.

No se accede a suspender provisionalmente el artículo 2º del Decreto reglamentario 2579 de 1983 que prohíbe deducir la "asistencia técnica" pagada a casas matrices del exterior.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., tres de abril de mil novecientos ochenta y nueve.

Referencia: Expediente número 2319. Autoridades nacionales —Auto—.

Actor: Jaime González Bendiksen contra Gobierno nacional.

En escrito presentado en tiempo, el actor Jaime González Bendiksen presentó adición a la demanda de nulidad contra las palabras "asistencia técnica" contenidas en el artículo 25 del Decreto reglamentario 2579 de 1983 (septiembre 12), demanda que fue admitida mediante auto de 9 de noviembre de 1988 sin acceder a la suspensión provisional solicitada en el mismo libelo.

No aceptó esta Sala Unitaria el inicial planteamiento de confrontar la norma acusada únicamente con el artículo 51 de la Ley 9ª de 1983 por el temor de incurrir en un enfoque parcial de la reglamentación oficial, ya que al formar parte del Decreto "por el cual se reglamenta el Decreto 231 de 1983, el Capítulo X del Título I de la Ley 09 del mismo año y se dictan otras disposiciones el asunto

planteado tiene que ver con el régimen tributario de la *inversión extranjera,* tema que por su amplitud y complejidad requiere un análisis más detenido que el que suministra la confrontación con un solo artículo de la norma sustancial.

Ante tal planteamiento el actor adiciona o amplía su argumentación para insistir en que las palabras "asistencia técnica" no aparecen en ninguna parte de las normas que dice reglamentar (Decreto 231 y Capítulo X del Título I de la Ley 9ª de 1983) "como conceptos cuya deducibilidad a título de costo o deducción, está prohibida".

Además, si se tiene en cuenta la definición de "asistencia técnica" dada por el artículo 2º del Decreto 2123 de 1975 como "la asesoría dada mediante contrato de prestación de servicios incorporales, para la utilización de conocimientos tecnológicos aplicados por medio del ejercicio de un arte o técnica", no puede considerarse cobijada dentro de los conceptos enumerados en la norma superior, ya que los pagos por tal concepto, no constituyen honorarios, comisiones ni demás gastos de administración o dirección, ni regalías o adquisición o explotación de intangibles.

Recuerda la sentencia de 29 de abril de 1988 (proceso 1126) que decretó la nulidad de la expresión "técnicos y" contenida en el artículo 2º (letra c, inciso 1º) del Decreto 2579 de 1983, precisamente por no estar enumerada en la norma reglamentada.

En definitiva, insiste en que al no estar mencionada tal expresión en el artículo 51 de la Ley 9ª (lo cual demuestra con la transcripción a doble columna) amerita la suspensión provisional.

Consideraciones:

El criterio expuesto en el auto de 9 de noviembre de 1988 consistente en que los temas del régimen tributario de la *inversión extranjera* son complejos, lo reitera esta Sala Unitaria.

A lo expuesto en dicha providencia, agrega que las normas que la regulan están estrechamente entrelazadas y el intérprete debe buscar la armonía de aspectos como la correlación entre la determinación de los sujetos, la base gravable, los sistemas de retención por impuesto sobre la renta y el correlativo de remesas y otros no menos importantes.

La sutil interrelación entre las normas que regulan estos temas y que demuestran que no es acertado ni suficiente la confrontación entre los dos artículos comparados por el actor, puede plantearse desde un solo punto de vista así: Las sociedades extranjeras son gravables únicamente sobre su renta de fuente nacional (Decreto 2053 de 1974, art. 13 inciso 2); la "asistencia técnica" se considera como renta de fuente nacional (*ibídem* art. 14, numeral 7º), luego todas las sociedades ex-

tranjeras son gravables, en principio, sobre la asistencia técnica que reciban. El artículo 50 de la Ley 9ª de 1983 (reglamentado por el Decreto 2579 de 1983) establece como condiciones para no someter a impuestos de renta, ni de remesas los giros para el pago de asistencia técnica las siguientes: a) Que el beneficiario no tenga domicilio en el país ni esté obligado a constituir apoderado y b) Que el Comité de Regalías, en aras de la protección de la tecnología nacional, dictamine que los servicios no pueden prestarse en el país.

De este artículo se deduce a primera vista que las filiales, subsidiarias, sucursales o agencias de sociedades extranjeras en Colombia no pueden cumplir con la condición indicada en la letra a), de donde se concluye que en principio son gravables las casas matrices por lo que reciban por tal concepto, máxime cuando entre los conceptos de "asistencia técnica" y "explotación de intangibles" no están precisadas las fronteras que los distingan nítidamente.

Ahora bien, tratándose de una misma contribuyente, de una misma persona jurídica, como lo son casa matriz y sucursal o agencia, los sistemas para gravar a la primera, pueden ser directos o indirectos mediante no aceptación de gastos a su favor hechos por la sucursal, con lo cual ésta paga el gravamen que le corresponde a su casa principal. Este es el sistema desarrollado por el artículo 25 del Decreto reglamentario 2579 de 1983 sobre los pagos enumerados en el artículo 51 de la Ley 9ª de 1983 y también sobre los de asistencia técnica que no pueden cumplir las condiciones del artículo 50 de la misma. Ambas normas forman parte del Capítulo X del Título I al cual se refiere el reglamento.

Este esquema que surge de la lectura de la norma acusada con las sustanciales a que se refiere, impide acceder a decretar la suspensión provisional pedida por el demandante.

En consideración a lo expuesto, *se decide:*

1º *Admítese* la anterior adición a la demanda de nulidad de las palabras "asistencia técnica" incluidas en el artículo 25 del Decreto reglamentario 2579 de 1983 (septiembre 12) expedido por el Gobierno nacional, promovida con base en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo por el abogado Jaime González Bendiksen, quien se tendrá como parte demandante.

En consecuencia:

a) Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público;

b) Notifíquese personalmente al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público;

c) Hágase la correspondiente fijación en lista por el término de diez (10) días a fin de que la entidad demandada y los intervinientes puedan contestar la demanda, proponer excepciones o solicitar la práctica de pruebas;

d) Por la Secretaría solicítese al Ministerio de Hacienda y Crédito Público el envío de los antecedentes administrativos que pertinentes a la expedición del citado artículo 25 del Decreto reglamentario 2579 de 1983 (septiembre 12).

2º No se accede a decretar la suspensión provisional del acto acusado.

Notifíquese.

Jaime Abella Zárate.

Jorge A. Torrado T., Secretario.

SUSTRACCION DE MATERIA. RAMA JURISDICCIONAL. PERSONAL. Elección.

El artículo 14 del Decreto 1660 de 1978 no puede ser violatorio del artículo 62 del Decreto 250 de 1970, puesto que el texto inicial de este artículo fue modificado por el artículo 1º del Decreto-ley 526 de 1971.

SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD. Efectos.

El acto inconstitucional, al ser así declarado, vuelven las cosas al estado anterior; es decir, una ley inexequible no puede causar derogatorias por cuanto a partir del momento en que así es declarada (inexequible) es inexistente para la vida jurídica para el futuro.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., doce de abril de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Simón Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Proceso número 661.

Demandante: Ernesto Rey Cantor.

El actor de la referencia, obrando a título personal y en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, solicita que se declare la nulidad del artículo 14 del Decreto 1660 de 1978 (agosto 4) "por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 15 y 20 de 1972, los Decretos 250 y 762 de 1970, 546 de 1971 y 717 de 1978, y otras disposiciones sobre administración de personal de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de las Direcciones de Instrucción Criminal", expedido por el señor Presidente de la República "en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales y en especial de las que le confiere el ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución Política".

Acto acusado:

El texto del acto acusado o artículo 14 del Decreto reglamentario 1660 de 1978, es el siguiente:

"En las elecciones de funcionarios que hagan la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y el Tribunal Superior de Aduanas, se procederá individualmente. No se considera elegido el candidato sino cuando haya obtenido a su favor los dos tercios de los votos de los miembros que integren la corporación respectiva reunida en pleno.

"Las votaciones serán secretas. Prohíbese en forma absoluta cualquier distribución de los empleos entre los Magistrados.

"La violación de esta prohibición es causal de mala conducta".

La demanda:

El artículo transcrito, sostiene el actor, "infrinje (sic) la norma a la que debía estar sujeto", esto es, "viola el artículo 62 del Decreto extraordinario 250 de 1970 (febrero 18) por el cual se expide el Estatuto de la Carrera Judicial y del Ministerio Público", cuyo texto es el siguiente:

"En la elección que hagan las corporaciones judiciales y en la postulación que concierne hacer a los fiscales del Tribunal para la provisión de varios cargos de una misma categoría, para una misma o diferentes corporaciones, especialidades o lugares, cada cargo se proveerá individualmente, y el candidato no se considerará designado o escogido sino cuando reúna el setenta y cinco por ciento de los votos afirmativos de los miembros de la corporación o de los fiscales.

"Las votaciones serán secretas, con prohibición absoluta de cualquiera distribución de los cargos entre los Magistrados y Fiscales".

Así las cosas, considera el demandante que el acto acusado o artículo 14 del Decreto reglamentario 1660 de 1978 es violatorio del artículo 62 del Decreto extraordinario 250 de 1970 por cuanto aquél redujo el número de votos necesarios para elegir, pues 2/3 son inferiores al 75%, y "aumentar o disminuir los guarismos significa desvío del poder administrativo del presente y, aún más, desnaturalización de la función reglamentaria". Y agrega: "En otras palabras el ejecutivo sustituyó al legislador ordinario en el caso *sub júdice*".

Por otra parte, dice el demandante:

"El fallo de la Corte del pasado jueves 25 de junio que declaró inexequible el artículo 114 del último estatuto de la

Carrera Judicial (Decreto número 0052 de 13 de enero de 1987), produce efectos a partir del día siguiente de la fecha de su publicación; pero como quiera que este artículo había derogado el artículo 65 del Decreto extraordinario número 2400 de 29 de julio de 1986, el cual a su vez derogó el artículo 14 del Decreto reglamentario número 1660 de 1978, es del caso establecer cuál es la norma vigente que consagra el *quórum* para la elección de Jueces, sin olvidar que este último Decreto reglamentó el Decreto extraordinario número 250 de 1970 que expidió con base en la Ley número 16 de facultades extraordinarias de 1968.

"Hay que aclarar que el Decreto número 0052 se expidió antes de la declaratoria de inconstitucionalidad del Decreto número 2400.

"Después de estas precisiones considero que la norma vigente es el acto acusado de nulidad (art. 14) o sea, el acto reglamentario...

"Admitir que no está vigente el artículo 14 equivaldría a sostener que no hay norma vigente que regule el *quórum*, esto es, que estaríamos frente a un vacío legal".

Concluye, en consecuencia, con la manifestación de que, al ser nulo el artículo 14 del Decreto reglamentario 1660 de 1978, debe volverse al artículo 62 del Decreto 250 de 1970, esto es, al 75% de los votos afirmativos de los miembros de la Corporación o de los Fiscales.

Concepto fiscal:

"El demandante en el proceso *sub exámine* sin fundamentar jurídicamente su aserto, asume que el artículo 14 del Decreto 1660 de 1978 se halla vigente y por considerarlo ilegal procede a demandarlo (fl. 2).

"En este punto es donde este Despacho discrepa de tal disposición, toda vez que la Ley 153 de 1887 en su artículo 14, consagra:

" 'Una ley derogada no revivirá por solas las referencias que a ella se hagan, ni por haber sido abolida la ley que la derogó. Una disposición derogada sólo recobrará su fuerza en la forma en que aparezca reproducida en una ley nueva'.

"A partir de dicha norma es claro que el hecho de que la Corte hubiera declarado inexequible el artículo 65, parágrafo 2º del Decreto 2400 de 1986, el cual había derogado tácitamente al artículo 14 del Decreto 1660 *sub exámine*, de ninguna manera hace revivir a este último, e igualmente la

declaratoria de inexequibilidad del artículo 114 del Decreto 0052 de 1987, tampoco hace revivir al estatuto que eventual mente pudo éste último derogar.

"...dada la derogatoria que le infringió (sic) el artículo 65 del Decreto 2400 de 1986 a la norma demandada y al hecho de que la declaratoria de inexequibilidad del primero no hizo revivir a esta última, hulga (sic) concluir que la misma desapareció del contexto jurídico y, en consecuencia, no habría materia para juzgar en el caso presente.

"Planteadas así las cosas, este Despacho es del parecer que el presente proceso ha de revertir en un fallo inhibitorio dada la sustracción de materia".

Consideraciones de la Sala:

1. Se observa que el artículo 62 del Decreto 250 de 1970 fue modificado por el artículo 1º del Decreto-ley 526 de 1971. Es decir, para el momento en que se formuló la demanda que ocupa la atención de la Sala (1º de julio de 1987) el "setenta y cinco por ciento de los votos afirmativos de los miembros..." había recibido la siguiente modificación:

"Decreto 250 de 1970.

"Artículo 62. Modificado. Decreto 526 de 1971, artículo 1º. En la elección que hagan las corporaciones judiciales y en la postulación que concierne hacer a los Fiscales de Tribunal para la provisión de varios cargos de una misma categoría, para una misma o diferentes corporaciones, especialidades o lugares, cada cargo se proveerá individualmente y el candidato no se considerará designado o escogido sino cuando reuna los dos tercios de los votos afirmativos de los miembros de la Corporación o de los Fiscales.

"Las votaciones serán secretas con prohibición absoluta de cualquiera distribución de los cargos entre los Magistrados y Fiscales".

El Decreto-ley 250 de 1970 "por el cual se expide el Estatuto de la Carrera Judicial y del Ministerio Público" fue dictado, al igual que el Decreto-ley 526 de 1971, por el Presidente de la República en uso de las facultades extraordinarias otorgadas por la Ley 16 de 1968 y atendido el concepto de la Comisión Asesora establecida en la misma.

En tales condiciones, el artículo 14 del Decreto 1660 de 1978 no puede ser violatorio del artículo 62 del Decreto 250 de 1970, como lo pregona la demanda, puesto que el texto inicial de este artículo (o sea,

el que se considera violado) fue modificado, como ya se vio, por el artículo 1º del Decreto-ley 526 de 1971. En otras palabras, fue equivocado demandar el artículo 14 del Decreto reglamentario 1660 de 1978 para enfrentarlo al artículo 62 del Decreto-ley 250 de 1970, inexistente.

Los 2/3 de los votos de los miembros, que introdujo el artículo 1º del Decreto-ley 526 de 1971 (al modificar, cambiar o quitar el 75% de los miembros de la Corporación que traía el artículo 62 del Decreto 250 de 1970) fueron mantenidos (los 2/3) en el artículo 14 del Decreto 1660 de 1978; es decir, para el momento de la demanda este Decreto reglamentario no violaba el guarismo del 75% sino que conservaba o mantenía, obviamente por ser reglamentario, los 2/3 de los votos que, como se vio, introdujo la norma inicialmente citada.

2. Al declarar la Corte Suprema de Justicia inexequibles, mediante sendas sentencias de 3 de marzo de 1987 y 25 de junio de ese mismo año, los citados artículo 65 parágrafo segundo y artículo 114, se torna procedente aplicar, para dichos eventos, lo dispuesto en el Decreto-ley 526 de 1971, artículo 1º, actualmente vigente, o sea los 2/3 de los votos afirmativos de los miembros que integran la Corporación y que a su vez está reproducido en el artículo 14 del Decreto 1660 de 1978. Y ello es así por cuanto, en lo atinente a las sentencias de inexequibilidad no puede predicarse lo afirmado por el representante del Ministerio Público, esto es, aplicar el artículo 14 de la Ley 153 de 1887 por cuanto el acto inconstitucional, al ser así declarado, vuelven las cosas al estado anterior; es decir, una ley inexequible no puede causar derogatorias por cuanto a partir del momento en que así es declarada (inexequible) es inexistente para la vida jurídica para el futuro. Además, esta Corporación ha sostenido que "cuando se declara inexequible una ley derogatoria de otra, subsiste, revive o recobra su plena vigencia la ley que se quiso derogar".

Así, se pueden citar las siguientes providencias en que el Consejo de Estado ha fijado su criterio sobre el alcance de las sentencias de inexequibilidad: Sentencia de 22 de mayo de 1974 (Expediente número 2013, Consejero ponente: Doctor Carlos Galindo Pinilla), sentencia de 8 de marzo de 1982 (Actor: París Osuna, Expediente número 10668), sentencia de 9 de mayo de 1983 (Proceso número 3920. Consejero ponente: Doctor Roberto Suárez Franco), sentencia de Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 31 de agosto de 1988 (Expediente número S-032. Consejero ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo), concepto de la Sala de Negocios Generales de 17 de noviembre de 1958.

a) Al concepto de 17 de noviembre de 1958 pertenecen los siguientes apartes:

> "Es indudable que el acto público declarado inconstitucional por la Corte a través de la acción popular, tiene hacia el futuro una drástica proyección consistente en que los preceptos que lo integran no forman ya parte de la normación

jurídica nacional. No es preciso, para ello, que la misma autoridad que lo ha dictado esté en la obligación de consumar un acto derogatorio del mismo, como condición previa para la plena efectividad de la sentencia de inexequibilidad. La importancia política y jurídica de que la Carta haya atribuido a un organismo especial la vigilancia de su integridad, radica entre otras cosas, en que, emitido el acto por el Congreso o por el Gobierno, y sometido al examen y escrutinio de la Corte, si ésta lo encuentra en contrariedad con las normas de aquel estatuto, y así lo sentencia, la ejecutoria del fallo pertinente es hecho bastante para producir todos los efectos propios de la naturaleza de la acción. O lo que es lo mismo, a partir de entonces, la norma declarada inexequible no puede regir.

"En este aspecto y sólo en él existe una similitud entre los efectos de la derogatoria y los de la sentencia de inexequibilidad. Pues en cuanto hace al pasado ellos son bien distintos. En efecto, cuando el acto soberano del Congreso deroga una ley, ésta desaparece para la normación futura, pero las situaciones jurídicas cumplidas bajo el imperio del precepto derogado se tienen por fimes ya que, de otro lado, la norma derogada goza de una presunción de arreglo a la Constitución, y por tanto su validez es irrecusable. En cambio, cuando el desaparecimiento del precepto tiene por base un fallo del órgano contralor de la integridad constitucional, siendo este declarativo en cuanto se limita al reconocer la existencia de un vicio nacido con la vigencia del acto público demandado, sus efectos en el tiempo se cumplen desde tal vigencia, con la excepción atrás apuntada, de aquellos casos que hayan quedado cubiertos por el principio de la cosa juzgada.

"Se explica entonces que cuando es el Congreso quien deroga una norma anterior, ésta, por razón de los efectos anotados, no puede revivirse o entenderse resurgida al ordenamiento jurídico sino mediante una reproducción completa de ella por un nuevo acto del legislador. En cambio, cuando tal derogatoria ha sido hecha por una ley o por un Decreto-ley declarados inconstitucionales, teniéndose tal acto por no dictado, los preceptos que derogó no requieren de un nuevo acto del Congreso ni de una expresa manifestación de la Corte para que revivan, pues la sola ejecutoria del fallo rescata para ellos la fuerza constitucional que les garantiza su imperio".

b) "Los efectos de la sentencia de inexequibilidad.

"Para la Sala es inaceptable la tesis conforme a la cual los efectos de la sentencia de inexequibilidad se equiparan

a los de la derogación, por dos razones fundamentales: 1º Porque la Constitución le otorga a la Corte Suprema de Justicia la función de la guarda de la integridad de la Constitución a título de potestad jurisdiccional y no como una facultad de normatividad general. El título correspondiente de la Carta se denomina jurisdicción constitucional y la institución se organiza sobre la base del concepto de acción y de un típico proceso jurisdiccional que, como es de rigor culmina con una sentencia cuyo contenido se limita a declarar, con efecto *'erga omnes'*, la conformidad o inconformidad de la norma con la Constitución, sin la posibilidad en el último caso de estatuir norma alguna en sustitución de la declarada inexequible. 2º Porque la equiparación, conduce al absurdo jurídico del vacío normativo. En efecto: Si la Corte no puede dictar la norma en reemplazo de la declarada inexequible y las normas derogadas no reviven sino en virtud de la reproducción completa de su texto en una nueva ley, la consecuencia irremediable es que desaparece toda la normatividad atinente a la materia" (Sentencia de 22 de mayo de 1974).

c) "Dentro del contexto de una sana lógica jurídica los fallos de inexequibilidad, proferidos por la Corte Suprema de Justicia, hacen desaparecer la norma jurídica, objeto del fallo, con un efecto absoluto hacia el futuro".

"Pero la extinción, que se deriva de la inexequibilidad, dada su naturaleza específica distinta de la derogatoria, conduce a que recobre vigencia la norma que regía con anterioridad a la expedición del acto declarado inexequible y que ocasionó su aparente desaparición de la vida jurídica.

"De ello se sigue también, dentro de un mismo orden de ideas que actos expedidos por el Gobierno dictados dentro del ámbito de su competencia y conforme a una legislación vigente que luego es declarada inexequible son legalmente válidos" (Sentencia de 9 de mayo de 1983).

d) *"La declaratoria de inexequibilidad.*

"La decisión así tomada produjo serias consecuencias, siendo la principal la de haber revivido ese recurso extraordinario. En otras palabras, al declararse inconstitucional la revocatoria de la Ley 11 de 1975, volvió a la vida jurídica dicho medio de impugnación.

"Se hace la afirmación precedente con fundamento en los efectos que produce la declaratoria de inexequibilidad, los que, como lo sostiene la doctrina, son diferentes a los

de la derogatoria. Mientras la inexequibilidad de una norma que deroga una ley anterior la revive, no sucede igual con la derogatoria de una ley que deroga otra anterior" (Sentencia de 31 de agosto de 1988. Proceso número S-032).

3. En conclusión, y desde el punto de vista de la técnica procesal, resulta completamente inane cualquier pronunciamiento sobre la legalidad del artículo 14 del Decreto reglamentario 1660 de 1987 en relación con la presunta violación del artículo 62 del Decreto 250 de 1970, por cuanto al momento de plantearse la pretendida acción de nulidad ya no formaba parte del ordenamiento jurídico la disposición últimamente citada.

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, en parte de acuerdo con el concepto del Ministerio Público,

Falla:

No efectuar pronunciamiento de mérito por sustracción de materia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada en la sesión de seis (6) de abril de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

Luis Antonio Alvarado Pantoja, Samuel Buitrago Hurtado, Guillermo Benavides Melo, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

POTESTAD REGLAMENTARIA. PRESIDENTE DE LA REPUBLICA. Facultades.

La potestad reglamentaria radicada en cabeza del Presidente de la República se caracteriza porque no se agota con su ejercicio y porque, en términos generales, es facultativo de su titular, definir cuáles son y con qué nivel de detalle, las normas de la ley que requieren reglamentación. Si en un decreto reglamentario no se desarrollan disposiciones de la norma reglamentados, ellos no desaparecen del ámbito jurídico pues su no reglamentación debe tomarse como una consecuencia de la utilización por parte del Presidente de la República de su facultad discrecional de determinar, al ejercer la potestad reglamentaria, qué disposiciones requieren o conviene reglamentar.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., veintiuno de abril de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente número 1620. Actor: Sofía Regueros de Ladrón de Guevara. Autoridades nacionales. Acción de nulidad y suspensión provisional de los artículos 7º a 19 del Decreto reglamentario número 260 de febrero 6 de 1987 proferido por el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público. Fallo.

En ejercicio de la acción pública de nulidad, la ciudadana Sofía Regueros de Ladrón de Guevara presentó demanda ante esta Corporación para obtener la nulidad de los artículos 7º, 8º, 9º, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18 y 19 del Decreto reglamentario número 260 de febrero 6 de 1987, por medio del cual "se reglamenta parcialmente el Capítulo VII de la Ley 75 de 1986".

Demandó también la actora la suspensión provisional de todas las normas acusadas, habiendo sido denegada tal demanda en su oportunidad procesal.

Los fundamentos de la demanda:

Tanto en la demanda como en el alegato de conclusión, la actora considera que las disposiciones acusadas violan todas el artículo 54

de la Ley setenta y cinco (75) de 1986 y el artículo 17, en particular, además causa agravio al artículo 61 de la ley reglamentada.

Estima la demandante que las normas reglamentarias que acusa restringen, sin aptitud jurídica para ello, el alcance de las disposiciones de la ley reglamentada consignadas en los artículos 54 y 61, expresando que la restricción se da por las razones siguientes:

> "1. Porque no admiten ni regulan la amnistía sobre recursos o acciones de revocatoria directa, pese a que la Ley 75 de 1986 no estableció tal restricción, sino que en sus artículos 54 y 61 es ampliamente generosa, para amparar toda suerte de objeciones, recursos y acciones, y especialmente en la segunda disposición comprende inclusive deudas en firme y ejecutoriadas.
>
> "2. Porque al establecerse en el reglamento, especialmente en su artículo 17 (Decreto reglamentario 260 de 1987) que no procede la amnistía si no surge del acto amnistiado un mayor impuesto, se está creando un requisito no establecido en la ley, lo cual implica decir más de lo que la norma reglamentada estableció (arts. 54 y 61 de la Ley 75 de 1986) y por tanto ello es ilegal.
>
> "3. Porque el mismo artículo 17, en frente de la amplia y generosa institución establecida para las entidades del sector público que tienen deudas originadas en liquidaciones oficiales del impuesto sobre las ventas, resulta además asimétrico, es decir, no correspondiente con la exigencia del artículo 61 de la ley, la cual habla de 'deudas' y no de un 'mayor impuesto liquidado' y fija la condición de que se cancele 'el veinticinco por ciento (25%) del impuesto adeudado' y no de 'un mayor impuesto a cargo del contribuyente'.
>
> "Esto último, lo admito, pueden llevar simplemente a considerar que el artículo 17 del reglamento no es aplicable a la amnistía del artículo 61 de la Ley y no a definir una abierta contradicción con la misma norma legal, aunque lo primero es, en mi sentir, lo que se presenta en este caso, pues el reglamento limita el beneficio fijado en la norma superior".

Así las cosas se tiene que el ataque contra las normas acusadas puede ser analizado sirviéndose de la siguiente ordenación lógica:

a) Los artículos 7º a 16, 18 y 19 del Decreto 260 de 1987 son violatorios del artículo 54 de la Ley 75 de 1986 por cuanto omitieron reglamentar lo concerniente a las acciones administrativas, particularmente la revocatoria directa, y el no haberlo hecho implica limitar el alcance de la ley;

b) El artículo 17 del Decreto 260 de 1987 es violatorio del artículo 54 de la Ley 75 de 1986 en cuanto está creando un requisito no establecido en la ley al disponer que no procede la amnistía si del acto amnistiado no surge un mayor impuesto;

c) El artículo 17 del Decreto reglamentario es violatorio del artículo 61 de la Ley 75 de 1986 por cuanto mientras que la norma legal establece una amnistía para las entidades que tengan deudas por concepto de liquidaciones oficiales en el impuesto sobre las ventas, la norma reglamentaria la condiciona a que surja del acto amnistiado un mayor impuesto.

Alegaciones de la Dirección General de Impuestos Nacionales:

El delegado de la Dirección General de Impuestos Nacionales dentro del término para alegar de conclusión se opuso a las pretensiones de la demanda y solicitó al Consejo de Estado abstenerse de anular las disposiciones acusadas y declararlas, en cambio, ajustadas a la ley.

Manifiesta la parte opositora que el Decreto 260 de 1987 es un reglamento parcial que se limita simplemente a desarrollar una parte de la norma objeto de reglamentación sin que ello pueda significar que los aspectos no reglamentados hayan sido eliminados o restringidos en su alcance.

Argumenta que no puede deducirse violación del artículo 54 de la Ley 75 de 1986 por parte del artículo 17 del Decreto 260 de 1987 por cuanto la norma legal es aplicable a quienes "aceptan deber el mayor impuesto que surja de tales actos administrativos" y tiene como objeto exonerar parte de ese mayor impuesto aceptado y la norma reglamentaria no hace cosa diferente que exigir que exista "un mayor impuesto determinable o determinado para acogerse a la amnistía que consiste en exonerar de parte del mayor impuesto aceptado".

Finalmente estima el opositor que no puede alegarse violación del artículo 61 de la Ley 75 de 1986 por parte del artículo 17 del Decreto 260 de 1987 por cuanto no existe relación directa entre uno y otro.

El concepto del Ministerio Público:

La vista fiscal analiza detenidamente las argumentaciones de las partes y otros elementos de apreciación que brinda el expediente y con base en los razonamientos que a continuación se sintetizan, concluye en que las peticiones de la demanda deben ser denegadas.

En primer término, aclara el señor Fiscal Tercero de esta Corporación, que el Decreto acusado es ante todo una reglamentación parcial de la ley y que es ese su alcance preciso y que por tal razón, no puede aceptarse la afirmación de la actora en el sentido de que lo

que no fue objeto de reglamentación o no fue desarrollado en las normas del reglamento haya sido eliminado del ámbito jurídico. Estima, acogiendo la tesis del delegado del Ministerio de Hacienda, que si bien el Decreto acusado no habla de la "acción de revocatoria directa" ello no significa que se esté impidiendo la amnistía en relación con los negocios "que estuvieren para esa época, en tales circunstancias, sino que, simplemente, el Gobierno nacional no creyó necesario, dentro de su poder discrecional, que tal aspecto requiriese de reglamentación para completar las finalidades de la ley de amnistía..."

En segundo término la vista fiscal conceptúa que no se advierte violación del artículo 54 de la Ley 75 de 1986 por parte del artículo 17 del Decreto reglamentario 260 de 1987, por cuanto a su entender "es claro entonces que la ley amnistió lo que correspondiera al mayor impuesto aceptado, no la totalidad del impuesto..." Finalmente, tampoco estima que el mentado artículo 17 puede ser violatorio de la Ley 75 citada toda vez que la norma reglamentaria no tiene concatenación alguna con la norma legal, que por cierto, fue especialmente reglamentada por el artículo 26 del Decreto 260 demandado.

Consideraciones de la Sala:

Analizados los tres tipos de cargos que se formulan contra las normas acusadas, el alegato de la parte opositora, el concepto del Fiscal y los demás elementos del proceso, se fallará este asunto, previas las consideraciones siguientes:

1ª El cargo según el cual las normas acusadas son violatorias del artículo 54 de la Ley 75 de 1986 por cuanto omitieron reglamentar lo concerniente a la revocatoria directa no está llamado a prosperar toda vez que dicha omisión, deliberada o involuntaria, por parte del Ejecutivo, no tiene trascendencia en relación con la integridad y el alcance de la norma reglamentada. En efecto, el artículo 54 de la Ley 75 de 1986 no aparece limitado, ni extralimitado, ni modificado en sentido alguno por las normas acusadas por la actora y menos aún por el hecho de que hubiérase guardado silencio con respecto a las llamadas "acciones administrativas" mencionadas en la ley.

Como ya se advirtió, el Decreto 260 de 1987, que contiene las disposiciones acusadas, es, a veces de su encabezamiento, una reglamentación parcial del Capítulo VII de la citada Ley 75 de 1986, lo cual sencillamente indica que el Gobierno considera que la mencionada ley, o no necesita para su aplicación o ejecución, ser reglamentada en su totalidad o que su reglamentación puede realizarse por medio de diversos actos reglamentarios.

No es por tanto, admisible la conclusión a que llega la demandante al considerar que por el hecho de no haberse reglamentado parte de una disposición legal se haya dejado esa parte sin vigencia, sin

posibilidad de aplicación o de ejecución y en consecuencia, se haya restringido su alcance. Los efectos son otros y los señalan acertadamente en las piezas procesales que suscriben, el delegado del Ministerio de Hacienda y el señor Fiscal Tercero del Consejo de Estado, al decir que la ley, en lo no reglamentado, puede aplicarse en forma directa, o bien, puede ser objeto de reglamentación por otro reglamento idóneo.

La potestad reglamentaria consagrada en el ordinal 3º del artículo 120 de la Carta Política, radicada en cabeza del Presidente de la República se caracteriza porque no se agota con su ejercicio y porque, en términos generales, es facultativo de su titular, definir cuáles son y con qué nivel de detalle, las normas de la ley que requieren reglamentación. De lo anterior se deduce que si en un decreto reglamentario no se desarrollan disposiciones o mandatos de la norma reglamentada, ellos no desaparecen del ámbito jurídico pues su no reglamentación debe tomarse simplemente como una consecuencia de la utilización por parte del Presidente de la República de su facultad discrecional de determinar, al ejercer la potestad reglamentaria, qué disposiciones requieren o conviene reglamentar. Tales normas, sobre las que el reglamento guarda silencio, sencillamente no han sido objeto de reglamentación, mantienen su vigencia y deben ser aplicadas directamente, a menos que se esté en presencia de la excepcional situación de leyes que requieran necesariamente ser reglamentadas para hacerse viables, como sucede con las leyes marco.

Como en el evento analizado se trata de que el reglamento acusado guardó silencio acerca de alguna previsión de la ley, cabe concluir que tal previsión no fue eliminada, sino que conserva su vigencia y puede y debe aplicarse directamente, máxime si como aparece demostrado en el proceso, exista una reglamentación aparte que se refiere precisamente a su instrumentación. Por tanto estima la Sala que por este concepto no se da la violación alegada y el cargo es impróspero.

2ª El cargo que tiende a demostrar que el artículo 17 del Decreto 260 de 1987 viola el artículo 54 de la Ley 75 de 1986 por cuanto, según la actora, la primera disposición crea un requisito no establecido en la ley al establecer que no procede la amnistía si del acto amnistiado no surge un mayor impuesto, será desestimado por la Sala acogiendo lo expuesto por la parte opositora en el sentido de que tal exigencia del reglamento no es contraria o adicional a las ya establecidas en la ley, sino que proviene de ellas. En efecto, es claro para la Sala que el citado artículo 54 de la Ley 75 de 1986, es aplicable a dos tipos de situaciones, unas en que ha tenido lugar la liquidación de un mayor impuesto y otras en que sólo se ha impuesto una sanción. Ahora bien, como la norma reglamentaria exceptúa expresamente de su ámbito de reglamentación los casos de sanciones (arts. 13, 14 y 15 del Decreto 260 de 1987), forzoso es concluir que ella se refiere a los casos en que se haya liquidado un mayor impuesto y que, como la amnistía consagrada en la ley, cobija sólo parte de ese mayor impuesto o parte

de las sanciones impugnadas, con relación al primer evento, para poder gozar de la amnistía deberá estarse en todo caso, ante la presencia de la liquidación de un mayor impuesto. Así las cosas, estima la Sala que la norma reglamentaria no hace nada distinto que recoger la misma previsión de la ley, y por tanto no se configura violación alguna por este concepto que deba ser declarada.

3ª Finalmente, tampoco tiene razón la demandante cuando advierte violación del artículo 61 de la Ley 75 de 1986 por parte del artículo 17 del acusado reglamento ya que el aspecto de las amnistías para entidades públicas por concepto de deudas de impuesto sobre las rentas a que se refiere el artículo 26 del Decreto 260 de 1987, es instituto diferente del de las amnistías de tipo general consagradas en el artículo 54 de la Ley 75 de 1987, a las cuales, desde luego, también pueden acogerse tales entidades públicas.

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:

Deniéganse las súplicas de la demanda tendiente a lograr la nulidad de los artículos 7º, 8º, 9º, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18 y 19 del Decreto número 260 de 1987, proferido por el Presidente de la República y su Ministro de Hacienda y Crédito Público.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, archívese el expediente y cúmplase.

Se deja constancia que esta providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Carmelo Martínez Conn, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos, Jaime Abella Zárate.

Jorge A. Torrado, Secretario.

CARRERA ADMINISTRATIVA. ESCALAFON. Inscripción.

Al producirse la cesación definitiva de funciones en una entidad y pasar a otra en la cual no se ha escalafonado ni ingresado por concurso de méritos, el empleado pierde su condición de escalafonado que ostentaba anteriormente.

INSUBSISTENCIA. Directiva presidencial.

En numerosas ocasiones la Sala ha manifestado en circunstancias similares que este cargo resulta inane, pues la facultad de libre nombramiento y remoción no puede ser derogada por el Presidente de la República, mediante acto administrativo, ya que está consagrada en la ley.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., dieciséis de mayo de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejera ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente número 2890. Actor: Edgardo Insignares Carroll. Decretos del Gobierno.

El señor Fiscal Tercero del Tribunal Superior de Pasto y el señor apoderado de la Nación —Ministerio de Hacienda y Crédito Público— interponen recurso de apelación contra la sentencia de 17 de junio de 1987, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, sentencia que fue favorable a las súplicas impetradas por el señor Edgardo Insignares Carroll.

Antecedentes:

Se solicitó en la demanda la nulidad del artículo 3º del Decreto 943 de 21 de marzo de 1986, por el cual el señor Presidente de la República declaró insubsistente el nombramiento del doctor Insignares Carroll como Administrador de Aduanas 2070-09, de la Administración de la Aduana de Pereira, y el consiguiente restablecimiento del derecho.

Para fundamentar dichas peticiones se adujo lo siguiente:

a) Violación de los artículos 16, 17 y 26 de la Constitución Nacional, por cuanto no se protegió el trabajo digno y honesto ni se

observó el debido proceso, dado que la insubsistencia obedeció esencialmente, a la introducción ilegal de víveres por la frontera ecuatoriana y a la retención de 5 camiones con frutas procedentes del Ecuador. Y si esa fue la causa, ha debido adelantarse un proceso disciplinario previo;

b) El Decreto de insubsistencia vulneró la Directiva Presidencial número 01 de 22 de enero de 1986, vigente hasta el 30 de mayo del mismo año, ya que ésta prohibía hacer nombramientos, traslados y ascensos a empleados públicos, a menos que se tratara de decisiones tomadas por autoridad competente o el Ministerio Público, o en aplicación de normas obligatorias como las de la Carrera Administrativa;

c) Se vulneró el derecho a estabilidad en el cargo, derivado del escalafonamiento en la Carrera Administrativa, pues no se observó el procedimiento adecuado para el retiro del servicio.

Relata el señor Edgardo Insignares Carroll que él estaba escalafonado en la Carrera Administrativa por Resolución número 322 de 3 de julio de 1974 mediante la cual el Departamento Administrativo del Servicio Civil lo inscribió como Jefe de Personal del Ministerio de Minas y Energía, sin que se hubiera producido solución de continuidad en el servicio, al haber seguido trabajando en el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Y por tanto, los derechos que traía del Ministerio de Minas y Energía, tales como prima de antigüedad, bonificaciones, vacaciones y escalafón en la Carrera Administrativa deben ser respetados.

El Tribunal en la sentencia apelada accedió a las súplicas del demandante, aceptando los argumentos relacionados con el escalafonamiento en Carrera Administrativa y la violación de las normas que consagran el derecho a la estabilidad para los inscritos en el escalafón.

El señor Fiscal apelante sustenta el recurso afirmando que la inscripción del actor en la Carrera había perdido su vigencia al pasar a trabajar en otra entidad y no haber obtenido la reclasificación y actualización en el escalafón.

Tramitado el recurso el señor Edgardo Insignares Carroll en su alegato de conclusión insiste en que su escalafonamiento en la Carrera estaba vigente por no haberse producido solución de continuidad en sus servicios y presentarse "traslado de funciones de una entidad a otra", lo cual le daba derecho, de conformidad con el artículo 2º del Decreto 583 de 1984 a la actualización del escalafón en el Ministerio de Hacienda; actualización que no pudo obtener por estar suspendidas las normas sobre Carrera Administrativa.

Anota igualmente, que el Tribunal ha debido estudiar no sólo ese cargo sino también el que tiene que ver con la desviación de poder, porque su separación del servicio constituyó una destitución disfrazada

de insubsistencia, desconociéndose las normas que imponen el debido proceso.

El señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado conceptúa que el fallo recurrido debe ser confirmado, porque el señor Insignares estaba escalafonado en la Carrera Administrativa.

Para llegar a esa conclusión se apoya en una sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado de la que transcribe los apartes que estima pertinentes.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir, mediante las siguientes

Consideraciones:

Se estudiará en primer término el punto relacionado con el derecho a estabilidad en el cargo, derivado del escalafonamiento del actor en la Carrera Administrativa, puesto que ese fue el fundamento de la sentencia recurrida.

Cabe precisar aquí, que las tesis sostenidas en la sentencia de 28 de julio de 1988, proferida por la Sección Segunda, no pueden tener aplicación en el caso que se estudia, pues la situación es diferente en uno y otro proceso.

En efecto relata el demandante, y así se deduce de los elementos de juicio aportados, que el señor Edgardo Insignares fue inscrito en el escalafón de la Carrera Administrativa como Jefe de Sección VI-24, por Resolución número 322 de 3 de julio de 1974, cuando trabajaba en el Ministerio de Minas y Energía.

Posteriormente fue desvinculado de dicha entidad, y habiendo acusado ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa el acto de desvinculación, obtuvo la nulidad de éste y la orden de reintegro al cargo y pago de sueldos y prestaciones dejados de devengar, sin solución de continuidad.

Ordenado el reintegro en acatamiento a la decisión judicial mediante Resolución 2228 de 19 de agosto de 1981, al cargo de Jefe de Sección 2075, grado 09, Sección de Personal del Ministerio de Minas y Energía, el señor Insignares no lo aceptó, debido a encontrarse trabajando en mejores condiciones en el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, entidad de la que fue desvinculado por el acto que acusa en este proceso.

Las circunstancias descritas configuran una situación completamente distinta a la estudiada por la Sección en la sentencia citada por el señor Fiscal Cuarto de la Corporación.

Mientras allí se trataba de un empleado inscrito en el escalafón de la Carrera Administrativa, que había pasado a ocupar cargos diferentes a aquel en el cual se encontraba escalafonado, en la misma entidad, aquí se observa que el escalafonado en el Ministerio de Minas y Energía estaba prestando sus servicios en el Ministerio de Hacienda y Crédito Público cuando se produjo su declaratoria de insubsistencia, es decir, en una entidad diferente.

Sabido es que el escalafonamiento se produce con relación a los cargos que conforman la estructura administrativa y la planta de personal de los diferentes organismos de la administración, y en relación con las funciones propias de los respectivos empleos.

Por esa razón, cada organismo convoca su propio concurso para proveer los cargos vacantes o ascender a sus funcionarios. Las listas de elegibles no son comunes sino que se conforman con los nombres de quienes aprueban el concurso en cada entidad.

En consecuencia, el escalafonamiento en el Ministerio de Minas y Energía, no es válido en el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, puesto que la estructura administrativa, la planta de personal y las funciones atribuidas a los cargos en uno y otro Ministerio son diferentes.

Si un empleado inscrito en el escalafón de la Carrera Administrativa en un determinado organismo de la administración resuelve prestar sus servicios en otro, debe antes de posesionarse en el nuevo cargo, renunciar al que venía desempeñando, y así se produce su retiro definitivo del servicio en esa entidad, lo cual le permite ingresar al servicio de otra.

De conformidad con el artículo 47 del Decreto 2400 de 1968, la condición de funcionario de Carrera se pierde por cesación definitiva de funciones ocasionadas por: Declaración de insubsistencia, renuncia regularmente aceptada, retiro con derecho a jubilación, invalidez absoluta y retiro forzoso por edad.

Es así como, al producirse la cesación definitiva de funciones en una entidad y pasar a otra en la cual no se ha escalafonado ni ingresado por concurso de méritos, el empleado pierde su condición de escalafonado que ostentaba anteriormente.

Es precisamente lo que le ocurrió al actor. Al no haber aceptado el reintegro al cargo en el Ministerio de Minas y Energía, en donde se encontraba escalafonado en Carrera Administrativa, renunció no sólo a ese cargo sino a su escalafonamiento en la Carrera, escalafonamiento que no es transferible a otra entidad.

Ninguna importancia tiene para efectos de la Carrera el hecho de no haberse producido solución de continuidad en el desempeño de

funciones públicas, pues de ello no depende la vigencia del escalafón en este caso.

Tampoco se trata, como equivocadamente se pretende presentar, de un caso de "traslado de funciones de una entidad a otra". No se trasladaron funciones del Ministerio de Minas y Energía al de Hacienda y Crédito Público; fue el empleado el que ingresó al Ministerio de Hacienda a desempeñar uno de los cargos que conforman la estructura administrativa propia de dicha entidad.

Demostrado así que el señor Insignares no estaba escalafonado en Carrera Administrativa cuando fue retirado del servicio del Ministerio de Hacienda y Crédito Público por insubsistencia, queda sin ningún sustento jurídico el fallo del Tribunal.

Tratándose de un empleado de libre nombramiento y remoción, podía ser declarado insubsistente en cualquier momento, sin motivación ninguna, por razones de servicio.

En consecuencia, no prospera uno de los cargos formulados en la demanda.

Pero como bien lo afirma el actor en el alegato de conclusión presentado durante la segunda instancia, debe estudiarse la legalidad del acto acusado frente a las demás transgresiones que se le imputan.

Se afirma que hubo desviación de poder y falsa motivación, porque se trató de una destitución disfrazada de insubsistencia, proferida con violación del artículo 26 de la Constitución Nacional.

Sin embargo, ninguno de los elementos de juicio que obran en el expediente lleva a la confirmación de tal aserto. El Decreto por medio del cual el señor Presidente de la República declaró la insubsistencia no está motivado; las declaraciones de los testigos relativas a la causa de tal medida no demuestran que ellos hubieran conocido por percepción directa, las intenciones y el pensamiento del señor Presidente de la República, autoridad competente para declarar la insubsistencia en el presente caso. Su testimonio se refiere a supuestos motivos que escucharon del mismo actor o del Director de Aduanas, quien afirmó al ser preguntado por algunos de ellos, que no tenía certeza sobre las noticias relativas a remociones en la Aduana de Ipiales y que viajaría a Bogotá a enterarse.

Las noticias de prensa no constituyen prueba ninguna, pues el periodista que las escribe ni siquiera puede ser constreñido a revelar las fuentes de su información en caso de ser llamado a declarar.

Nada indica entonces que se hubiera querido destituir al actor; por el contrario, obran en autos suficientes certificaciones según las cuales nunca se le inculpó falta alguna y por ello no se le inició jamás proceso disciplinario.

En este orden de ideas, no cuentan con respaldo probatorio ni la desviación de poder ni la falsa motivación.

Queda por analizar la violación a una Directiva Presidencial que disponía no hacer movimientos de personal.

En numerosas ocasiones esta Sala ha manifestado en circunstancias similares que este cargo resulta inane, pues la facultad de libre nombramiento y remoción no puede ser derogada por el Presidente de la República, mediante acto administrativo, ya que está consagrada en la ley.

Y en el caso que se estudia ni siquiera cabe pensar que el ejercicio de una facultad que le ha sido atribuida al Presidente de la República implique violación de otro acto administrativo expedido por él.

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 Revócase la sentencia de 17 de junio de 1987 proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, dentro del proceso iniciado por el señor Edgardo Insignares Carroll.

2º En su lugar, niéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y una vez ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada el día doce (12) de mayo de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

Alvaro Lecompte Luna, Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

REGLAMENTO CONSTITUCIONAL. DECRETO AUTONOMO. CONSEJO DE ESTADO FUNCIONAL. COMPETENCIA. LEGITIMIDAD LEGISLATIVA.

El Decreto acusado fue dictado por el Presidente de la República en uso de las atribuciones conferidas por el numeral 14 del artículo 120 de la Constitución Nacional, siendo por consiguiente un Decreto "autónomo" también llamado Reglamento Constitucional por desarrollar directamente un canon de la Carta Política, sin mediar ley formal o material para su emisión. En cuanto al factor de competencia para el juzgamiento constitucional de tales Decretos parece ser que sea el Consejo de Estado. En relación con el factor de legitimidad legislativa vale decir que si por ser los reglamentos constitucionales actos emitidos por la suprema autoridad adtiva. del país y por ende tomárselos como actos adtivos. a la luz del artículo 83, inciso 2 del Código Contencioso Administrativo, equivalen o no actos adtivos. y por último se señala el factor atinente a que si se aceptare que los Decretos autónomos aún siendo adtivos, y equiparándolos a ley formal en cuanto a su alcance jurídico, es decir siendo leyes en sentido material, el factor apunta a dilucidar si aquellos Decretos o Reglamentos constitucionales pueden o no variar, modificar, derogar la legislación formalmente proferida por el Congreso.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., diecinueve de mayo de mil novecientos ochenta y nueve.

Referencia: Expediente número 1159.

Actor: Robinson Ricardo Rada G.

Por satisfacer a simple vista los requisitos legales de forma, el Despacho admitirá la anterior demanda.

Suspensión provisional:

En el mismo cuerpo de su libelo de demanda, el ciudadano Robinson Ricardo Rada González, en su propio nombre y en ejercicio de la acción popular que prevé el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, solicita a esta Corporación tanto la declaratoria de nulidad del Decreto autónomo número 2200 de 7 de septiembre de

1984, en sus artículos 2º literales a) y b), y 4º, como la suspensión provisional de dichas disposiciones.

Dicen las normas acusadas:

> *"Artículo 2º* Para hacer más asequibles a las personas y grupos familiares de escasos ingresos los créditos hipotecarios distintos de los otorgados en Unidades de Poder Adquisitivo Constante (UPAC), el Banco, mediante reglamentación de su Junta Directiva, podrá:
>
> "a) Otorgar dichos créditos hasta por el ciento por ciento del valor comercial de los inmuebles hipotecados;
>
> "b) Establecer sistemas de amortización en los cuales, durante una primera parte del plazo, las cuotas periódicas pactadas no incluyan abono alguno al capital mutuado, ni cubran la totalidad de los intereses corrientes causados y se capitalice la porción no cubierta de los mismos".
>
> *"Artículo 4º* El presente Decreto rige a partir de la fecha de su promulgación *y deroga las disposiciones que le sean contrarias"* (Subrayas del actor).

Según el demandante, el Decreto autónomo que acusa y cuya suspensión provisional solicita, está quebrantando de manera ostensible los artículos 55, 76-1-2, 120-14, 30, 31, 32, 1º, 2º, 16, 17, 20, 21, 22, 51, 63, 65, 116, 130 y 215 de la Constitución Nacional, y las siguientes disposiciones legales: 1617, 2235, 2455, 15, 16, 1518, 1523 y 1524 del Código Civil; 831, 886 y 1168 del Código de Comercio; y 22, 25 y 28 del Decreto número 1935 de 1973.

Se considera:

Este Decreto 2200 de 1984 acusado fue dictado por el Presidente de la República, con la firma de su Ministro de Hacienda y Crédito Público, "en uso de las atribuciones que le confiere el numeral 14 del artículo 120 de la Constitución Nacional", siendo, por consiguiente un Decreto "autónomo", también llamado Reglamento Constitucional, por desarrollar directamente un canon de la Carta Política, sin mediar ley formal o material para su emisión.

La materia específica de los llamados Decretos autónomos o Reglamentos Constitucionales, por no estar subordinados a una regulación legal anterior se ha tornado en una de las más controvertidas en materia constitucional. Para verificar este aserto, baste con indicar tres aspectos sobresalientes al respecto:

a) El factor competencial: No obstante la determinación o adscripción expresa de competencia que el artículo 214 de la Constitución

Política entrega a la honorable Corte Suprema de Justicia y la competencia residual que la misma Carta otorga al Consejo de Estado mediante el artículo 216, ambas Corporaciones han provocado en no pocas oportunidades colisión positiva de competencia para avocar el conocimiento de las demandas de inconstitucionalidad ejercitadas contra aquellos Decretos autónomos o Reglamentos Constitucionales. Empero, parece ser que sea el máximo organismo de la Jurisdicción Contencioso Administrativa el que tenga competencia para el juzgamiento constitucional de tales Decretos, sin echar mano a las diversas teorías que sobre el particular pueden esgrimirse, como la organicista, la funcionalista, la formalista o la finalista, etc. Pero, en todo caso, la controversia no está cancelada;

b) El factor que pudiera llamarse de legitimidad legislativa, vale decir, si por ser los Reglamentos Constitucionales actos emitidos por la suprema autoridad administrativa del país y por ende tomárselos como actos administrativos, a la luz del artículo 83, inciso segundo del Código Contencioso Administrativo, equivalen o no actos legislativos, esto es, si tienen o no equiparación legal, así fueren aquellos leyes materiales y sustanciales y no leyes formales u orgánicas;

c) Emparentado directamente con el factor antecedente, está el tercer factor, atinente a que si se aceptare que los Decretos autónomos, aún siendo actos administrativos y equiparándolos a la ley formal en cuanto a su alcance jurídico, es decir, siendo leyes en sentido material, dicho tercer factor apunta a dilucidar si aquellos Decretos o Reglamentos Constitucionales pueden o no variar, modificar, derogar la legislación formalmente proferida por el Congreso Nacional. Este factor implicaría, si se optare por la respuesta positiva, que del mismo modo como no existen ni pueden existir leyes ilegales, tampoco puede haber Decretos autónomos o Reglamentos Constitucionales ilegales.

De consiguiente, para determinar si el Decreto autónomo acusado quebranta o no de manera directa y flagrante normas de carácter superior y consecuencialmente dar aplicación a la figura jurídica precautelativa establecida en el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, sería menester desplegar análisis y examinar teorías no propias del actual momento procesal, esto es, del auto admisorio de la demanda, cuando no ha habido ningún debate, sino que ello es tarea propia de la sentencia que ponga fin al proceso. Y esto salta más a la vista si se tiene presente que uno de los citados factores controversiales justamente es el de la competencia para conocer de la acusación de un Decreto autónomo o Reglamento Constitucional.

En consecuencia, no prospera la solicitud del demandante, enfocada a aplicar el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo y decretar la suspensión provisional.

Por lo expuesto, el Despacho

Dispone:

1º Admitir la anterior demanda.

2º No acceder a decretar la suspensión provisional impetrada.

3º Tener al ciudadano Robinson Ricardo Rada González como parte demandante.

4º Es parte demandada la Nación colombiana, representada en este caso por el Ministro de Hacienda y Crédito Público.

5º Notificar personalmente esta providencia al Fiscal Primero del Consejo de Estado.

6º Igualmente notificar de manera personal este proveído al Ministro de Hacienda y Crédito Público.

7º Fijar en lista este negocio por el término legal de diez (10) días, para los efectos contemplados en el artículo 207-3 del Código Contencioso Administrativo.

8º Solicitar por Secretaría los respectivos antecedentes administrativos al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Guillermo Benavides-Melo, Consejero de Estado.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

CARRERA DIPLOMATICA. Inscripción. CARRERA DIPLOMATICA. Ascenso.

Si el actor concursó para el cargo de Tercer Secretario y a ese mismo cargo se refería la convocatoria a concurso, no podía ser nombrado y posteriormente inscrito, de salir airoso en la prueba, como Segundo Secretario. El Decreto acusado no podía contemplar el ascenso a Primer Secretario ni es procedente definir su anulación con base en el supuesto derecho de "seguir siendo ascendido conforme a los plazos legales", pues son asuntos que el acto enjuiciado en manera alguna podía contemplar pues su objeto no era otro que el de disponer la inscripción en la Carrera con fundamento en requisitos cumplidos con anterioridad, sin que en ese momento pudiera la administración prever situaciones futuras que podrían presentarse o no según circunstancias imprevisibles.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., treinta de junio de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

Referencia: Expediente número 2903. Decretos del Gobierno.

Actor: Fabio Avella Martínez.

En demanda presentada en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, formuló el señor Fabio Avella Martínez las siguientes peticiones:

"*Primera.* Que es nulo el Decreto ejecutivo número 3517 de 1982 (diciembre 9) originario del Ministerio de Relaciones Exteriores, por el cual se inscribió en el escalafón de la Carrera Diplomática y Consular de la República al doctor Fabio Avella Martínez, en la categoría de Tercer Secretario, pero sólo en la parte que le es desfavorable, o sea, en cuanto aquella inscripción se hizo para Tercer Secretario y no para Segundo Secretario, y en cuanto a su vigencia, pues el actor adquirió el derecho respectivo desde el 9 de enero de 1976, y en cuanto no contempló el ascenso para Primer Secretario al referido actor.

"*Segunda.* Que el doctor Fabio Avella Martínez, funcionario de la Carrera Diplomática y Consular de la República,

tiene derecho a ser inscrito como Segundo Secretario, desde el 9 de enero de 1976.

"*Tercera.* Que el doctor Fabio Avella Martínez tiene derecho a ser inscrito como Primer Secretario dentro de la Carrera Diplomática y Consular el 9 de enero de 1980 y a seguir siendo ascendido conforme a los plazos legales.

"*Cuarta.* El actor tiene derecho a ser calificado dentro de los plazos legales, para más ascensos dentro del escalafón de la Carrera Diplomática y Consular de la República" (fl. 4).

Cursó el proceso en el citado Tribunal, el cual, al momento de fallar, acogiendo el criterio del Fiscal Séptimo, dispuso la remisión del expediente a esta Corporación por competencia, teniendo en cuenta que en el capítulo sobre cuantía afirma el accionante que no aspira a ninguna contraprestación económica ni pide condena contra el Estado, de lo cual concluye aquella Corporación:

"No existiendo cuantía en este proceso ni base alguna para aplicar las reglas de los literales a) y b) y su inciso del numeral 6º del artículo 131 del Código Contencioso Administrativo, y siendo de aplicación inmediata la vigencia del nuevo Código al tenor de su artículo 266, a pesar de haberse dictado auto admisorio de la demanda bajo el régimen anterior y estar el negocio para sentencia, la falta de cuantía hace imperioso concluir que la competencia le está atribuida al honorable Consejo de Estado, en virtud del numeral 3º del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo" (fls. 83-87).

Avocó este despacho el conocimiento del proceso en providencia de febrero 9 de 1988 por cuanto, "vistos los términos de la demanda, se comprueba que evidentemente el proceso carece de cuantía" (fl. 91).

Al descorrer el traslado, el señor Fiscal Cuarto de esta Corporación conceptuó que "no existe razonamiento alguno con suficiente virtualidad para convencerle de que no es dable cuantificar lo pedido en el libelo inicial, toda vez que, en caso de prosperar dichas súplicas, resultaría obvio el beneficio económico que reportaría el actor".

Explica que "en el evento de que los pedimentos formulados en la demanda tuvieran vocación de prosperidad, el accionante vería incrementado su patrimonio por la diferencia salarial resultante de lo que gana como Tercer Secretario con lo que ganaría como Segundo Secretario" (fl. 93).

Estima la Sala que, aunque pudiera deducirse de la sentencia favorable un beneficio económico representado en la diferencia de suel-

dos, no es éste lo que se propuso el actor al demandar, según claramente lo expresó en el libelo, y no le es permitido al juzgador alterar los términos de la demanda.

Corresponde, en consecuencia, examinar los planteamientos de la demanda, a lo cual se procede, no observándose causal de nulidad que invalide la actuación, previas las siguientes

Consideraciones:

1. Según se lee en el Decreto 3517 de diciembre 9 de 1982, acto acusado, al actor se le inscribió en el escalafón de la Carrera Diplomática y Consular de la República en la categoría de Tercer Secretario, con fundamento en que:

> i) Aprobó satisfactoriamente las pruebas realizadas en 1974 para ingresar a la Carrera en la categoría de Tercer Secretario;
>
> ii) Nombrado en diciembre 16 de 1974 en período de prueba como Tercer Secretario de la Sección de Privilegios e Inmunidades, se posesionó en enero 9 de 1975 y "en la actualidad desempeña el cargo de Jefe de Sección";
>
> iii) La Comisión de Personal de la Carrera, en sesión de junio 30 de 1982, emitió concepto favorable para la inscripción del citado funcionario (fl. 2).

Alega el accionante que, una vez venció su período de prueba de un año, en enero 9 de 1976 adquirió el derecho de pertenecer a la Carrera en la categoría de Segundo Secretario "por ser profesional de la Universidad Externado de Colombia ... y adquirió el derecho a seguir ascendiendo conforme a los plazos legales" (fl. 4).

Y concluye:

> "Sin embargo, habiendo cumplido satisfactoriamente los requisitos legales desde 1976, sólo hasta ahora se le acepta como funcionario de Carrera Diplomática y Consular de la República, con lo cual el acto acusado es nulo en lo relativo a la categoría en que fue escalafonado, a la vigencia de su inscripción, y en cuanto no contempló su ascenso reglamentario a Primer Secretario" (fls. 4-5).

Invoca las normas del Decreto legislativo 2016 de 1968, parcialmente subrogado por el Decreto 2525 *bis* del mismo año, y expone el concepto de violación expresando, con referencia a cada una de las disposiciones:

> "...Mientras la norma da oportunidad al funcionario demandante que tiene título universitario para ser inscrito

como Segundo Secretario ... mediante el acto acusado, se le clasificó e inscribió como Tercer Secretario...

"...La norma superior dispone que la inscripción en la Carrera Diplomática y Consular deberá hacerse inmediatamente el funcionario público en período de prueba complete el año previsto en la ley, y en el presente caso esa inscripción se ha hecho transcurridos 7 años desde la fecha en que el demandante adquirió su derecho...

"...La norma garantiza al funcionario inscrito y bien calificado, ser inscrito al completar el año de prueba y en este caso se reconoció el derecho de mi mandante, pero con un retardo de 7 años...

"...Las normas superiores disponen que el funcionario tiene derecho al ascenso si ha seguido en el servicio público y si ha completado el número de años previsto en las normas de Carrera para ser ascendido.

"En el caso de autos, mi mandante tenía derecho a ser inscrito como Segundo Secretario en la Carrera Diplomática y Consular desde el 9 de enero de 1976, por ser profesional titulado por una universidad colombiana, como lo es la del Externado de Colombia, y sólo hasta ahora se le inscribió como Tercer Secretario. Y tenía derecho a ser ascendido a Primer Secretario dentro de la Carrera desde el 9 de enero de 1980, por haber completado 4 años como Segundo Secretario en esa fecha, y sin embargo, el Ministerio de Relaciones Exteriores no le reconoció ese ascenso.

"...El señor Secretario General del Ministerio no convocó en los meses de enero de los años 1977, 1978, 1979, 1980, 1981 y 1982 a la Comisión de Personal de la Carrera Diplomática y Consular de la República, para que se ocupara de calificar las calidades de los funcionarios inscritos en la Carrera y que tenían derecho a ser ascendidos, como en el caso del actor, con lo cual se le privó de la oportunidad de ser ascendido oportunamente a Primer Secretario desde el 9 de enero de 1980" (fls. 5-8).

Invoca los artículos 17, 24, 25, 37, 39 y 50 del Decreto 2016 de 1968 y 2º del Decreto 2525 *bis* de 1968 que subrogó parcialmente el 17 del Decreto 2016.

Para facilitar la confrontación, se transcriben estas normas a continuación.

"Decreto 2016 de 1968.

"Artículo 17. El ingreso a la Carrera Diplomática y Consular se hará invariablemente por concurso, el cual será reglamentado y efectuado por el Instituto Colombiano de Estudios Internacionales, con intervención de la Comisión Asesora del Ministerio de Relaciones Exteriores.

"(Inciso 2 subrogado por Decreto 2525 *bis*/68). Hábra dos clases de concursos: Uno para ingresar a la Carrera en la categoría de Tercer Secretario; y otro para ingresar en la de Segundo Secretario. En esta última categoría sólo podrán ser admitidos quienes acrediten título universitario a nivel doctoral o de licenciatura de una universidad reconocida por el Estado.

"Cumplido el período de prueba de un (1) año a que se refiere el artículo 24, y previa calificación satisfactoria conforme al procedimiento establecido en el artículo 25 del presente estatuto, el funcionario será inscrito en el escalafón en la categoría de Tercer o Segundo Secretario, según el caso.

"Artículo 24. Los concursantes así admitidos serán nombrados en un período de prueba de un (1) año, en los cargos para cuya provisión se haya verificado el concurso respectivo, y si al final de este período llenaren los requisitos establecidos en el artículo 25, serán inscritos en el escalafón. Producida la inscripción deberán permanecer en el servicio interno del Ministerio para práctica de un año.

"Artículo 25. La Comisión de Personal de la Carrera evaluará el resultado de los cursos adelantados por el empleado en el Instituto Colombiano de Estudios Internacionales y por otra parte su comportamiento en el Ministerio. Si al finalizar el primer año la calificación del empleado fuere satisfactoria, será inscrito en el escalafón como funcionario de la Carrera Diplomática y Consular en la categoría correspondiente; si no lo fuere, quedará eliminado del servicio.

"Parágrafo. Se considera como calificación satisfactoria la que sea superior al 60 por ciento de la calificación máxima.

"Artículo 37. Los ascensos se harán de categoría en categoría, por decreto, y previo el estudio de las condiciones del candidato y el concepto de la Comisión de Personal de la Carrera, la cual tendrá en cuenta los años de servicio, la edad del funcionario y los requisitos del cargo establecidos por leyes o reglamentos. Con base en lo anterior, la Comisión elaborará una lista de ascensos y la designación correspondiente se hará a medida que se presenten las vacantes.

"Artículo 39. Los ascensos en la Carrera Diplomática y Consular se efectuarán previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en los artículos anteriores y dentro de los siguientes términos:

"a) A la categoría de Segundo Secretario, después de cuatro (4) años de servicio como Tercer Secretario, Vicecónsul o cargos equivalentes en el Ministerio de Relaciones Exteriores, salvo el caso a que se refiere el artículo 17 del presente estatuto;

"b) A la categoría de Primer Secretario, después de cuatro (4) años de servicio como Segundo Secretario, Cónsul de segunda clase o cargos equivalentes en el Ministerio de Relaciones Exteriores;

"c) A la categoría de Consejero, después de seis (6) años de servicio como Primer Secretario, Cónsul de primera clase o cargos equivalentes en el Ministerio de Relaciones Exteriores, y

"d) A la categoría de Ministro Consejero, después de cuatro (4) años de servicio como Consejero, Cónsul General o cargos equivalentes en el Ministerio de Relaciones Exteriores.

"Parágrafo 1º Para el ascenso a la categoría de Consejero el funcionario deberá someterse a los cursos y pruebas orales y escritas que organice el Instituto Colombiano de Estudios Internacionales.

"Parágrafo 2º Las calificaciones que no sean satisfactorias en lo que se relaciona con la discreción, lealtad y el comportamiento social ocasionan la suspensión del funcionario por el tiempo que señale la Comisión de Personal de la Carrera y lo inhabilitan, por el término de un (1) año, para su traslado al exterior, si a ello tuviere derecho.

"Artículo 50. En el mes de enero de cada año se verificará por convocatoria del Secretario General del Ministerio una sesión especial de la Comisión de Personal de la Carrera para la calificación de los funcionarios, sobre las siguientes calidades:

"1. Disciplina y lealtad.

"2. Puntualidad.

"3. Cumplimiento de compromisos particulares.

"4. Conducta social del funcionario y de las personas que de él dependan.

"5. Experiencia en las distintas zonas político-económicas.

"6. Presentación al respectivo jefe de iniciativas útiles.

"7. Preparación técnica e intelectual para el cumplimiento de sus funciones.

"8. Cultura general.

"9. Redacción, preparación de la correspondencia y capacidad de exposición oral.

"10. Idiomas, que se calificarán cada uno por separado. Igualmente, en cuanto se refiere a los funcionarios del Servicio Exterior, se calificarán las siguientes calidades:

"11. Discreción y reserva sobre los asuntos de la misión.

"12. Instalación del funcionario.

"13. Relaciones del funcionario con la Cancillería del país respectivo y con sus colegas.

"Parágrafo 1º Para la calificación de los funcionarios del Servicio Exterior se tendrán en cuenta primordialmente: El informe que el respectivo jefe de misión deberá rendir en el mes de diciembre de cada año y los antecedentes e informaciones de que disponga el Ministerio de Relaciones Exteriores, o que éste allegue por propia iniciativa cuando lo crea oportuno. Los informes del jefe de misión son reservados para conocimiento exclusivo del Ministro, del Secretario General y de la Comisión de Personal correspondiente.

"Parágrafo 2º Las calificaciones anuales de los funcionarios de la Carrera serán comunicadas a los interesados por el Jefe de la Sección de Personal del Ministerio de Relaciones Exteriores".

2. Afirma el demandante que, posesionado en período de prueba como Tercer Secretario de la Sección de Privilegios e Inmunidades de la Dirección General de Protocolo en enero 9 de 1975 y "habiendo cumplido satisfactoriamente los requisitos legales desde 1976, sólo hasta ahora se le acepta como funcionario de Carrera Diplomática y Consular de la República, con lo cual el acto acusado es nulo en lo relativo a la categoría en que fue escalafonado, a la vigencia de su inscripción, y en cuanto no contempló su ascenso reglamentario a Primer Secretario" (fls. 4-5).

Estos planteamientos le dan base para solicitar que se anule el Decreto ejecutivo número 3517 de diciembre 9 de 1982 por el cual

se le inscribió en la Carrera como Tercer Secretario, "pero sólo en la parte que le es desfavorable o sea, en cuanto aquella inscripción se hizo para Tercer Secretario y no para Segundo Secretario, y en cuanto a su vigencia, pues el actor adquirió el derecho respectivo desde el 9 de enero de 1976 y en cuanto no contempló el ascenso para Primer Secretario". Y para más ascensos.

Pretende, pues, el actor que en la sentencia se declaren tres alegados derechos suyos:

a) Ser inscrito como Segundo Secretario en enero 9 de 1976; b) Prever entonces su ascenso a Primer Secretario para enero 9 de 1980; c) Ser calificado dentro de los plazos legales, para más ascensos dentro del escalafón... Todo ello, como consecuencia de la anulación del Decreto 3517 de 1982 (fl. 4).

En este Decreto se dice que el actor aprobó satisfactoriamente las pruebas realizadas en junio de 1974 "para ingresar a la Carrera Diplomática y Consular en la categoría de *Tercer Secretario*"; que, por tal motivo, fue nombrado en período de pruebas como *Tercer Secretario* en diciembre 16 de 1974 y se posesionó en enero 9 de 1975; que desde entonces "ha prestado sus servicios ininterrumpidamente al Ministerio de Relaciones Exteriores y en la actualidad desempeña el cargo de Jefe de Sección, código 2075", y que la Comisión de Personal de la Carrera emitió concepto favorable a la inscripción en su sesión de junio 30 de 1982 "de conformidad con lo establecido en el artículo segundo del Decreto-ley 2525 *bis* de 1968 y cumplidos los requisitos señalados en el artículo 25 del Decreto-ley 2016 de 1968" (fl. 2).

3. Son circunstancias relevantes de que dan cuenta los autos las siguientes:

a) En comunicación dirigida al Decano del Instituto de Estudios Internacionales en abril 29 de 1974, pide el actor inscripción "en la lista de aspirantes a concurso para ingresar en la Carrera Diplomática y Consular, en la categoría de *Tercer Secretario*" (cuaderno 1, fl. 3);

b) Mediante Resolución 1806 de diciembre 16 de 1974, es nombrado provisionalmente en el cargo de Tercer Secretario de la Sección de Privilegios e Inmunidades de la Dirección General del Protocolo en consideración a que "ocupó el sexto lugar entre los aspirantes a ingresar por concurso en la Carrera Diplomática y Consular, a nivel de *Tercer Secretario*, en la Promoción VII-74, lo cual le da derecho a ser nombrado en período de prueba en el servicio interno del Ministerio de Relaciones Exteriores" (cuaderno 1, fl. 5);

c) En enero 2 de 1976 solicita al Presidente de la Comisión de Personal de la Carrera Diplomática y Consular la inscripción en el escalafón de la Carrera según lo prevé el artículo 24 del Decreto-ley 2016 de 1968 "por haber cumplido un año de servicio en la planta

interna del Ministerio como Tercer Secretario" y agrega que, por haber obtenido el título de Administrador de Empresas en el Externado de Colombia como consta en el Acta de Grado que acompaña, solicita "la inscripción en el escalafón de la Carrera Diplomática en la categoría de Segundo Secretario" (cuaderno 1, fls. 13, 15);

d) En agosto 21 de 1981, se dirige al Secretario General del Ministerio para reiterar la solicitud de enero 2 de 1976 y pedir "se autoricen los ascensos que dentro del escalafón en la Carrera debieron haberse producido desde la fecha en que se cumplió el año de prueba, previsto para efectuar la respectiva inscripción".

Y agrega:

> "En materia de ascensos me permito informar a la honorable Comisión que si bien en el momento de presentarme a concurso para ingresar a la Carrera lo hice para la categoría de Tercer Secretario por faltar un mes para obtener mi título universitario, al tomar posesión de mi cargo ya estaba habilitado para pasar a la categoría de Segundo Secretario, ya que recibí el grado de Administrador de Empresas de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Externado de Colombia en el mes de septiembre de 1974; teniendo en cuenta esta circunstancia considero haber cumplido todos los requisitos para que se me escalafone en la categoría de Primer Secretario, en la cual, siguiendo el estricto orden cronológico contemplado en el artículo 39 del Decreto 2016 de 1968, debería figurar desde el 9 de enero de 1980".

Informa que ha adelantado la totalidad de los cursos programados por el Instituto de Estudios Internacionales, que es profesor universitario, que adelanta cursos tendientes a obtener el título de Master en Economía, que ha sido condecorado y que escribe artículos en el periódico "El Integrador Andino" (fl. 162, cuaderno 1);

e) Se le inscribió en el escalafón de la Carrera como Tercer Secretario mediante Decreto 3517 de diciembre 9 de 1982, como atrás se anotó. Este es el acto que en el *sub lite* se enjuicia;

f) En enero 10 de 1983 pide a la Comisión de Personal "el ascenso que me corresponde dentro del escalafón de la Carrera", en tanto que expresa su agradecimiento por la expedición del Decreto número 3517 de 9 de diciembre de 1982 y agrega que, para efectos del ascenso solicitado, se tenga en cuenta lo siguiente:

> "1. Si bien para las pruebas de ingreso realizadas en junio de 1974 me presenté a la categoría de *Tercer Secretario,* por no haber obtenido aún, en ese momento, mi título profesional universitario, es muy importante anotar que la Uni-

versidad Externado de Colombia me otorgó el título profesional de Administrador de Empresas en el mes de septiembre de 1974, antes de tomar posesión de mi cargo el 9 de enero de 1975, situación que me habilitó para ascender desde esa fecha en el escalafón a la categoría de *Segundo Secretario*. Fotocopia del título y calificaciones fueron enviadas oportunamente a la hoja de vida.

"2. Por lo anterior, y de acuerdo con lo previsto en el artículo 39 del Decreto 2016 de 1968, mi tiempo de servicio en la categoría de Segundo Secretario (4 años) está comprendido entre el 9 de enero de 1975 y el 9 de enero de 1979, fecha última en la cual debería haberse producido mi ascenso a la categoría de *Primer Secretario*" (fls. 206-207);

g) El Decano del Instituto de Estudios Internacionales le informa en comunicación de septiembre 21 de 1983 que "los exámenes para su ascenso a la categoría de Segundo Secretario en la Carrera Diplomática y Consular se realizarán el día jueves 20 de octubre" (fl. 233), a lo cual responde, en octubre 19, que se someterá a presentar los exámenes "sin perjuicio de los derechos y acciones que tengo y me corresponden, que como es de conocimiento del Ministerio de Relaciones Exteriores, se están discutiendo ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa" (fl. 234, cuaderno 1).

4. Es evidente que las pretensiones del accionante carecen de respaldo legal.

No hace falta especial esfuerzo dialéctico para entender que, si el actor concursó para el cargo de Tercer Secretario y a ese mismo cargo se refería la convocatoria a concurso, no podía ser nombrado y posteriormente inscrito, de salir airoso en la prueba, como Segundo Secretario. El mismo reconoce y confiesa que no podía concursar para Segundo Secretario por carecer del requisito del título universitario, el cual obtuvo ya realizado el concurso. Pero también había otra razón: La convocatoria fue para Tercer Secretario.

De esta premisa cierta pretende derivar la conclusión falsa de que le correspondía ser inscrito como Segundo Secretario porque "mientras la norma da oportunidad al funcionario demandante que tiene título universitario para ser inscrito como Segundo Secretario... mediante el acto acusado, se le clasificó e inscribió como Tercer Secretario" (fl. 5).

Por otra parte, conforme a los textos legales que invocó el actor y atrás se transcribieron, superado el concurso, viene un período de prueba de un año y luego la inscripción *en la misma categoría* para las cuales se concursó. Sólo después de cuatro años de esta inscripción, se puede aspirar al grado o categoría siguiente, con el cumplimiento de varios requisitos específicos (Cfr. arts. 17, 24, 25 y 39 del Decreto 2016 de 1968).

Ahora bien, la convocatoria fue para la categoría de Tercer Secretario, para esta categoría concursó el actor y en la misma fue nombrado en período de prueba de un año. Lo que de allí se seguía no podía ser sino la inscripción en esa misma categoría. Sin embargo, el demandante proclama tener derecho de ser inscrito como Segundo Secretario en enero 9 de 1976, apenas concluido su período de prueba como Tercer Secretario.

Claro es, pues, que su pretensión de anulación del acto enjuiciado "en cuanto aquella inscripción se hizo para Tercer Secretario y no para Segundo Secretario" (fl. 4), resulta infundada.

Pero es que de ninguna manera podía el actor ser inscrito como Segundo Secretario en enero 9 de 1976, por otras razones.

En efecto: El artículo 17 del citado Decreto 2016 prevé en su inciso 2 (subrogado por el art. 2º del Decreto 2525 *bis* de 1968) dos clases de concursos según se trate de proveer un cargo de Tercero o de Segundo Secretario. Para este último exige la norma título universitario y lo reitera el artículo 20 (subrogado parcialmente por el Decreto 2525 *bis*), a todo lo cual se refiere el artículo 21 en los siguientes términos:

> "Para participar en los concursos a que se refiere el presente capítulo, los aspirantes deberán presentar al Ministerio de Relaciones Exteriores un memorial de solicitud, *acompañado de la documentación pertinente para acreditar que reúnen las condiciones establecidas en el artículo anterior*".

Además, según se lee en los artículos 24 y 25 *ibídem*, es condición previa a la inscripción la evaluación que debe hacer la Comisión de Personal de la Carrera sobre el resultado de los cursos adelantados por el empleado en el Instituto Colombiano de Estudios Internacionales y sobre su comportamiento en el Ministerio. Agrega el artículo 25 que, si al finalizar el primer año la calificación del empleado fuere satisfactoria, será inscrito en el escalafón como funcionario de la Carrera Diplomática y Consular en la categoría correspondiente. No podía, por lo tanto, ser inscrito el actor como Segundo Secretario en enero 9 de 1976 sin esta previa evaluación, la cual se efectuó, según consta, en junio 30 de 1982 y no para Segundo Secretario sino para Tercero.

En conclusión, la inscripción del accionante como Tercer Secretario efectuada por Decreto 3517 de 1982 se ajusta a derecho en cuanto al primero de los aspectos censurados.

Censura el demandante el que la Comisión de Personal de la Carrera no se hubiera reunido oportunamente para que "se ocupara de calificar las calidades de los funcionarios inscritos en la Carrera

y que tenían derecho a ser ascendidos, como es el caso del actor" (fls. 7-8). Al respecto, consta en autos que la Comisión sesionó dos veces en 1976, una en 1977, dos en 1978, dos en 1979, cuatro en 1980, doce en 1981 y dieciocho en 1982 (fls. 46-48). Lo que ocurre es que el actor no estaba en situación de ser evaluado en forma que hubiera podido ser inscrito como Segundo Secretario en enero 9 de 1976, según se ha puntualizado.

Respecto de los aspectos segundo y tercero de la acusación y dado que las peticiones se presentan escalonadas en forma que cada una constituye presupuesto de la siguiente, habiendo fallado la base o premisa, lógico es que también fallen las consecuencias que de ella se pretenden, al igual que ocurre en el sorites.

De otro lado, no podía el Decreto acusado contemplar el ascenso a Primer Secretario ni es procedente definir su anulación con base en el supuesto derecho de "seguir siendo ascendido conforme a los plazos legales", pues son asuntos que el acto enjuiciado en manera alguna podía contemplar pues su objeto no era otro que el de disponer la inscripción en la Carrera con fundamento en requisitos cumplidos con anterioridad, sin que en ese momento pudiera la administración prever situaciones futuras que podrían presentarse o no según circunstancias imprevisibles.

No debe olvidarse que el artículo 37 del referido Decreto dispone que los ascensos se harán *de categoría en categoría* y previo el estudio de las condiciones del candidato y el concepto respectivo de la Comisión de Personal, "la cual tendrá en cuenta los años de servicio, la edad del funcionario y los requisitos del cargo establecidos por leyes o reglamentos", aparte de que en los artículos 39 y 51 aparecen señalados otros requisitos para los ascensos y, respecto de la "selección y prelación de los funcionarios incluidos en la lista de ascensos", en el artículo 38 (subrogado por el 6º del Decreto 2525 *bis*).

Todos estos son factores que deben examinarse concretamente en cada caso y que el acto enjuiciado no podía contemplar, siendo futuros e inciertos.

En conclusión, supuestas las circunstancias de que da cuenta el informativo y los propios planteamientos de la acción, las disposiciones legales invocadas no pueden conducir a la invalidación del acto enjuiciado, como contrariadas por éste.

En mérito de lo expuesto, la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Niéganse las peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 9 de junio de 1989.

Alvaro Lecompte Luna, Ausente; *Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro.*

Miguel A. Perilla, Secretario.

CAPITULO II

DECRETOS DEL GOBIERNO

NULIDADES

POTESTAD REGLAMENTARIA. Límites.

Dentro del ejercicio de la potestad reglamentaria el Ejecutivo no puede ampliar la cobertura taxativamente señalada en la norma que dice reglamentar (Decrétase la nulidad del literal c del art. 9º del Decreto 0038 de enero 13 de 1988 del Gobierno nacional).

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., veinte de enero de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Samuel Buitrago Hurtado.*

Referencia: Expediente número 842. Decretos del Gobierno.

Actor: Hélmer Zuluaga Vargas.

El abogado Hélmer Zuluaga Vargas, obrando a nombre propio, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, demandó ante esta Corporación la declaratoria de nulidad del literal c) del artículo 9º del Decreto 0038 de 1988 en cuanto dispone: "Informar y proponer al Ministerio de Comunicaciones, el retiro de anuncios publicitarios que incumplan las normas legales vigentes o que afecten negativamente los intereses de la comunidad".

El actor presenta así los

Hechos:

1. Por medio del Decreto-ley número 129 de 1976 el Gobierno nacional, en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 28 de 1974, reorganizó el Ministerio de Comunicaciones.

2. En el literal j) del artículo 2º del citado Decreto se atribuyó al Ministerio la siguiente función especial:

"j) Llevar un registro de las personas naturales o jurídicas que intervengan en los distintos medios de comunicación hablados, audiovisuales o postales, de las agencias internacionales de prensa y de las agencias de publicidad".

3. También, en el literal k) del artículo 8º del citado Decreto-ley 129, se atribuyó a la División de medios audiovisuales y publicidad, órgano del citado Ministerio, la siguiente función:

"k) Verificar el número de anuncios publicitarios que se transmitan por los servicios de radiodifusión y ordenar el retiro de aquellos que no se ajusten a las disposiciones legales".

4. En el literal h) del artículo 2º del citado Decreto también se atribuyó al Ministerio la siguiente función:

"h) Hacer cumplir las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias relacionadas con la explotación y prestación de los servicios postales, de telecomunicaciones, de publicidad y de cinematografía. Igualmente, hacer cumplir las obligaciones estipuladas en los actos que otorguen derechos para la prestación o la utilización de los servicios de telecomunicaciones; imponer sanciones por el incumplimiento de las normas vigentes y de los compromisos adquiridos y tomar las medidas necesarias para que los titulares de las concesiones o licencias presten los servicios de telecomunicaciones en forma técnica y conveniente".

5. En ejercicio de la potestad reglamentaria, el Gobierno nacional, promulgó el Decreto número 0038 de enero 13 de 1988, mediante el cual dice reglamentar el literal j) del artículo 2º del Decreto-ley 129 de 1976. En su artículo 7º creó el Consejo Asesor de Publicidad, como organismo adscrito al Ministerio de Comunicaciones, atribuyéndole entre otras funciones en su artículo 9º, la de: "c) Informar y proponer al Ministerio de Comunicaciones, el retiro de anuncios publicitarios que incumplan las normas legales vigentes o que afecten negativamente los intereses de la comunidad".

6º La norma reglamentada dice relación, exclusivamente, con la función certificante del Estado, es decir, autoriza y exige que éste lleve el registro de las personas a que se refiere el precepto. Y puede decirse que el literal j) del Decreto 129 de 1976, es de aquellas normas que no requieren desenvolvimiento posterior, para efectos de su correcta aplicación.

Las normas violadas y concepto de violación:

Manifiesta el actor que el precepto cuya nulidad se solicita, quebranta las siguientes normas de orden superior:

Literal j) del artículo 2º, literal k) del artículo 8º y literal h) del artículo 2º del Decreto 129 de 1976; artículo 42 en armonía con los artículos 1º, 14, 15, 16, 17, 31, 32 y 43 del Decreto-ley 3466 de 1982; artículo 28 de la Constitución Nacional, numeral 3º del artículo 120 y artículo 135 de la Constitución Nacional.

Aduce inicialmente el actor, que el literal j) del artículo 2º del Decreto-ley 129 de 1976, que el Gobierno dice expresamente reglamentar, no lo autoriza en parte alguna para crear un organismo con las funciones señaladas en la norma atacada, limitándose dicho numeral a la función de llevar un registro de las personas naturales o jurídicas que intervengan en los distintos medios de comunicación; entendiéndose por "registro", según un tratadista de Derecho Administrativo, el acto por el cual la administración anota determinados actos o hechos cuya realización se quiere hacer constar en forma auténtica. Se da pues, según el actor, la violación denunciada.

Al fundamentar la pretendida violación del literal k) del artículo 8º del Decreto 129 de 1976, manifiesta el demandante que el Presidente de la República no podía arrebatar una atribución a la División de Medios Audiovisuales para entregársela a un Consejo Asesor cuyo origen legal es un Decreto reglamentario. En cuanto al literal h) del artículo 2º, dice que dicha norma permite al Ministerio imponer sanciones, pero no porque afecten negativamente los intereses de la comunidad, sino las que están expresamente señaladas en las mismas normas superiores.

En relación con las normas del Decreto 3466 que también estima como violadas, dice que en éstas se le atribuye la competencia en materia de publicidad mediante marcas, leyendas y propaganda comercial, a la Superintendencia de Industria y Comercio y que no es lógico que dicha competencia la cumplan dos entidades diferentes. Denuncia la violación del numeral 3º del artículo 120 de la Constitución, ya que la potestad reglamentaria está sujeta y demarcada por el contenido de la ley que se pretende reglamentar y que el precepto reglamentado en este caso, dice relación única y exclusivamente con el registro. Arguye por otra parte, que habiéndosele ya asignado en el literal k) del artículo 8º del Decreto número 129 de 1976 las funciones de verificación y retiro de anuncios publicitarios a la División de Medios Audiovisuales, el delegarla a otro organismo quebranta la ley y concretamente el artículo 135 de la Constitución Nacional. Finalmente, al encontrar el actor que la norma acusada "permite establecer, administrativamente, tipos punibles generadores de sanciones *ex post facto*, y aún de punibilidad analógica, es inconstitucional".

Notificado de la anterior demanda el señor Ministro de Comunicaciones, en su calidad de representante del Ministerio demandado, no se hizo oír en el proceso privando al juzgador, con su silencio, de importantes elementos para la orientación de su criterio y demostrando al mismo tiempo desinterés en la defensa de las políticas oficiales y desgreño en el desempeño de las funciones a su cargo.

El concepto fiscal:

El señor Agente del Ministerio Público, al emitir su concepto en el caso *sub exámine*, estima que, analizadas aisladamente las normas,

es fácil concluir "que la norma demandada no se aviene con la reglamentada pues parecería que en la segunda se consagra la posibilidad de llevar un simple registro mientras que en la primera se consagra una función un tanto inquisitiva en cabeza del Consejo Asesor de Publicidad". Pero no obstante eso, dice, en atención al análisis de todo el régimen que en materia del manejo del sector de comunicaciones se le asignó al Ministerio del ramo, es claro que el Ministro de Comunicaciones tiene particulares funciones coercitivas en relación con el manejo de la publicidad.

Para decidir se considera:

Teniendo como punto esencial de referencia, el numeral 3º del artículo 120 de la Carta, se tiene lo siguiente:

En providencia de 17 de marzo del corriente año se dejó para posterior oportunidad el análisis del artículo 1º del Decreto 1050 de 1968 con el fin de ver si en él se configuraba una autorización al Ejecutivo para dictar la disposición acusada.

Reza el inciso segundo del artículo mencionado, que el Gobierno "podrá organizar unidades administrativas especiales para la más adecuada atención de ciertos programas propios ordinariamente de un Ministerio o Departamento Administrativo". Podría ser ese el origen jurídico que se le quiere dar al Consejo Asesor de Publicidad que se crea en el artículo 7º del Decreto número 0038 de 1988 y una de cuyas funciones es la señalada en el literal c) del artículo 9º de la misma disposición y que está constituyendo el objeto de esta demanda. Pero si ello fuere así, el Ejecutivo bien habría podido encuadrar dicha creación en una norma que, dentro de ese amplio estatuto, tuviera una directa relación con el asunto que se reglamenta como podría ser, a guisa de ejemplo, el literal k) del artículo 8º o, estatuirla dentro de un artículo autónomo. Pero indudablemente, el objetivo del Gobierno al expedir el Decreto 0038 de 1988 fue, como su mismo encabezamiento lo anuncia, reglamentar el literal j) del artículo segundo del Decreto-ley 129 de 1976 y mal podría esta Sala hacer malabarismos jurídicos y retóricos para tratar de ubicar, en una forma determinada, otra disposición expedida por el prurito de reglamentarla siéndole, sino indiferente, cuanto menos extraña con su contexto. Y es que, efectivamente, dentro del ejercicio de la potestad reglamentaria, el Ejecutivo no puede, *mutatis mutandis*, ampliar la cobertura taxativamente señalada en la norma que dice reglamentar con la nueva disposición, si no más bien, dar las pautas para la plenitud de su aplicación sin incluir asuntos que no hubieren estado sujetos a la norma original. En ese sentido ha sido invariable el criterio del Consejo de Estado.

Estima la Sala que no existe propiamente violación del literal k) del artículo octavo de la providencia reglamentada puesto que, no solamente equivaldría a una complementación sino que hace parte, la

nueva norma, de atribuciones conferidas a otra unidad administrativa especial dentro del mismo ordenamiento jurídico, sin que esto implique que se le estén "arrebatando las atribuciones" a la División de Medios Audiovisuales y Publicidad. Esto, obviamente en la hipótesis de que la norma fuera viable como entidad autónoma dentro de la reglamentación, si no traspasara los límites que la norma original contiene y fueran delegables las funciones que se le confirieron a la División de Medios Audiovisuales y Publicidad hasta tanto una norma de igual o superior categoría dispusiera otra diferente. Corolario lógico de este sencillo asertorio, es que se configura la violación del artículo 135 de la Carta al aparecer, no sólo delegadas, sino ampliadas por un decreto reglamentario, las funciones ya atribuidas por un Decreto-ley. Y ello es así en virtud de que en el artículo 135 de la Carta, inciso primero *in fine*, dice: "Las funciones que pueden ser delegadas serán señaladas por la ley". Otras determinaciones podrían hacerse respecto a las demás disposiciones señaladas por el actor y a las cuales se hizo detallada referencia en la providencia que resolvió la solicitud de suspensión provisional y que, en aras de la economía procesal no se reproducen aquí bastando citar, a fin de darle una ilación lógica con este proveído, la consideración hecha a folio 42: "El Decreto 0038 de 1988 dice en su encabezamiento reglamentar el literal j) del artículo 2º del Decreto-ley 129 de 1976. Y de acuerdo con dicho literal, es función del Ministerio de Comunicaciones: 'Llevar un registro de las personas naturales o jurídicas que intervengan en los distintos medios de comunicación hablados, audiovisuales o postales, de las agencias internacionales de prensa y de las agencias de publicidad'. Podría pensarse a simple vista, de acuerdo a la anterior transcripción, que la disposición reglamentaria trata materias no contempladas en la norma reglamentada, incurriendo por ende en manifiesto quebranto de esta última".

El literal j) habla de un "registro", palabra que se debe entender según lo ordena el artículo 28 del Código Civil, en su sentido natural y obvio, según el uso general de la misma; a no ser, como lo dice el mismo artículo, que el legislador la haya definido expresamente para ciertas materias debiéndosele dar, en ese caso, su significado legal. Pero no es ésta la ocurrencia *sub lite*. Aparece pues, la nueva disposición, aterrizando forzosamente sobre otra con la que no tiene relación ni semántica ni jurídica, y ni siquiera sistemática, apartándonos del respetable criterio del señor Fiscal.

Podría hacerse análoga consideración a la anterior sobre la creación, en un lugar normativo que no le corresponde, del llamado Consejo Asesor de Publicidad, que estaría destinado a correr igual suerte que el acápite demandado, lo que no es dable en este pronunciamiento teniendo en cuenta el carácter rogado de la jurisdicción que se ejerce.

Cabe anotar además, que tanto en el Decreto 129 de 1976, como en el 3466 de 1982 y en otras disposiciones, existen suficientes medios

para controlar, denunciar y sancionar las irregularidades que se presenten en relación con los "anuncios publicitarios que incumplan las normas legales vigentes o que afecten negativamente los intereses de la comunidad". Esto implica que está por demás esta norma, circunstancia que, compaginada con las demás irregularidades anotadas, hace patente la violación del numeral 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional que faculta al Presidente de la República para expedir las providencias que *sean necesarias* (se subraya), para la cumplida ejecución de las leyes.

En consecuencia de 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, y en desacuerdo con el concepto del señor Agente del Ministerio Público,

Falla:

Se *decreta la nulidad* del literal c) del artículo 9º del Decreto número 0038 de 1988, en cuanto dispone:

"Informar y proponer al Ministerio de Comunicaciones, el retiro de anuncios publicitarios que incumplan las normas legales vigentes o que afecten negativamente los intereses de la comunidad".

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

La providencia anterior la discutió y aprobó la Sala en su reunión celebrada el día 19 de enero de 1989.

Samuel Buitrago Hurtado, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

PERSONAS DE DERECHO PUBLICO. Representación.

Si bien el artículo 149 del Código Contencioso Administrativo enseña que en los procesos jurisdiccionales correspondientes la Nación estará representada por el Ministro respectivo, lo cierto es que se está pidiendo la comparecencia de la Nación misma y no la de la persona del Ministro como empleado o como representante del solo Ministerio que carece de personería jurídica.

CONTRATO ADMINISTRATIVO. Requisitos. SUSTRACCION DE MATERIA.

El Decreto-ley 2503 de 1987 (art. 154) derogó la Ley 1ª de 1981 y produjo también la derogatoria tácita del literal a) del artículo 2º del Decreto reglamentario 1569 de 1985 acusado, lo cual conduce a la declaratoria de inhibición para pronunciarse sobre el mismo, por sustracción de materia.

CONTRATOS DE DERECHO PRIVADO DE LA ADMINISTRACION. Régimen aplicable. INSTITUTO DE CREDITO TERRITORIAL. CONTRATO "COFINANCIADO". Naturaleza.

El Consejo de Estado considera que los contratos que celebre el Instituto de Crédito Territorial —en desarrollo de sus propios Acuerdos, expedidos para "establecer los sistemas de colaboración del capital privado dentro de los planes del Instituto"— para dar cumplimiento a lo que denominan programas cofinanciados de los proyectos de construcción de vivienda, se rigen por el Decreto-ley 222 de 1983. Dichos contratos "cofinanciados" son de derecho privado de la administración.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., veinte de enero de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Guillermo Benavides Melo.*

Referencia: Expediente número 339.

Actor: Pablo Segundo Galindo Nieves y otra.

1. Antecedentes:

En acción pública, los doctores Pablo Segundo Galindo Nieves y Rita Cecilia Fernández Ibáñez solicitaron la nulidad de parte del Decreto reglamentario número 1569 (junio 6). Admitida la demanda, el auto correspondiente fue notificado al señor Agente del Ministerio Público y al Ministerio de Desarrollo Económico, y se comunicó al Instituto de Crédito Territorial, reparticiones administrativas constituidas como parte impugnadora de la demanda. Tramitado el proceso, como quiera que el Despacho, según se verá, no encuentra razones para declararse inhibido o para decretar nulidad total o parcial de lo actuado, procede a resolver en el fondo.

2. El acto acusado:

"DECRETO NUMERO 1569 DE 1985
"(junio 6)

"Por el cual se reglamenta el artículo 1º, literal b) del Decreto-ley 2033 de 1968.

"El Presidente de la República de Colombia en ejercicio de las facultades que le confiere el numeral 3 del artículo 120 de la Constitución Política,

"DECRETA:

"Artículo 1º Los contratos que celebre el Instituto de Crédito Territorial, en desarrollo de los acuerdos que expida la Junta Directiva de ese Instituto con base en el literal b) del artículo 1º del Decreto-ley 2033 de 1968, se someterán, en lo relacionado con inhabilidades e incompatibilidades, prohibiciones, sujeción a la ley colombiana, capacidad y competencia, a las normas del Decreto-ley 222 de 1983. En los demás aspectos se seguirán las normas generales del Derecho Privado.

"Artículo 2º Además de los recursos que establezca la Junta Directiva del Instituto de Crédito Territorial, para los contratos mencionados en el artículo anterior, se deberán cumplir los siguientes: a) Paz y salvo del contratista por concepto de impuesto a las ventas, renta y complementarios; b) Registro presupuestal, y c) Pago de impuestos de timbre y publicación en el Diario Oficial, por cuenta del contratista.

"Artículo 3º El presente Decreto rige a partir de la fecha de su expedición".

3. Razones de la demanda:

Según los actores, el Decreto anterior a través de su artículo primero y de la expresión "impuesto a las ventas", contenida en el artículo 2º, viola los artículos 55, 76 numeral 1 y 120 numeral 3º de la Constitución Política; los artículos 1º literal b) del Decreto-ley 2033 de 1968, 1º, 25 y 252 del Decreto-ley 222 de 1983, por cuanto el Presidente de la República a través del ejercicio de las facultades que le confiere el numeral 3º del artículo 120 de la Constitución no podía restringir la aplicación del estatuto contractual de la Administración Pública tratándose de los contratos que el Instituto de Crédito Territorial celebre para cumplir sus planes con la colaboración del capital privado. Y dice: "Se pretende con este Decreto que el Instituto de Crédito Territorial contrate con la misma libertad que lo hacen los particulares; y para hacerlo se agrega en este Decreto: 'En los demás aspectos se seguirán las normas generales del derecho privado'; así se han eliminado requisitos que son obligatorios para todos los contratos que celebre la Administración Pública (art. 25 del Decreto 222 de 1983), ya se trate de contratos administrativos o de derecho privado" (fl. 12). Tanto en la demanda como en el alegato de conclusión profundizan y explican los alcances que, a su entender, tienen las disposiciones del estatuto contractual, cuál es el sentido del Decreto-ley 2033 de 1968 y cómo el acto demandado, por consiguiente, extralimitó las funciones del Presidente de la República al autorizar la no aplicación de normas superiores en la jerarquía jurídica.

4. Razones de la impugnación:

El Instituto de Crédito Territorial considera que por virtud del artículo 80 del Decreto-ley 222 de 1983, todos los contratos que no están clasificados como administrativos y enumerados allí, se rigen por el derecho privado, porque la interpretación sistemática de esa norma y el artículo 16 del mismo Decreto conduce a entender que "el Decreto 222 sólo le es aplicable a los contratos de derecho privado de la Administración que contempla el mencionado estatuto, toda vez que los demás contratos de derecho privado no contemplados por dicha disposición, se continuarán rigiendo por las disposiciones generales o especiales para los mismos" (?) (fl. 51). En su alegato de conclusión, repite las razones de la defensa e inserta un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de este Consejo, que la Sala, como se verá, no comparte.

5. El concepto del Ministerio Público:

El señor Fiscal Primero de la Corporación solicita a ésta declararse inhibida para juzgar de fondo, por ineptitud sustantiva de la demanda, por cuanto en ella se pide la notificación del señor Ministro de Desarrollo Económico entidad a quien señala como parte deman-

dada, y esta falla constituye violación grave e insaneable del numeral 1 del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo. A manera de ilustración transcribe apartes de la sentencia pronunciada por la Sección Segunda del Consejo en septiembre 14 de 1984 en la cual se precisa cómo los Ministerios no son personas jurídicas y por tanto no pueden ser demandados.

6. Consideraciones del Consejo de Estado:

6.1. Ineptitud sustantiva de la demanda. No considera acertado el Consejo la conclusión del señor Agente del Ministerio Público cuando afirma que por haber mencionado la demanda al señor Ministro de Desarrollo Económico como demandado, ha incurrido en error tan grave que constituye ineptitud sustantiva de la demanda. Si bien se examina el artículo 149 del Código Contencioso Administrativo, cuando éste enseña que en los procesos jurisdiccionales correspondientes la Nación esté representada por el Ministro correspondiente, es preciso entender que al solicitarse su comparecencia como demandado, lo cierto es que se está pidiendo la comparecencia de la Nación misma y no la de la persona del Ministro como empleado o como representante del solo Ministerio que carece de personería jurídica. Es verdad que el derecho es forma; mas no puede extremarse el aforismo hasta el punto de considerar que falla fundamentalmente la demanda por una irregularidad como la indicada, mucho menos cuando en el auto admisorio de la misma se dispuso la notificación personal al Ministro, disposición que ha de entenderse en el sentido de que tal comparecencia se ordenó porque el Ministro para este caso representa a la Nación, toda vez que legítimamente ha de concluirse que el conductor del proceso conoce la ley y por tanto no le es extraño el artículo 149 del Código Contencioso Administrativo que gobierna lo relacionado con la representación de las personas públicas.

6.2. Sustracción de materia. La Ley 1ª de 1981 unificó y reguló las actuaciones en las cuales podía exigirse certificado de paz y salvo ordinario o especial, incluyendo entre ellas "la celebración de contratos con entidades públicas, conforme con las disposiciones que rigen la contratación administrativa, pero no se exigirá a los representantes legales de las personas jurídicas contratistas" (art. 2º, literal c).

Posteriormente el artículo 154 del Decreto-ley 2503 de 1987, derogó la Ley 1ª de 1981, con lo cual fue suprimido el sistema de control de pago de los diversos impuestos mediante la presentación de los correspondientes certificados de paz y salvo. En consecuencia, esa norma produjo también la derogatoria tácita del literal a) del artículo 2º del Decreto reglamentario 1569 de 1985 acusado, lo cual conduce a la declaratoria de inhibición para pronunciarse sobre el mismo, por sustracción de materia.

6.3. Los Contratos P3 y el Decreto-ley 222 de 1983. La controversia de fondo se plantea aquí alrededor de la aplicación o no del estatuto

contenido en el Decreto-ley 222 de 1983 a los contratos que celebre el Instituto de Crédito Territorial en desarrollo de sus propios Acuerdos, expedidos para "establecer los sistemas de colaboración del capital privado dentro de los planes del Instituto", según autoriza el literal b) del artículo 1º del Decreto-ley 2033 de 1968.

El Consejo de Estado considera que a dichos contratos (denominados P3) que el Instituto de Crédito Territorial celebra para dar cumplimiento a los que su Acuerdo 25 de 1985 denomina programas cofinanciados de los proyectos de construcción de vivienda, se rigen por el Decreto-ley 222 de 1983, teniendo en cuenta las siguientes razones:

6.3.1. El Decreto-ley 222 de 1983, expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias que al Presidente de la República otorgó la Ley 19 de 1982, contiene normas sobre contratos de la Nación y de sus entidades descentralizadas. Ese estatuto establece disposiciones jurídicas relacionadas con toda clase de contratos de la administración, precisamente porque no es un estatuto de los solos contratos administrativos sino como lo dice su encabezamiento y se desprende de muchas de sus normas, es un estatuto de los contratos de la administración.

En efecto, el artículo 1º somete a las reglas contenidas en el Decreto a todos los contratos previstos en el mismo, celebrados por los Ministerios, Departamentos Administrativos y Establecimientos Públicos. Y en el artículo 16 clasifica dichos contratos en dos grandes grupos, a saber, contratos administrativos y contratos de derecho privado de la administración. Aquellos resultan taxativamente enumerados en el mismo artículo, mientras que todos los demás, sin enumerarlos, son considerados como contratos de derecho privado de la administración, salvo que alguna norma legal de manera expresa los sustraiga a esa clasificación genérica. En este orden de ideas y atendiendo a la jurisprudencia del Consejo de Estado según la cual los contratos "cofinanciados" del Instituto de Crédito Territorial no pueden considerarse de obra pública (Sentencia de mayo 17 de 1984, Sección 3ª, *Anales*, T. CVI, números 481-482, pág. 681), ni es posible tampoco situarlos dentro de cualquiera otra denominación de las contempladas en el artículo 16 del estatuto contractual de la administración, resulta lógico concluir que dichos contratos "cofinanciados" no son administrativos (porque su enumeración es taxativa), sino de derecho privado de la administración, toda vez que el Instituto de Crédito Territorial como establecimiento público del orden nacional hace parte de ella (Decreto-ley 1050 de 1968, art. 1º), y porque el mismo artículo 16 citado prescribe cómo los contratos no mencionados allí como administrativos, son de derecho privado de la administración, cuando cualquiera de las entidades que la integran son, por lo menos, una de las partes en su celebración.

6.3.2. El hecho de que el artículo 16 disponga que los contratos de derecho privado de la administración se sometan en sus efectos

a las normas civiles, comerciales y laborales, según la naturaleza de los mismos, no implica que para dichas convenciones sea totalmente ajeno el Decreto 222 de 1983, sino que hay algunos aspectos relacionados con *los efectos* de los contratos ya celebrados que se rigen por normas de otra naturaleza. De allí que sea válida la afirmación del concepto que corre como prueba a folio 123 del expediente, en la parte que expresa:

"1. El Decreto-ley 222 de 1983, es el estatuto que determina de manera general el régimen jurídico a que está sometida la Administración pública nacional en la celebración de sus contratos.

"2. Este estatuto establece los procedimientos que debe observar la Administración nacional en la formación y tramitación de los contratos que celebre, de cualquier naturaleza que estos sean, salvo disposición legal en contrario; clasifica los contratos en 'contratos administrativos' y 'contratos de derecho privado', consagra los principios especiales y las cláusulas exorbitantes del derecho común que rigen los primeros y remite los segundos, en cuanto a sus efectos, no en cuanto a su formación, al régimen jurídico del derecho privado" (Concepto solicitado por el Contralor General de la República a los doctores Mario Latorre Rueda y Alberto Hernández Mora).

6.3.3. Lo anterior ratifica, o mejor, explica el alcance de lo dispuesto por el artículo 25 del Decreto, que hace parte del Título V sobre contratación y que establece los requisitos a que deberá someterse "la celebración de contratos escritos, administrativos *y de derecho privado de la administración*", lo cual hace perfectamente imposible pretender que estos últimos escapen a la regulación del estatuto en comentario. Así las cosas, labor de la doctrina y de la jurisprudencia será precisar cuáles de los 301 artículos que lo integran, son aplicables a los contratos de derecho privado que celebren las entidades que hacen parte de la Administración, pero de lo que si no hay duda es que no puede limitarse tal aplicación a las normas sobre inhabilidades e incompatibilidades, sujeción a la ley colombiana, capacidad y competencia, porque por lo menos el artículo 25 resulta terminante en cuanto a los requisitos que exige para cualquier clase de contrato que celebre la Administración, sea éste administrativo o de derecho privado. Como resulta también terminante el artículo 252 al establecer que los contratos celebrados por los establecimientos públicos que sobrepasen determinadas cuantías, deberán someterse a la aprobación del Ministro o Jefe del Departamento Administrativo al cual se hallen adscritos si no es su representante legal, y en determinados casos, al concepto del Consejo de Ministros y a la revisión de legalidad del Consejo de Estado a través de la Sala de Consulta y Servicio Civil, sin excluir a los de derecho privado.

6.3.4. Frente a las disposiciones comentadas, se ha querido oponer, y así lo hace la parte demandada apoyándose en concepto de la Sala de Consulta de esta Corporación, el artículo 80 del estatuto con-

tractual, diciendo que, como esa norma prescribe expresamente el tratamiento de los contratos de obras públicas, consultoría, suministros, compraventa y permuta de muebles, compraventa y permuta de inmuebles, arrendamiento, prestación de servicios, donación, recuperación de bienes ocultos, concesión de servicios públicos, de correos de acuñación de moneda metálica y de billetes, empréstito y seguros, a contratos como el que es objeto de la presente providencia se le aplican normas generales y especiales distintas de todos modos, a las consignadas en el Decreto-ley 222 de 1983.

Una racional interpretación del estatuto en su conjunto conduce sin embargo a conclusión distinta, porque no es lógico encontrar tan flagrante contradicción como la que plantea la tesis opuesta, entre el artículo 80 y las otras disposiciones también especiales que han sido objeto de análisis en los párrafos anteriores. Luego la manera correcta de aplicar un criterio unitario, será entender que los contratos enumerados por el artículo 80 citado tienen una regulación general consignada en la primera parte del estatuto y una especialísima en cada uno de los capítulos que integran el Título VIII; y que los demás contratos celebrados por la Administración central y sus establecimientos públicos, se rigen por las normas generales de que antes se ha hecho mención y por las demás que, sin contrariar éstas, les sean aplicables también de manera general o especial.

Las interpretaciones distintas conducen a comportamientos arbitrarios y dejan en manos de los entes administrativos la definición y aplicación de estatutos que han de tener origen en la ley misma, como ocurre con los elementos y modalidades de los contratos. La Sala no vacila en afirmar lo anterior, porque el examen del Acuerdo número 25 de 1985 (septiembre 18) expedido por la Junta Directiva del Instituto de Crédito Territorial y "por el cual se dictan normas para estudios, tramitación y ejecución de programas cofinanciados", apoyándose precisamente en la interpretación que contiene el Decreto demandado del Decreto-ley 2033 de 1968 (expedido cuando aún no se había producido la sistematización normativa de los contratos de la Administración y sus entidades descentralizadas), toma el Decreto-ley 222 de 1983, que conforme a lo previsto en el reglamentario 1569 de 1985 no debería aplicarse a aspectos diferentes de las inhabilidades, incompatibilidades, prohibiciones, sujeción a la ley colombiana, y competencia, como quiera que los demás aspectos de la contratación para efectos de los programas cofinanciados deberían someterse exclusivamente a las reglas de derecho privado, toma ese Decreto 222 de 1983, se repite, y lo aplica precisamente en cuestiones que son características de la contratación regida por el derecho público, pero dejando por fuera aspectos tan esenciales como la licitación. En efecto, obsérvense los siguientes artículos del Acuerdo 25 de 1985: 31, facultad para el Instituto de Crédito Territorial de imponer multas a través de resolución que se tramita como acto administrativo creador de situación particular; 32, facultad para imponer mediante resolución cláusula

penal pecuniaria; 33, percepción unilateral de multas y penas; 34, terminación unilateral del contrato, que si se lee con cuidado, consagra como causales las mismas que el Decreto 222 de 1983 consagra como causales de caducidad (art. 62); 35, trámite para declarar la terminación unilateral (caducidad); 36, cláusula compromisoria; 37, actas de liquidación; 38, liquidación unilateral; y 42, establecimiento de un registro de confinanciadores. Todas ellas son disposiciones tomadas directamente del citado Decreto-ley 222 de 1983 a través del Acuerdo también mencionado, disposiciones que contradicen el mismo acto demandado que invocan, por cuanto en él se dice que sólo lo relativo a inhabilidades e incompatibilidades, prohibiciones, sujeción a la ley colombiana, capacidad y competencia, se someterán a aquél estatuto. Todo ello es el resultado de interpretar equivocadamente, por vía reglamentaria, el Decreto-ley 2033 de 1968, que implícitamente no puede contener disposición como la acusada y que resultó desarrollado por el Gobierno sin la perspectiva que plantearon para los contratos de la Administración, el Decreto-ley 150 de 1976, la Ley 19 de 1982 y el Decreto-ley 222 de 1983, normas todas de jerarquía superior al reglamento y por fuera de las cuales, salvo otras de su misma entidad, ninguna repartición administrativa puede establecer preceptos que las contradigan o desconozcan, o escoger algunas para desechar a su arbitrario las demás, variando inclusive la naturaleza de los actos jurídicos constituidos por los contratos, o las formalidades que la ley ha establecido para su celebración, perfeccionamiento y ejecución.

6.3.5. Aún cuando no es materia específica del punto que se viene desarrollando, es necesario precisar que el alcance de la facultad concedida de manera permanente a la Junta Directiva del Instituto de Crédito Territorial para "establecer los sistemas de colaboración del capital privado dentro de los planes del Instituto", no puede consistir en atribución para describir un tipo especial de contrato que haga posible el desarrollo de los programas de vivienda, sino en la necesaria para estimular la cooperación particular utilizando las normas legales y las figuras contractuales vigentes, como ocurriría y ocurre con los denominados programas "P3" en los cuales la participación es tripartida, a saber, el Instituto de Crédito Territorial, el constructor y el adjudicatario mismo; o a través de asociación, mutuo, actividad industrial, etc., pero, se repite, sin pretender el diseño de un contrato no contemplado en las leyes, porque el Instituto de Crédito Territorial, como persona pública no puede hacer, según preceptúa el artículo 20 de la Constitución Nacional, sino aquello que las normas legales le permiten, al contrario de lo que ocurre con las personas privadas que pueden hacer todo lo que la Constitución o la ley no les prohíban o restrinjan.

Las consideraciones anteriores son suficientes 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, teniendo en cuenta que a través del acto acusado se violó el numeral 3 del artículo 120 de la Constitución Política,

Falle:

Primero. Por sustracción de materia, declárase inhibido para resolver de mérito sobre la legalidad de la expresión "el impuesto a las ventas", contenida en el artículo 2º del Decreto reglamentario número 1569 de 1985.

Segundo. Declárase la nulidad del artículo 1º del Decreto reglamentario número 1569 de 1985 en todo cuanto sustrajo de la aplicación del Decreto-ley 222 de 1983 los contratos que celebre el Instituto de Crédito Territorial para procurar la colaboración del capital privado en sus planes.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha diecinueve de enero de mil novecientos ochenta y nueve.

Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Samuel Buitrago Hurtado, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

POTESTAD REGLAMENTARIA. OBLIGACION TRIBUTARIA SUSTANCIAL. OBLIGACION TRIBUTARIA FORMAL.

En general el legislador es soberano en expedir las leyes con tanto detalle como él mismo quiera. Para ponerla en ejecución tiene el Presidente la potestad de complementarla expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarias, de donde se ha concluido que se trata de una potestad residual inversamente proporcional a la ley reglamentada.

Hay dos campos igualmente importantes en materia tributaria y que se complementan entre sí: El que consagra las bases para el nacimiento de la obligación sustancial y el de los deberes formales para con el Estado. El primero indica los sujetos pasivos, el hecho gravable, la tarifa, y en fin los elementos esenciales de la obligación, en tanto que el segundo tiende a proporcionar los medios para la determinación individual, el control y el cobro de los impuestos.

DECLARACION DE RENTA Y PATRIMONIO. CONTADOR. Firma.

Si el legislador extraordinario de emergencia económica adoptó como requisito tributario la firma de contador con consecuencias iguales a las que le atribuye la ley que regula el ejercicio de esta profesión sin advertir ninguna excepción, no podía el reglamento hacerlo.

NULIDAD.

Se declara la nulidad de algunos apartes del Decreto reglamentario 1023 de 1983 (abril 11) por el cual se dictaron normas sobre declaraciones de renta por el año gravable de 1982.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., diecisiete de marzo de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente número 0287. Autoridades nacionales. Fallo.

Actor: Isidoro Arévalo Buitrago.

En ejercicio de la acción pública de nulidad, el ciudadano Isidoro Arévalo Buitrago demandó de esta Corporación declarar nulas y suspender provisionalmente las siguientes disposiciones del Decreto reglamentario 1023 de 1983, por el cual el Gobierno nacional dictó normas aplicables a las declaraciones de renta y patrimonio correspondientes al año de 1982:

A) El artículo 4º, inciso 1º, parágrafo 1º. En subsidio, declarar la nulidad de la expresión "vinculado o no laboralmente a la empresa", contenida en el inciso 1º;

B) El parágrafo 3º del mismo artículo 4º;

C) El artículo 5º, inciso 1º y numerales 1º, 2º y 3º;

D) El artículo 6º, numeral 1º.

Previa reconstrucción del expediente que se destruyó en el nefando asalto al Palacio de Justicia en el mes de noviembre de 1985, se procede a fallar la demanda.

Mediante providencia de junio 26 de 1987 se decretó la suspensión provisional solicitada por el actor sobre la expresión "vinculado o no laboralmente a la empresa" del inciso 1º del artículo 4º y de los artículos 5º y 6º numeral 1º del Decreto 1023 de 1983.

Los cargos formulados:

A) Contra el artículo 4º, inciso 1º, parágrafo 1º, formula el demandante los siguientes cargos:

1º El inciso 1º infringe la Ley 145 de 1960, artículo 1º, inciso 2º, que inhabilita al contador público para dar fe pública sobre actos que interesan a su empleador. Cuando el contador estampa su firma da fe pública de que los actos se ajustan a los requisitos legales y reglamentarios, lo mismo que a los estatutarios en el caso de personas jurídicas. Tratándose de balances, tal firma hace presumir que los datos se han tomado fielmente de los libros, que estos se ajustan a las normas legales y que las cifras registradas en ellos reflejan en forma fidedigna la correspondiente situación financiera de la empresa.

2º El inciso primero y el parágrafo 1º del artículo 4º contradicen el Decreto legislativo 3803 de 1982, artículo 1º, ordinal 4º, porque mientras esta norma legal no distingue entre declaraciones de renta y de ventas y establece firmarlas por revisor fiscal o contador público, la disposición reglamentaria limita a las primeras el requisito y exime a unos contribuyentes del cumplimiento del mismo;

B) El parágrafo 3º del acusado artículo 4º, modifica sustancialmente el artículo 9º de la Ley 145 de 1960 porque reduce a un solo

aspecto la fe pública que esta norma atribuye a la firma del contador público, la cual ampara otros aspectos. Además porque no exige al profesional en mención realizar las mínimas verificaciones previstas en el artículo 208 del Código de Comercio, que desarrolla en criterio del actor el artículo 9º de la Ley 145 de 1960, con lo cual el reglamento estaría dando al balance apariencia de razonabilidad, fidelidad y correspondencia de cifras que en muchos casos puede no ser cierta y con ello el Gobierno auspiciaría "la más inescrupulosa evasión de impuestos y deprimente desmoralización". Además, la Administración no está en capacidad de verificar técnicamente la autenticidad de la firma de los contadores. De otro lado, observa el actor, que el parágrafo impugnado no guarda correspondencia con la sanción que impone el mismo Decreto 1023 de 1983 en su artículo 9º, puesto que la declaración puede contener inexactitudes que no logran detectarse con el simple cotejo de cifras que ha verificado el contador y entonces será sancionado con la cancelación de su matrícula, sin que tenga posibilidad de defenderse como podría hacerlo si estuviera obligado a elaborar los papeles de trabajo que le ordena el artículo 208 del Código de Comercio;

C) Contra el artículo 5º, inciso 1º y numerales 1º, 2º y 3º del Decreto reglamentario 1023 de 1983, formula el ciudadano los siguientes cargos:

Vulnera el artículo 1º del Decreto legislativo 3803 de 1982 y el artículo 1º de la Ley 20 de 1979, por las razones que a continuación se sintetizan:

El numeral 1º no tuvo en cuenta que la Ley 20 de 1979 ordenó reajustar anualmente los valores expresados en moneda nacional y en cumplimiento de ella el Decreto reglamentario 2809 de 1982, de septiembre 28, artículo 1º, determinó que no era obligatorio discriminar en la declaración pagos que no correspondan a rentas de capital o de trabajo, cuando la transacción fuera inferior a $ 73.000.00 y cuyo valor total en el año no excediera de $ 180.000.00. La cifra de $ 100.000.00 establecida en el numeral 1º del artículo 5º del reglamento impugnado desconoce este hecho.

El numeral 2º infringe el Decreto legislativo 3803 de 1982 artículo 1º, ordinales 2 y 3, y el artículo 124 del Decreto legislativo 2053 de 1974, por estas razones:

Dispone el reglamento que cuando la declaración esté firmada por contador público no es necesario relacionar pasivos de cualquier índole cuya cuantía por acreedor sea inferior a $ 200.000.00. La honorable Corte Suprema de Justicia declaró inexequible la expresión "y los reglamentos" contenida en el artículo 1º, ordinales 2º y 3º del Decreto legislativo 3803 de 1982, de donde se deriva que las informaciones para la identificación de ingresos, ventas, costos, deducciones, pasivos, etc., *deben estar señaladas en la ley y no en decretos reglamentarios.*

El Decreto legislativo 2053 de 1974 en su artículo 124 dispone que para que proceda el reconocimiento de deudas el contribuyente está obligado a informar en su declaración el nombre del acreedor, su identificación y la cuantía de la deuda. El Decreto reglamentario, desconociendo esta previsión legal, dispone que si la declaración está firmada por contador, no se requieren tales informaciones, sin fijar limitación alguna.

El numeral 3º fija la suma de $ 100.000.00 para efectos de la identificación de ingresos recibidos para terceros, mientras el artículo 7º del Decreto extraordinario 1651 ordena incluir tales informaciones, sin límite de cuantía;

D) Contra el artículo 6º, numeral 1º del Decreto reglamentario 1023 de 1983, formula el actor las siguientes objeciones:

Contradice el Decreto legislativo 3803 de 1982, artículo 1º, en armonía con el Decreto-ley 2053 de 1974, artículos 54, inciso 4º y 30, inciso 5º.

Los conceptos de la violación se concretan así:

Infringiendo el artículo 1º del Decreto-ley 3803 de 1982, que tal como quedó después de su revisión por la Corte Suprema de Justicia, impide al reglamento establecer requisitos no previstos en la ley, la norma acusada atribuye a la firma del contador público en la declaración la virtud de eximir al contribuyente de la presentación de los certificados exigidos por los artículos 54, inciso 4º y 30, inciso 5º del Decreto legislativo 2053 de 1974.

El concepto del Ministerio Público:

De la vista de fondo del señor Fiscal Tercero de esta Corporación, destaca la Sala los siguientes planteamientos:

El Código de Comercio obliga a todos los comerciantes a llevar contabilidad (art. 19, ordinal 3º). Pero hace algunas distinciones en cuanto a las sociedades sometidas a vigilancia e inspección de autoridades interventoras de la Administración "dado que sus balances de fin de ejercicio han de ser 'certificados', esto es, han de ser suscritos con las firmas autógrafas del representante legal, *el contador de la sociedad y del revisor fiscal,* si lo hubiere (arts. 289 y 290 del C. de Co.); tales sociedades son las bancarias —sometidas al control de la Superintendencia Bancaria— y las meramente comerciales, especificadas en el numeral 1º, literales a), b), c), d) y f) del artículo 267 del Código de Comercio. Las demás sociedades y empresas unipersonales no están sometidas a la vigilancia e inspección de la Superintendencia de Sociedades, como sí las otras, pero, para su ordenamiento interno, *pueden,* si así lo quisieran, organizar su contabilidad bajo los mismos parámetros de los que sí están bajo dicha inspección y vigilancia" (destaca el Fiscal).

Estas razones fueron tenidas en cuenta por el Gobierno al expedir el reglamento tributario, para distinguir entre los contribuyentes obligados a tener revisor fiscal o contador de los que no están; aquéllos deberán presentar sus balances a las autoridades encargadas de su vigilancia, con las firmas, bien del contador, bien del revisor fiscal e igualmente la declaración tributaria, deberán mientras éstos, organizar su contabilidad según las prescripciones oficiales y presentar sus declaraciones firmadas por contador público, si lo tuvieren a bien, de donde concluye el señor Fiscal:

> "No ve la Fiscalía que haya quebranto alguno a la norma de orden superior. La Ley 145 de 1960 prohíbe sí —o inhabilita al contador asalariado— *dar fe pública* sobre actos que interesan a su empleador, pero una cosa es *dar fe pública* y otra muy diferente, firmar un documento. Cuando se da *fe pública,* surge una presunción de veracidad, surge una confianza respecto de los documentos que suscribe en quien la ley ha depositado esa especie de garantía de credibilidad, de tal manera, o mejor, de tal fuerza y entidad que emerge la necesidad de probar lo contrario para quien quiera destruir dicha fuerza y entidad que le otorga la presunción de veracidad; la fe pública es la que reposa en los Notarios, v.gr. y es ello lo que prohíbe el artículo 1º de la Ley 145 de 1960 para los contadores asalariados, por razones de dependencia respecto a su empleador (ver arts. 2576 y ss. del C. C.)".

Concluye en este aspecto el distinguido colaborador Fiscal afirmando, que la suscripción o firma del contador público no otorga la tutela jurídica que da certeza del documento ante los demás, como lo hace la firma del Notario, en quien reposa la fe pública.

No obstante —se pregunta—, si el Código de Comercio ordena que el revisor fiscal o el contador de la empresa deben firmar el balance de las sometidas a inspección y vigilancia estatal "¿por qué no pueden hacer igual menester con la declaración de renta y patrimonio si con ello no están dando fe pública?".

En consecuencia, pide el Ministerio Público revocar la suspensión provisional respecto de la expresión "vinculado o no laboralmente a la empresa..." contenida en el inciso 1º del artículo 4º del Decreto reglamentario 1023 de 1983.

Respecto de los cargos dirigidos al parágrafo 3º del artículo 4º del Decreto en mención, la Fiscalía conceptúa que no existe contradicción con normas superiores por el hecho de que el reglamento atribuya a la firma del contador público en las declaraciones de renta y patrimonio el efecto de certificación de que las cifras del Estado de pérdidas y ganancias y del balance general incorporados en ellas, han sido fielmente tomadas de los libros de contabilidad.

Argumenta el colaborador Fiscal que para certificar estados de pérdidas y ganancias y balances, se requiere precisamente, la calidad de contador público (Ley 145 de 1960, art. 8º); para destruir la presunción de veracidad de la certificación bastaría una simple revisión de los libros de contabilidad. Por ende, concluye, se debe denegar la súplica de la demanda en relación con esta norma, que no fue suspendida.

Sobre el artículo 5º, inciso 1º y numerales 1, 2 y 3 del artículo 5º del Decreto 1023 de 1983, el Ministerio Público conceptúa que debe anularse, no por violación del artículo 1º del Decreto legislativo 3803 de 1982, sino del Decreto extraordinario 2053 de 1974, cuyo artículo 124, norma superior, "señala cuál ha de ser la información que suministre el contribuyente para la identificación de ingresos, ventas, deducciones, descuentos, créditos, retenciones, etc.

> "Es evidente —dice el Fiscal— que el Decreto legislativo 3803 de 1982 —que más bien podría calificarse de 'extraordinario' puesto que fue dictado en virtud de las facultades de 'emergencia económica'— sufrió una 'modificación' en virtud de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de fecha 3 de marzo de 1983 (Expediente 1020) que declaró todas aquellas palabras, vocablos, frases u oraciones en que difiere su desarrollo *'al reglamento'*, por corresponder a un plazo posterior al precisado por la Carta para lo que atañe a dictar 'decretos especiales' por la figura de la emergencia económica. Pero la facultad de reglamentar que tiene el Gobierno proviene de un mandato constitucional suficientemente claro: La potestad de 'ejercer la potestad reglamentaria expidiendo órdenes, decretos y resoluciones necesarios para la cumplida ejecución de las leyes' (ordinal 3º, art. 120 de la C. N.)".

En relación con el artículo 6º, numeral 1º del Decreto acusado, considera la agencia fiscal, que debe decretarse su nulidad, por cuanto suple exigencias legalmente previstas, materia vedada al reglamento.

Por último observa el Ministerio Público que "es necesario aclarar que el Decreto 1023 de 1983 no sólo es reglamentario del 'extraordinario' 3803 de 1982, sino de toda la normatividad sobre declaraciones de renta y patrimonio del año gravable de 1982 y por ende no se prolongaba en el tiempo. En este aspecto, la Fiscalía se remite a lo que ha definido el Consejo de Estado en fallo de 10 de octubre de 1962 (*Anales*, T. LXV, números 399 y 400, págs. 43 y ss.) pues sin duda, en el caso del artículo 4º del Decreto que aquí se juzga, se trata de una disposición que reglamenta algo susceptible de regulación reglamentaria, por corresponder a algo propio del Gobierno como suprema autoridad administrativa..."

Consideraciones de la Sala:

I. *Potestad reglamentaria.* Sus alcances en materia tributaria.

Es abundante la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la naturaleza y los alcances de la potestad reglamentaria que la Constitución Nacional le otorga al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa en el numeral 3 del artículo 120 y que la ejerce "expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarios para la cumplida ejecución de las leyes".

Lo esencial —ha dicho el Consejo— no es la forma sino el contenido del acto, el cual implica medidas que sin extralimitarla, limitarla o contrariarla, tengan por objeto facilitar la ejecución de las leyes. El campo de acción del Gobierno en esta materia está delimitado por una parte, por el texto, el contenido implícito, el sentido mismo y, la finalidad específica de la ley que reglamenta, actuando con cierta desenvoltura y agilidad y por otra parte, sin caer en el extremo de regular lo que es materia propia del legislador (Seción 2ª auto de febrero 24 de 1984, Sección 1ª sentencia noviembre 23 de 1984, mayo 29 de 1985 y otros).

Hay dos campos igualmente importantes en materia tributaria y que se complementan entre sí: El que consagra las bases para el nacimiento de la obligación sustancial y el de los deberes formales para con el Estado. El primero indica los sujetos pasivos, el hecho gravable, la tarifa, y en fin los elementos esenciales de la obligación, en tanto que el segundo tiende a proporcionar los medios para la determinación individual, el control y el cobro de los impuestos.

Uno y otro son materias propias de la *ley*, puesto que los particulares sólo responden ante las autoridades tanto de la obligación sustancial como de los deberes formales, en cuanto provengan de la ley que es la única fuente o como dice el artículo 34 de la Ley 57 de 1887: Las obligaciones "que nacen de ley se expresan en ella".

Sin embargo, es necesario recordar que mientras la ley que crea el impuesto debe ser lo más completa y clara posible en la indicación de los elementos que sustancialmente configuran el nacimiento del impuesto, la procedimental no constituye un fin en sí misma sino un medio; es ley instrumental en el sentido que debe proporcionar al Presidente los mecanismos adecuados para que éste pueda cumplir con otra facultad que le atribuye la Constitución en esta materia: "Cuidar de la exacta recaudación y administración de las rentas y caudales públicos, y decretar su inversión con arreglo a las leyes", conforme al texto del numeral 11 del artículo 120.

El procedimiento, dentro de un marco de legalidad en el funcionamiento de la administración, debe tender a cumplir con un fin primordial que es la "exacta recaudación y administración de las rentas" y simultáneamente el respeto y protección de las garantías sociales de los contribuyentes, como el derecho de defensa y el debido proceso, primordialmente.

En general el legislador es soberano en expedir las leyes —con tanto detalle como él mismo quiera—. Para ponerla en ejecución tiene el Presidente la potestad de complementarla expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarias, de donde se ha concluido que se trata de una potestad residual inversamente proporcional a la ley reglamentada.

Pero de la característica anotada no puede deducirse que indistintamente pueda sustituir al legislador en aquellas materias que son propias de la órbita de éste. Al entender de la Sala este criterio coadyuvó a que la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de 3 de marzo de 1983 (Expediente número 1020. Magistrado: Luis Carlos Sáchica) declarara inconstitucional todas aquellas partes del Decreto legislativo 3803 de 1982 que deferían al reglamento la regulación de aspectos que consideró propios de la ley.

Para los fines del presente fallo, resultan ilustrativos los siguientes apartes:

> "a) Encuentra la Corte, que todas aquellas disposiciones en las cuales el Gobierno defiere a los reglamentos, o a una determinación posterior al plazo señalado para ejercer las facultades de emergencia son inconstitucionales, porque o están transfiriendo indebidamente materias que son propias de la ley a una regulación de naturaleza administrativa, como son los actos fundados en la potestad reglamentaria que al Presidente de la República atribuye el ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución, o implican una autoprórroga de las facultades de la emergencia para su desarrollo posterior, lo cual también es contrario al artículo 122 en el aspecto de la temporalidad de los poderes excepcionales.
>
> "Tal tacha afecta a las siguientes disposiciones:
>
> "En el artículo 1º, ordinales 2º y 3º, la expresión 'y los reglamentos'; en el ordinal cuarto la expresión 'en las condiciones y cuantías que determine el reglamento'; en el parágrafo 1º del mismo artículo primero, la expresión 'en las condiciones y cuantías que determine el reglamento'.
>
> "En el artículo 3º, la parte que dice: 'Así mismo, determinará las pruebas que puedan suministrarse dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha del vencimiento del plazo para declarar o con la respuesta a los requerimientos'.
>
> "……
>
> "En el artículo 17, la expresión 'o el reglamento'.
>
> "……

"En el artículo 59, la expresión 'o los reglamentos'.

"En el artículo 60, la expresión 'o los reglamentos'.

"En el artículo 70, la expresión 'y en la forma indicada por el Gobierno' ".

El análisis de esta providencia conduce a concluir que fue la propia Corte la que señaló como terreno vedado al reglamento, o sea, al Presidente en uso de su facultad ejecutora de la ley, los siguientes temas que interesan en esta oportunidad:

a) El de señalar condiciones y cuantías para la firma de contador en las declaraciones tributarias de los contribuyentes obligados a llevar libros de contabilidad (art. 1º, ordinal 4º);

b) La de señalar condiciones y cuantías sobre el deber de identificar en la declaración las personas de las cuales devengan ingresos (parágrafo del art. 1º);

c) Señalar las omisiones de la declaración que se permite subsanar dentro del término para contestar el requerimiento especial (art. 17);

d) Establecer los términos en que se debe suministrar identificación de los beneficiarios de pagos, pasivos y créditos so pena de incurrir en el desconocimiento del respectivo costo, deducción o pasivo y en la sanción especial del 1% o del 2% (art. 59).

Los cargos contra el Decreto 1023 de 1983:

A) *Firma del contador-empleado.*

La Ley 145 de 1960 que regula el ejercicio de la profesión de contador, dispone que "la relación de dependencia laboral inhabilita al contador para dar fe pública sobre actos que interesen a su empleador, salvo en lo referente a las funciones propias de los revisores fiscales de las sociedades".

El Decreto reglamentario acusado, luego de establecer la necesidad de presentar la declaración de renta de los obligados a llevar contabilidad con la firma de un contador, precisó los alcances de tal firma en el sentido de que *certifica* que las cifras de estados financieros "incorporados al formulario de la declaración de renta *han sido fielmente tomados de los libros de contabilidad*" (parágrafo 3º, art. 3º); además exoneraba de presentar una serie de informaciones obligatorias para los demás declarantes (art. 5º) y según el artículo 6º suplía la obligación de presentar algunas pruebas exigidas por la ley o por el reglamento.

Y, el artículo 9º dispuso que de conformidad con el artículo 133 del Decreto-ley 1651 de 1961 los contadores quedaban sujetos a la

cancelación de su inscripción pública al demostrárseles participación en inexactitudes o falsedades allí señaladas, sin perjuicio de las sanciones penales correspondientes.

Estas consecuencias atribuidas a la firma del Contador en la declaración son equiparables a las que indica el artículo 9º de la Ley 145 de 1960, cuando dispone que "la atestación y firma de un contador público, hará presumir salvo prueba en contrario ...(tratándose de balances)...que los saldos se han tomado fielmente de los libros..." Esta presunción que en principio favorece al contribuyente, no impide que la Administración obtenga "prueba en contrario" en desarrollo de sus facultades de verificación e inspección.

La Sala observa que si de conformidad con este reglamento la firma de contador adquiere el mismo alcance que en la Ley 145 de 1960 al presumir que los datos se tomaron fielmente de los libros, que si la responsabilidad del contador quedaba comprometida en igual forma a la establecida en dicha ley y sujeto a las mismas sanciones, es posible concluir que la previsión contenida en ésta, sobre inhabilidad del contador subordinado, también fuera aplicable en el campo de la formalidad tributaria.

Si el legislador extraordinario de emergencia económica adoptó como requisito tributario la firma de contador con consecuencias iguales a las que le atribuye la ley que regula el ejercicio de esta profesión sin advertir ninguna excepción, no podía el reglamento hacerlo. Máxime cuando la Corte precisó que era contrario a la Constitución dejar al reglamento la posibilidad de regular condiciones y plazos que competen al legislador.

Conviene aclarar que con posterioridad la misma Corte Suprema de Justicia encontró constitucionalmente viable la consagración del mismo sistema de la firma del contador "vinculado o no laboralmente a la empresa" adoptada en los artículos 4º, 6º, 7º y 9º del Decreto extraordinario 2503 de 1987 pero en consideración a que se trataba de normas de igual jerarquía: Estando dentro de la órbita de sus facultades extraordinarias, le era posible al Ejecutivo introducirle una excepción a otro ordenamiento legal.

En sentencia número 65 de 16 de junio de 1988, con ponencia del Magistrado Hernando Gómez Otálora la Corte, expresó:

> "Las disposiciones demandadas, tal como lo interpreta la Corte, tienen por objeto establecer los requisitos que deben llenar las declaraciones tributarias, entre los cuales la firma de contador público tiene especial importancia por cuanto da fe, bajo la responsabilidad legal del firmante, sobre la veracidad de las informaciones que en dichas declaraciones se incluyan.

"Mediante la exigencia de esas firmas, se da desarrollo a las facultades extraordinarias, en cuanto al efectivo control y determinación de los impuestos, uno de cuyos elementos fundamentales consiste en fijar la información a las pruebas que se requieran en las actuaciones tributarias (art. 90, ordinal 1º, literal a, de la Ley 75 de 1986).

"No son, entonces, preceptos enderezados a la modificación de las normas legales que rigen la profesión del contador público, como lo sostiene el demandante.

"Desde luego, puesto que al ejercer facultades extraordinarias cumple el Ejecutivo una función legislativa, le es posible, dentro del ámbito de las facultades, introducir excepciones a reglas generales plasmadas en otras leyes sin que pueda pensarse que por hacerlo está violando dichas leyes, ya que se trata de normas con idéntica jerarquía. Así sucede en esta ocasión, pues el Gobierno, revestido de facultades extraordinarias para determinar por acto con fuerza de ley, la información y las pruebas que se requieren en las actuaciones tributarias, exigió para las declaraciones la firma de contador público, bien sea éste independiente o laboralmente vinculado a la respectiva empresa, con lo cual no cambió el principio general de la inhabilidad plasmada en la Ley 145 de 1960 sino que consagró una excepción al mismo, aplicable tan sólo respecto de las declaraciones tributarias, cuyos requisitos mínimos le era dado prever sin exceso en el uso de las facultades extraordinarias".

El anterior raciocinio de la Corte indica a esta Sala que la excepción a un estatuto legal podía el Ejecutivo establecerla en uso de sus facultades extraordinarias, mas no podía el mismo Ejecutivo establecerla en uso de la potestad reglamentaria.

En consecuencia, se acepta el cargo contra la expresión "vinculado o no laboralmente a la empresa" utilizada en el artículo 4º del Decreto reglamentario 1023 de 1983, mas no las demás acusaciones al mismo artículo.

B) *Alcance de la firma de contador.*

Dispuso el parágrafo 3º del artículo 4º del Decreto reglamentario 1023 de 1983 que se examina, que la firma de contador certifica que los estados financieros que incorporan al formulario de la declaración de renta "han sido tomados fielmente de los libros de contabilidad".

La fidelidad de los libros de contabilidad es uno de los efectos que a la atestación y firma de un contador público le da el artículo 9º de la Ley 145 de 1960, de tal suerte que no hay contradicción sino coincidencia con éste.

La circunstancia de que el reglamento cuestionado no hubiere mencionado otros efectos que atribuye el mismo artículo 9º de la Ley 145 de 1960 (que el acto se ajusta a los requisitos legales y a los estatutarios en el caso de las personas jurídicas) no constituye violación, ni excepción a la norma legal. Esto porque mal podría el reglamento extender a la firma en la declaración de renta los efectos que la firma del contador tiene en documentos que son propios de su oficio, resultado de su trabajo directo y su responsabilidad, como son los estados financieros. De ahí que reducir los efectos al aspecto de fidelidad del traslado de tales estados a la declaración de renta es apenas razonable y concuerda con las previsiones de la Ley 145 de 1960.

En consecuencia, no prospera el cargo.

C) *Exoneración de información tributaria.*

Según el artículo 5º cuando la declaración del obligado a llevar contabilidad se presente con la firma de contador o revisor Fiscal, queda exonerado de presentar las relaciones discriminadas de ingresos y pagos menores de $ 100.000.00 y pasivos de $ 200.000.00.

Para la época en que se dictó el Decreto reglamentario materia de acusación, o sea el mes de abril de 1983, el contenido y formalismo de la declaración tributaria estaba reglado por los decretos de emergencia económica 3803 de 1982 con las modificaciones que le introdujo el Decreto legislativo 398 de febrero 10 de 1983.

El primero de los mencionados había derogado expresamente y en su integridad los artículos 15 y 19 de la Ley 52 de 1977 que contemplaban la división de datos de la declaración en básicos y derivados y la necesidad de diligenciar los anexos oficiales con la información exigida por las normas específicas de cada tributo o por los reglamentos para la aceptación de los datos básicos.

El Decreto 3803 derogó estas disposiciones en consideración a la nueva regulación dada en su artículo 1º (parcialmente modificado por el Decreto 398 de 1983). Originalmente esta nueva disposición hace referencia a informaciones, requisitos y pruebas señaladas, además de la ley, por los reglamentos; pero todas estas expresiones fueron suprimidas por la Corte en el ya mencionado fallo de 3 de marzo y el propio Gobierno borró mediante el artículo 1º del Decreto 398 de 1983 la que traía el numeral 3º (relacionada con certificaciones y pruebas para la fijación de bases gravables).

Independientemente de la evolución que posteriormente tuvo la legislación en esta materia, para los efectos del negocio que se resuelve en esta ocasión, es preciso concluir que en el mes de abril de 1983, el Gobierno carecía de facultad para exonerar mediante reglamento de

los requisitos e informes que por ley debían cumplir los contribuyentes en la declaración de renta correspondiente al año gravable de 1982.

En consecuencia, todo el artículo 5º habrá de declararse nulo: El numeral 1º además porque, evidentemente, el Decreto 2809 de 1982 con arreglo al ajuste de tarifas autorizadas por el artículo 1º de la Ley 20 de 1979 había fijado en $ 73.000.00 el límite para pagos por conceptos diferentes a rentas exclusivas de capital y de trabajo; el ordinal 2º relativo a pasivos, porque el artículo 124 del Decreto 2053 de 1974 no excluyó de la obligación de identificar acreedores en razón de la cuantía y el numeral 3º relativo a ingresos para terceros porque el artículo 7º del Decreto extraordinario 1651 estableció la obligación sin mínimo de cuantía.

D) *Pruebas sobre ajustes por diferencias en cambio.*

El artículo 6º en el ordinal 1º exonera de la obligación de prestar las informaciones y pruebas sobre ajustes por diferencia en cambio de que tratan los artículos 30 y 54 del Decreto 2053 de 1974, normas éstas que por tener fuerza de ley no podía el reglamento modificar exonerando de cumplir las obligaciones allí impuestas a un grupo de contribuyentes.

Prospera el cargo.

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

Falla:

Declárase que son nulas las siguientes partes del Decreto reglamentario 1023 de 1983 (11 de abril), por el cual se dictaron disposiciones reglamentarias en materia de declaración de renta y patrimonio por el año gravable de 1982:

A) La expresión "vinculado o no laboralmente a la empresa", contenida en el artículo 4º;

B) El artículo quinto (5º);

C) El numeral 1º del artículo sexto (6º).

No se accede a las demás súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y archívese el expediente. Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Carmelo Martínez Conn, Presidente —Ausente—; *Jaime Abella Zárate, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado T., Secretario.

DECLARACION TRIBUTARIA. INFORMACION TRIBUTARIA.

Las declaraciones de renta extemporáneas llevan de por sí la respectiva sanción, sin que sea procedente agregarles otra sanción por no haber presentado las informaciones sobre ingresos, pagos y créditos.

Se declara la NULIDAD de la expresión "o dentro de los dos meses siguientes al vencimiento del plazo legal para declarar", contenida en el primer inciso del artículo 27 del Decreto reglamentario 80 de 1984 (enero 18).

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., doce de mayo de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente número 1720. Autoridades nacionales. Fallo.

Actor: Emilio Wills Cervantes contra Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, el ciudadano Emilio Wills Cervantes demandó del Consejo fuera declarada la nulidad de la expresión "o dentro de los dos meses siguientes al vencimiento del plazo legal para declarar", contenida en el artículo 27 del Decreto 80 de 1984 (enero 18) por medio del cual el señor Presidente de la República dictó disposiciones reglamentarias en materia de declaración de renta por el año de 1983.

Al admitir la demanda por auto de 3 de julio de 1987 se ordenó la suspensión provisional, la cual fue confirmada en Sala de Decisión por auto de 26 de octubre del mismo año. Surtido el trámite de rigor, sin advertir causales de nulidad y oído el concepto del señor Fiscal Tercero (vista número 63-88) la Sala procede a decidir.

Planteamiento:

La norma, con subraya en la parte acusada dispone:

ARTICULO 27. "De conformidad con el parágrafo 1 del Decreto 3803 de 1982, el artículo 59 del mismo decreto y el

artículo 16 del Decreto 398 de 1983, los contribuyentes que no suministren en su declaración tributaria *o dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo legal para declarar*, la identificación de las personas de quienes se devengan los ingresos y de los beneficiarios de los pagos, pasivos y créditos, incurrirán en las siguientes sanciones...".

Consideró el demandante que con esta norma se incurrió en desbordamiento de la facultad reglamentaria con violación del numeral 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional y las siguientes normas de nivel legal: El parágrafo 1 del artículo 1º y el artículo 59 del Decreto legislativo 3803 de 1982, que disponen:

"*Artículo 1º* La declaración tributaria deberá contener:

"1. .....

"Parágrafo 1º Los contribuyentes deben informar en su declaración tributaria, el nombre y apellido o razón social y número de identificación tributaria (NIT) de las personas de las cuales devengan sus ingresos.

"El incumplimiento de este requisito se sancionará con una multa del 2% (art. 16 del Decreto 398 de 1983) sobre los ingresos respecto de los cuales no se hubiere dado la información de que trata este parágrafo.

".....

"*Artículo 59.* Los contribuyentes que no suministren en su declaración tributaria la identificación de los beneficiarios de los pagos, pasivos y créditos, en los términos exigidos por la ley...incurrirán en el desconocimiento de los respectivos costos, deducciones, pasivos y descuentos y en una sanción de uno por ciento (1%) y en el evento de pasivos créditos, y del dos por ciento (2%) (Decreto 398 de 1983, art. 16) en los demás casos; que se calculará tomando como base la suma respecto de la cual no se suministró la información exigida. Esta última sanción se aplicará sin perjuicio de que el contribuyente subsane tales omisiones.

".....".

Siguiendo el resumen de la Fiscalía: El demandante "manifiesta que la norma reglamentada estableció una sanción para los contribuyentes que no suministran en su declaración tributaria la identificación de los beneficiarios de los pagos, en los términos exigidos por la ley sin tener en cuenta que la Corte Suprema de Justicia declaró inexequible

los apartes del Decreto 3803 de 1982 en los cuales se pretendió deferir a los reglamentos la fijación de algunos requisitos.

"Que el Decreto acusado confunde el concepto de declaración tributaria con el momento de presentación de la declaración, lo cual trae consecuencias jurídicas bien distintas.

"Que en este mismo orden de ideas el Decreto reglamentario varió los elementos constitutivos de la infracción tributaria instaurada por el Decreto legislativo, llegándose a establecer una nueva sanción para el contribuyente que presente su declaración en forma extemporánea.

"Y que, de todas maneras, el artículo 27 del Decreto 80 de 1984 reglamentó una norma que no requería reglamentación alguna".

El delegado de la Administración de Impuestos Nacionales defendió la norma acusada manifestando que el citado artículo 27 involucró no sólo los artículos 1º y 59 del Decreto 3803 de 1982 sino el 71 de la Ley 9ª de 1983 que permitió corregir las declaraciones así:

"El contribuyente podrá corregir los errores o modificar los factores de su declaración tributaria, dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha del vencimiento del término para declarar".

Considera que hubo un resumen de las tres normas de carácter superior, involucradas en la norma reglamentada, sin llegar a extralimitarlas, lo cual se habría presentado si el reglamento hubiera dispuesto que la declaración fuera *oportuna* para que el contribuyente no fuera objeto de sanción.

Entiende que el reglamento quiso aclarar que la información solicitada por el Decreto 3803 de 1982 "no solamente pueda cumplirse en la declaración tributaria (oportuna o extemporánea), sino también dentro del plazo para corregir el denuncio, el cual es de dos meses a partir del vencimiento del plazo legal para declarar".

Afirma que el ejercicio de facultad reglamentaria se hizo dentro del marco constitucional y resume su interpretación así:

"En consecuencia, se debe entender que la información respecto a la identificación de las personas de quien se devengan ingresos y de los beneficiarios de pagos, pasivos y créditos, para no ser sujetos de sanción debe ser presentada en cualquiera de estos tres momentos:

"a) Con la declaración tributaria oportunamente presentada;

"b) Con la declaración tributaria presentada extemporáneamente; y

"c) Dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo para declarar".

El abogado Hernando Franco Murgueitio ejerció la facultad ciudadana de intervenir en la acción pública y se opuso a la demanda considerando que en el examen del artículo 27 acusado se debe involucrar además del artículo 1º del Decreto 3803 de 1982 (parcialmente modificado por el 1º del 398 de 1983), el artículo 64 de la Ley 9ª de 1983. Entiende por declaración tributaria no sólo el formulario sino el conjunto integrado con las informaciones y pruebas que exige el artículo 1º del Decreto 3803 y normas que la complementan y abarca además el término de corrección de la misma que se desintegrarían de ser aceptada la pretensión de la demanda.

En cuanto a la influencia de los plazos para declarar y corregir observa que:

"...una declaración tributaria presentada de manera oportuna es aquella resultante de aunar los documentos entregados dentro del término inicial y aquellos suministrados dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento de ese primer plazo. E información extemporánea es aquella suministrada por fuera del plazo inicial o con posterioridad al vencimiento de los dos (2) meses siguientes al fenecimiento del término primero.

"Todo lo dicho permite afirmar que los parámetros temporales indicados en el artículo 27 del Decreto reglamentario 80 de 1984 no rebasan las indicaciones aparecidas en el artículo 59 del Decreto 3803 de 1982, norma última ésta que estipula al suministro de información con la 'declaración tributaria' del contribuyente.

"En palabras finales, el artículo 27 del tantas veces mencionado Decreto reglamentario 80 de 1984 tan solo busca clarificar que la extemporaneidad en la entrega de relaciones e información es sancionable, sin perjuicio de que lo aportado con posterioridad al cierre del lapso también entre a constituir 'la declaración tributaria' del informante".

El señor Fiscal Tercero luego de hacer unas atinadas observaciones sobre los alcances de la potestad reglamentaria del Presidente que no considera desbordada con la norma acusada, en la cual ve por el contrario, una interpretación sistemática y armónica de los artículos 1º y 59 del Decreto 3803 de 1982 y especialmente con el artículo 71 de la Ley 9ª de 1983, hace las siguientes precisiones:

—La declaración de renta y patrimonio es un acto que puede ser corregido o modificado, sobre lo cual la ley prevé varias situaciones:

—Las declaraciones deben presentarse dentro de los plazos que señale el Gobierno nacional; las presentadas después incurren en sanción por extemporaneidad.

—El artículo 71 de la Ley 9ª de 1983 permite corregir errores o modificar los factores pero, agrega, "es indudable que esta disposición contempla el caso de declaraciones que sean presentadas oportunamente" y considera que esta norma fue tenida en cuenta en la reglamentación contenida en el artículo 27 acusado, "así ésta no lo diga expresamente".

Luego de resumir el contenido del parágrafo 1º del artículo 1º y del artículo 59 del Decreto 3803 de 1982 razona así:

> "Como estas dos últimas normas se refieren al cumplimiento de ciertos requisitos *en la declaración tributaria* y como, además, no hacen distinción entre declaraciones presentadas oportuna o extemporáneamente, podría pensarse que los contribuyentes pueden *en cualquier tiempo* cumplir los mencionados requisitos y evitarse así la sanción.
>
> "Sin embargo, también puede pensarse que el artículo 71 de la Ley 9ª de 1983 modificó tácitamente a los artículos 1º, parágrafo 1º, y 59 del Decreto 3803 de 1982, al disponer que el 'contribuyente podrá corregir los errores o modificar los factores de su declaración tributaria, dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha del vencimiento del término para declarar'.
>
> "En estas condiciones, no es equivocado afirmar que el artículo 27 del Decreto reglamentario 80 de 1984, al expresar que de conformidad con el parágrafo 1º del artículo 1º del Decreto 3803 de 1982, el artículo 59 del mismo decreto y el artículo 16 del Decreto 398 de 1983, los contribuyentes que no suministren en su declaración tributaria, *o dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo legal para declarar* incurrirán en determinadas sanciones, no hizo más que ceñirse a esas mismas disposiciones y al artículo 71 de la Ley 9ª de 1983, que también es objeto de reglamentación por parte de la norma acusada, así ésta no lo diga expresamente".

Para resolver, se considera:

Comparte la Sala el criterio expuesto por los opositores a la demandante en el sentido de que el asunto planteado requiere considerar incluidas en el reglamento acusado otras normas de carácter legal como la Ley 9ª de 1983, varios de cuyos artículos fueron reglamentados y mencionados por el Decreto reglamentario 80 de 1984.

Ello es así no solamente porque la Ley 9ª de 1983 ya regía desde el mes de junio de 1983, sino porque el Decreto 80 no se propuso reglamentar un solo estatuto legal sino en general, como reza su encabezamiento, "por el cual se dictan disposiciones reglamentarias en materia de declaración de renta y complementarios por el año de 1983, se fijan lugares y plazos para su presentación y para el pago de la correspondiente liquidación privada" y en esta materia hay normas tanto en el Decreto 3803 de 1982 como en la Ley 9ª de 1983.

Dentro de ellas influyó el artículo 71 de la Ley 9ª que permitió "corregir los errores o modificar los factores dentro de los dos meses siguientes al vencimiento del término para declarar", pues sin duda, por esta razón el artículo acusado aunque sin mencionar el número del artículo, incorporó la expresión "dentro de los dos meses siguientes al vencimiento del plazo legal para declarar", que coincide en general con el texto del artículo 71 transcrito.

Pero esta incorporación que, según el señor delegado de la entidad oficial, tuvo por objeto permitir que la información pudiera ser presentada tanto en declaración oportuna como en la extemporánea, produjo el efecto exactamente contrario al deseado.

Al repasar las normas que intervienen en el problema se observa lo siguiente:

—El parágrafo 1º del artículo 1º del Decreto 3803 contiene dos incisos: En el primero consagra el deber de los contribuyentes de informar en su declaración tributaria la identificación de las personas de las cuales devengan sus ingresos; en el segundo sanciona el incumplimiento de este requisito con una multa del 2% sobre los ingresos respecto de los cuales no se diere la información requerida.

—El artículo 59 del mismo Decreto 3803 de 1982 se refiere al deber de suministrar en la declaración tributaria informaciones, también de identificación, de las personas beneficiarias con pagos hechos por el contribuyente y consagra la respectiva sanción por su incumplimiento.

—El artículo 71 de la Ley 9ª de 1983 (junio 15) como se dijo, estatuyó a favor del contribuyente la posibilidad de corregir los errores o modificar los factores de su declaración tributaria, "dentro de los dos meses siguientes a la fecha del vencimiento del término para declarar".

Sobre este artículo en particular, conviene hacer la aclaración de que el legislador de 1983 redujo el plazo para hacer correcciones a la declaración de 6 meses a dos meses, precisó los motivos admisibles a los de corregir errores o modificar factores y conservó el sistema implantado desde 1974 (Decreto 2821, art. 7º) en el sentido de que el término para corregir se cuenta a partir, no de la presentación de la declaración, sino a partir del vencimiento del término para declarar.

Una de las consecuencias de esto último, como acertadamente lo anota el Fiscal Tercero, es que esta disposición contempla el caso de las declaraciones que sean presentadas oportunamente o dicho en otras palabras, que las declaraciones extemporáneas en dos o más meses, precisamente por ser presentadas después del término para declarar, carecen del derecho a ser corregidas, por la sencilla razón de que cuando se presenten ya está vencido el término concedido para ello por el citado artículo 71.

—El artículo 27 del Decreto 80 de 1984 no reglamenta el aspecto del deber de presentar informaciones de identificación de terceros, el cual fue detenidamente contemplado en los artículos 2º, 3º y 4º, sino el aspecto de la sanción derivada de su incumplimiento. Es así como está estructurado: "De conformidad con... los contribuyentes que no suministren en su declaración tributaria... *incurrirán en las siguientes sanciones:*..." (1-para la de ingresos y 2-para los egresos y créditos).

Y, al preguntar cuáles son los posibles sujetos de tales sanciones?, el artículo responde: "Los contribuyentes que no suministren en su declaración tributaria o dentro de los dos meses siguientes al vencimiento del plazo para declarar" lo que significa que si ni en la declaración presentada ni en el término de los dos meses para corregir, incluyeron la información, se causa sanción.

De donde resulta que la expresión "o dentro de los dos meses siguientes al vencimiento del plazo para declarar" viene a constituir el último plazo de que gozan los contribuyentes para presentar tales informes y si lo hacen después, incurren en la sanción de todas maneras por no haberlo hecho antes.

Este es el raciocinio que lleva a la conclusión de que las declaraciones extemporáneas automáticamente generan sanción aunque lleven las informaciones requeridas por el parágrafo 1º del artículo 1º y por el artículo 59 del Decreto 3803 de 1982, como lo ha sostenido y criticado el demandante.

Pero esta conclusión que nace del análisis del artículo 27 del Decreto reglamentario, es contraria a la que surge de los términos simples utilizados por la norma con fuerza de ley que reglamenta, como el mencionado parágrafo primero del artículo 1º que dice: "Los contribuyentes deben informar en su declaración tributaria, el nombre y apellido ..." y el artículo 59: "Los contribuyentes que no suministren en su declaración tributaria la identificación..."

De estos textos legales no cabe ninguna duda sobre las declaraciones extemporáneas, en el sentido de que por el sólo hecho de serlo no generan dicha sanción y pueden incluir las relaciones sin temor a incurrir en sanción por la extemporaneidad en su presentación, distinta a la sanción específica que genera ésta.

Por ese motivo se consideró que el reglamento adicionó no sólo de manera innecesaria la ley, sino que le introdujo un factor de confusión.

Si se trataba de aclarar que dentro del término de corrección de errores y modificar factores (art. 71, Ley 9ª), también era admisible presentar informaciones omitidas en la declaración ya presentada, ese no era lugar ni la forma adecuados para decirlo.

Además, las declaraciones extemporáneas llevan de por sí la respectiva sanción, sin que sea procedente agregarles otra sanción por no haber presentado las informaciones sobre ingresos, pagos y créditos. No se puede por reglamento establecer sanciones no contempladas en la ley, máxime cuando los términos utilizados por ésta son suficientes para su cabal entendimiento.

Estas consideraciones llevan a la Sala, apartándose de su colaborador Fiscal, a acceder a la súplica de la demanda.

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

Falla:

Declárase la nulidad de la expresión *o dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo legal para declarar,* contenida en el primer inciso del artículo 27 del Decreto reglamentario 80 de 1984 (enero 18).

Cópiese, notifíquese, comuníquese y archívese el expediente. Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Carmelo Martínez Conn, Presidente; *Jaime Abella Zárate, Guillermo Chahín Lizcano,* Con salvamento de voto; *Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado T., Secretario.

ACTO ADMINISTRATIVO. Determinación (Salvamento de voto).

Como la demanda no fue entablada contra un acto administrativo, sino contra una oración, que si bien hace parte de un acto administrativo, por sí sola e independientemente del resto de oraciones o proposiciones que lo integran, no tiene tal carácter, la decisión debe ser inhibitoria.

Referencia: Expediente número 1720.

Actor: Emilio Wills Cervantes.

La razón que me determinó a salvar el voto es la de que estimo que la decisión en el presente caso no debió ser de mérito, sino inhibitoria, toda vez que, como la demanda no fue entablada contra un acto administrativo, sino contra una oración, que si bien hace parte de un acto administrativo, por sí sola e independientemente del resto de oraciones o proposiciones que lo integran, no tiene tal carácter, la sentencia de mérito carece de objeto, por cuanto ella según lo dispone la ley está dirigida a anular o a declarar la legalidad de "actos administrativos".

Al tenor de lo previsto por los artículos 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo son los actos administrativos el objeto de la demanda contenciosa y en manera alguna las palabras o vocablos como conjunto de sonidos que expresan una idea. Es imposible desde el punto de vista ideológico establecer que de una palabra o agrupación de palabras con sentido gramatical pueda predicarse la nulidad jurídica por violación de norma superior, a menos, y esto es improbable que ocurra, que *per se*, constituyan un acto administrativo, en los términos que tal institución jurídica está definida en el artículo 83 del Código Contencioso Administrativo.

Adicionalmente, la anulación de partes o expresiones gramaticales de un acto administrativo implica o trae como consecuencia, la reforma o modificación de dicho acto, lo cual no es función ni competencia propia del Juez administrativo. No lo son, al menos, en relación con la acción de nulidad, aunque admito que de acuerdo con el artículo 170 del Código Contencioso Administrativo si pueden serlo cuando se ejercitan las acciones previstas en los artículos 85 a 88 de la ley administrativa.

Estas las razones que, sin menoscabo del respeto intelectual que profeso por mis colegas, me hacen disentir de la solución plasmada en la sentencia que voté con salvedad.

Bogotá, D. E., 23 de mayo de 1989.

Guillermo Chahín Lizcano.

DERECHOS DE AUTOR. ASOCIACION DE AUTORES.

Si la ley protege al autor, aún sin registro alguno, no se ve porqué le quiera poner cortapisas a su libertad de asociarse cuando está comprobado que las agremiaciones legales son más efectivas que el reclamante singular en la defensa de los derechos tanto colectivos como individuales.

DECLARASE LA NULIDAD de los ordinales a), b), c), d) y e) del artículo 43 del Decreto reglamentario número 3116 de 1984 (diciembre 21).

ASOCIACION DE AUTORES. Estatutos, vigilancia. POTESTAD REGLAMENTARIA.

Dentro de las facultades conferidas por la potestad reglamentaria, el Ejecutivo puede ordenar los agregados que considere necesarios dentro de los estatutos a fin de que las asociaciones de autores cumplan con las funciones para las que han sido instituidas.

La inspección y vigilancia de que trata el artículo 120-19 de la Constitución no opera sobre aquellos órganos que persiguen interés particular, o más concretamente gremial, como son las asociaciones de autores.

ASOCIACION DE AUTORES. Inhabilidades. ASOCIACION DE AUTORES. Incompatibilidades.

Al actuar el Ejecutivo sin facultad específica estableciendo un régimen de inhabilidades e incompatibilidades entre los miembros del consejo directivo de una asociación o persona jurídica de derecho privado, está extralimitando su propia competencia y, consecuentemente, las normas así producidas, están viciadas de nulidad.

DIRECCION NACIONAL DEL DERECHO DE AUTOR. Facultades.

Si los estatutos de una determinada asociación establecen que el gerente de la misma puede hacer convocaciones ordinarias,

dicha prescripción es válida, pues así lo autoriza la norma patrón, pero, contrario sensu, *si no lo dicen así los estatutos, no podía el decreto reglamentario suplir la voluntad de los mismos, es decir, la voluntad de la asociación. Los estatutos podrían determinar que tanto el gerente de la asociación, como una tercera parte de los asociados o la Dirección Nacional del Derecho de Autor pueden solicitar (no convocar) la convocatoria de la asamblea general.*

Según las acepciones semánticas de las palabras "fiscalizar" y "vigilar" que traen los artículos 212 y 253 de la Ley 23 de 1982, éstas no conllevan la de sancionar sin las de averiguar, criticar, velar, cuidar, labores que bien puede desempeñar la Dirección Nacional del Derecho de Autor, a través de los mecanismos que la misma ley le proporciona.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., diecinueve de mayo de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Samuel Buitrago Hurtado.*

Referencia: Expediente número 914. Decretos del Gobierno.

Actor: Hernán Antonio Barrero Bravo.

Se entra a decidir la demanda presentada por el abogado Hernán Antonio Barrero Bravo en su propio nombre, en ejercicio de la acción pública de nulidad contra algunos artículos del Decreto reglamentario 3116 de 1984.

Los *hechos* y el *petítum* de la acción se concretan así:

El Decreto 3116 de 21 de diciembre de 1984 que reglamenta parcialmente la Ley 23 de 1982, fue dictado por el Presidente de la República en ejercicio de sus atribuciones y en especial de las conferidas en los numerales 3 y 19 del artículo 120 de la Constitución Política.

El demandante solicita que se declare la nulidad de las siguientes normas: Parágrafo del artículo 22; artículo 36 en este aparte: "Y productores de obras cinematográficas y de videogramas"; artículo 43 ordinales a), b), c), d), e); artículo 63; artículo 71, artículos 70, 72, 75, 77, 79 y 80; artículos 82, 83, 84 y 85; artículo 92; artículos 104, 105, 106 y 107. Se considera en la demanda que el Decreto acusado viola los artículos 12, 20, 44, 76-12, 120-3 de la Constitución Política y los artículos 4º, 9º, 44, 76, 95, 97, 149, 164, 213, 218, 219, 220, 221, 223 literal c), 227 literales c), f) y g) de la Ley 23 de 1982.

El concepto de la violación y la intervención de la contraparte:

El actor ha enunciado uno a uno los artículos cuya nulidad solicita, señalando simultáneamente la norma superior que, en su concepto,

ha sido violada y explicando el concepto de esa violación. Al contestar la demanda el representante legal de la Nación —Ministerio de Gobierno—, ha actuado en igual forma que es, para mayor economía y claridad de este auto, la que se hará en la parte considerativa del mismo, haciendo referencia a ambas posiciones y, en lo que sea pertinente, a la del señor Agente del Ministerio Público.

Concepto del Agente Fiscal:

Al correrse traslado al señor Fiscal Primero de la Corporación para que expresara su concepto de fondo, después de haber analizado las pretensiones de la demanda, ha sugerido él formalmente que se despachen favorablemente algunas de ellas negándose la declaratoria de nulidad de las restantes ya que es mediante éstas que se está dando desarrollo a la Ley 23 de 1982, de acuerdo con la potestad reglamentaria que consagra el artículo 120, numeral 3º, a favor del Ejecutivo, la cual fue, en este evento, adecuadamente utilizada.

Se considera:

1. Solicita inicialmente el demandante que se decrete la nulidad del parágrafo del artículo 22 del Decreto reglamentario 3116 de 1984, el cual establece:

> "No se causa ejecución pública en los establecimientos en general que utilicen música para bienestar exclusivo de sus trabajadores ni en los casos previstos en los artículos 44, 149 y 164 de la Ley 23 de 1982".

Considera el peticionario que se viola la norma superior reglamentada al consagrarse, según él, un nuevo caso en que no se causa ejecución pública distinto a los ya señalados en aquella.

Analizando en su letra, y principalmente en su espíritu los artículos 44, 149 y 164 de la ley reglamentada, es ostensible, manifiesto, patente, el objetivo que busca el legislador cual es el de proteger los intereses patrimoniales de los artistas. En las tres normas es nítida la condición de que *no exista ánimo de lucro*. Así lo dice el artículo 44. Y el 149 estipula: "Siempre que no se cobre suma alguna por el derecho de entrada". Y el 164 lo repite: "Siempre que no se cobre suma alguna por el derecho de entrada". Lo que a todas luces indica que el ánimo de la ley es el de salvaguardar los derechos de quienes producen el arte. Es la misma tónica seguida entonces por el Decreto 3116 de 1984 que no hace otra cosa diversa a "desentrañar el contenido implícito, la finalidad específica de la ley sustantiva", según la cita que se hace en la contestación de la demanda traída de una sentencia del Consejo. Por otra parte, vale la pena destacar que en esta clase de establecimientos, la música puede cumplir una función, no solamente educativa sino que la difusión que se le hace y el conocimiento

que de ella adquieren quienes la escuchan, se retrovierte en beneficio para el autor. Es uno de esos beneficios que, aparentemente intangibles pueden ser, mediatamente, más gratificantes.

No se vislumbra pues la violación a la Ley 23 de 1982 y tampoco, obviamente, al artículo 120 de la Constitución.

2. La nulidad parcial solicitada del artículo 36 del Decreto reglamentario 3116 de 1984 se circunscribe a la locución "y productores de obras cinematográficas y de videogramas" que hace parte del siguiente contexto: "La Dirección Nacional del Derecho de Autor, reconocerá personería jurídica únicamente a las asociaciones que se conformen con un mínimo de 25 asociados, ya sean personas naturales o jurídicas, titulares de los derechos reconocidos por la Ley 23 de 1982, que pertenezcan a una misma actividad, tales como autores de obras literarias, pictóricas, musicales, intérpretes de obras musicales, literarias (actor-artista) y productores de obras cinematográficas y de videogramas, entre otros".

Opina el actor, y su concepto es avalado por el señor Agente del Ministerio Público, que los productores de obras cinematográficas no son autores, como se desprende del sentido del artículo 95 de la Ley 23 de 1982 y que por tanto, no pueden constituir una sociedad en los términos del artículo 213.

Vale la pena reiterar en la consideración de este artículo (art. 36), lo que ya se dijo en cuanto a la interpretación del espíritu de la norma, de la búsqueda del objetivo del legislador, vale decir, de la pauta señalada por el artículo 30 del Código Civil cuando dice que: "El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de las partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía". Es pues ilógico llamar en ayuda de la tesis alegada el contenido del artículo 95 citado por el actor si en las Disposiciones Generales de la misma ley determina sobre quienes recaen sus efectos. Así, el artículo 1º, parte final, expresa: "También protege esta ley a los intérpretes o ejecutantes, a los *productores* de fonogramas y a los organismos de radiodifusión, *en sus derechos conexos a los del autor* (subrayamos)". El artículo 2º estipula que "los derechos de autor recaen sobre ... *las obras cinematográficas*, a las cuales se asimilan las obras expresadas por *procedimiento análogo a la cinematografía, inclusive los videogramas;...*" (subrayamos). El artículo 4º señala quienes "son titulares de los derechos reconocidos por la ley (por ésta, es de suponerse): ...f) La persona natural o jurídica que, en virtud de contrato obtenga por su cuenta y riesgo, la producción de una obra científica, literaria o artística realizada por uno o varios autores en las condiciones previstas en el artículo 20 de esta ley". Y, completando la idea, el artículo 8º aclara que "para los efectos de la presente ley se entiende por: (R) *Productor Cinematográfico:* La persona natural o jurídica que tiene la iniciativa, la coordinación y la responsabilidad de la producción de la obra cinematográfica; (S) *Obra*

cinematográfica: Cinta de video y videograma: La fijación en soporte material, de sonidos sincronizados con imágenes, o de imágenes sin sonido".

Así pues, considera la Sala, que tan munífica claridad y precisión de la misma Ley 23 de 1982; la exonera de hacer disquisición alguna sobre la sinrazón de lo solicitado, pues no solamente están incluidos expresamente "los productores de obras cinematográficas y de videogramas" entre los titulares de los derechos reconocidos por ella, sino que no aparece por parte alguna la extralimitación de la potestad reglamentaria por parte del Ejecutivo, insinuándose más bien, en la solicitud, un temerario veto contra la libertad de asociación consagrada en el artículo 44 de la Carta.

3. Solicita el actor, igualmente, la declaratoria de nulidad de los literales a), b), c), d) y e) del artículo 43 del Decreto *sub exámine.* Reglamenta esta norma las pruebas que se deben aportar para acreditar la calidad de titulares de derechos de autor como requisito exigido en el literal d) del artículo 42 en la solicitud de revisión de estatutos y reconocimiento de personería jurídica de las asociaciones reglamentadas en el Título V del mismo Decreto. Exige el artículo demandado que los autores de obras literarias, artísticas o científicas deben probar su calidad de tales con el certificado de registro de dos obras, como mínimo, en la Dirección Nacional del Derecho de Autor; para los autores de obras musicales, el registro de por lo menos tres obras además de otros requisitos; para los productores de fonogramas, el certificado de registro de un mínimo de diez; para los intérpretes de obras musicales, constancia de un mínimo de cinco grabaciones y para los ejecutantes, un mínimo de treinta grabaciones.

El demandante, entre otras razones, sostiene que estos ordinales exceden la potestad reglamentaria al hacer exigencias que, además de no estar contempladas en la ley reglamentada, no le corresponden al Ejecutivo ya que "las asociaciones de autores, nacidas de su libre albedrío, pueden también señalar en sus estatutos los requisitos y procedimientos para la adquisición, suspensión y pérdida de su calidad de afiliado".

La representante legal de la Nación, a su vez, defiende la disposición con el argumento de que el artículo 217 de la Ley 23, reglamentada por el Decreto 3116, establece que las asociaciones de autores admitirán como socios sólo a quienes acrediten la calidad de autores en la respectiva rama, pero sin explicar cómo se acredita tal calidad y que para remediar este vacío el Decreto 3116, artículo 43, reglamenta la manera de hacerlo.

Para dilucidar la hipotética violación de la norma superior por parte del artículo 43 en los literales señalados, conviene observar en primer lugar que el artículo 9º de la ley reglamentada prescribe, en su enunciado principal, "la protección que esta ley otorga al autor,

tiene como título originario la creación intelectual, sin que se requiera registro alguno". Así también, el Capítulo XVI de la misma ley, en veinte artículos, reglamenta lo concerniente a las asociaciones de autores especificando en forma clara las normas que rigen su organización y funcionamiento y dando pautas, en trece literales, sobre el contenido de los estatutos. No se revela en parte alguna, realmente, la voluntad del legislador de limitar el número de producciones que un intelectual, un artista deba tener para ser llamado tal. Podría obedecer tal requisito a la voluntad de los fundadores de alguna de tales asociaciones para la admisión de sus miembros los cuales, dado el carácter voluntario de esa pertenencia, podrían optar por agremiarse en otra diferente que exija distintas formas de acreditar su calidad de autores o de artistas. El numeral 1º del artículo 217 dice que las asociaciones "admitirán como socios a los autores que lo soliciten y que acrediten debidamente su calidad de tales", coligiéndose de ello, que tal acreditación podrá hacerse por cualesquiera de los medios legales y no necesariamente por el registro el cual, como lo dice la misma ley, no es obligatorio. Al manifestar la apoderada de la Nación —Ministerio de Gobierno—, que dicha exigencia se hace en el decreto reglamentario para remediar el vacío existente en la ley sobre la no especificación de cómo se acredita la dicha calidad, da pie para pensar que el decreto debió incursionar dentro de una cadena de casos y detalles donde la sutileza del intérprete encontraría vacíos y lagunas sinfin. Baste citar, a guisa de ejemplo, el comienzo del inciso tercero del mismo artículo 217 al estipular que "dejará (sic) de formar parte de una asociación, las partes que sean titulares de obras fuera de uso o explotación". Cómo se podría probar que un libro ya no se lee más? o que una canción se silenció definitivamente, o que un cuadro cayó en desgracia ante sus admiradores? Hubiera tenido el Decreto 3116 que entrar también a señalar pautas para la disminución o pérdida de la calidad artística.

Por otra parte, y en cuanto al número de obras fijado para acreditar la titularidad, con el fin de poder ingresar a las asociaciones, no se ve la razón por la cual el Ejecutivo hizo tan señalada discriminación. Tiene lógica el cuestionamiento que se hace el señor Fiscal: "Acaso es menos respetable y protegible el derecho de quien hace *una* excelente obra que el de quien hace varias de inferior calidad o que demanden menor esfuerzo, intelecto o ingenio?". Si bien es cierto que la ley, como ya se dijo, protege al autor, aún sin registro alguno, no se ve porqué le quiera poner cortapisas a su libertad para asociarse cuando está comprobado que las agremiaciones legales son más efectivas, que el reclamante singular en la defensa de los derechos tanto colectivos como individuales. Con la misma lógica (errada lógica), se le exigiría a quien inventa una vacuna contra la polio o contra el cáncer que debe hacer otro descubrimiento similar para que pueda asociarse con otros científicos a efectos de adelantar nuevas investigaciones o de defender sus intereses comunes. O podría el Ministerio de Educación impedir a los cónyuges que tengan un solo hijo su

ingreso a las asociaciones de padres de familia. Esta medida, meramente cuantitativa, es arbitraria e injusta y, por lo que se ve, ilegal, pues trasciende las facultades otorgadas por la Constitución.

4. El artículo 63 del Decreto reglamentario 3116 de 1984 dice que "la convocatoria para reuniones de asamblea ordinaria, será ordenada por el Gerente de la asociación y en forma extraordinaria, cuando lo determinen los estatutos, lo solicite por lo menos una tercera parte de sus asociados, el Gerente de la asociación o la Dirección Nacional del Derecho de Autor". El actor ha demandado la nulidad de esta disposición por cuanto viola, a su parecer, la regla establecida en el artículo 218 de la ley reglamentada cuando dice que "la asamblea será el órgano supremo de la asociación y elegirá al fiscal, a los miembros del Consejo Directivo y del Comité de Vigilancia, sus atribuciones, funcionamiento, convocatoria se fijarán por los estatutos de la respectiva asociación". Es decir, que lo que hace relación a la convocatoria de las asambleas, corresponde fijarlo a los estatutos de la asociación.

La apoderada de la Nación, al impugnar la solicitud, apoya su argumentación en una sentencia de esta Sala "mediante la cual la Corporación no dejó prosperar el cargo que contra el artículo 63 del Decreto 3116 de 1984 se había instaurado". Por su parte, el señor Fiscal de la Sala, manifiesta que "es flagrante el exceso en que se incurrió con el Decreto reglamentario al prever ésta (sic) la posibilidad de que la Dirección Nacional de Derechos de Autor pueda convocar a sesiones extraordinarias a la Asamblea de Asociaciones de Autores".

Vistas las tres anteriores posiciones, se considera que la cita hecha por la representante legal del Ministerio de Gobierno es equívoca y no pasa de ser, en el análisis de este caso, un sofisma en el que parece haberse distraído el representante del Ministerio Público. En efecto, la sentencia a la que alude la apoderada, sin citar la sección ni el consejero ponente, fue pronunciada en un proceso en el que la acción se encaminaba a solicitar la nulidad de la última parte del artículo 63 que expresa "...o la Dirección Nacional del Derecho de Autor". Dicho fallo, con ponencia del Consejero Guillermo Benavides Melo, denegó la pretensión del actor aduciendo razones que fueron compartidas por el representante del Ministerio Público ya que, al sentir de éste, "la Dirección (del Derecho de Autor) no convoca directamente a Asamblea extraordinaria, sino simplemente solicita para que el representante de la asociación haga o se niegue a hacer la convocatoria". En el caso presente, la demanda se encamina a solicitar la nulidad de todo el artículo porque, según éste, "la convocatoria para reuniones de asamblea ordinaria, será ordenada por el gerente de la asociación..." Confrontando lo transcrito con la ley reglamentada se ve que, en efecto, aquel la transgrede puesto que ésta es clara en afirmar que "sus atribuciones (las de la asamblea), funcionamiento, *convocatoria* (subrayamos), se fijarán por los estatutos de la respectiva asociación". Se

comprende que si los estatutos de una determinada asociación establecen que el gerente de la misma puede hacer convocaciones ordinarias, dicha prescripción es válida, pues así lo autoriza la norma patrón, pero, *contrario sensu*, si no lo dicen así los estatutos, no podía el decreto reglamentario suplir la voluntad de los mismos, es decir, la voluntad de la asociación.

Sí es pues manifiesta la violación de la norma superior por parte del artículo 63 de la norma acusada, mas no por lo que dice el Fiscal en esta ocasión sino por el enfoque que le dio en el proceso aludido con el que coincidimos pues es cierto que, según voces de la norma superior, los estatutos podrían determinar que tanto el gerente de la asociación, como una tercera parte de los asociados o la Dirección Nacional del Derecho de Autor pueden *solicitar* (destacamos, no *convocar*) la convocatoria de la asamblea general.

5. Siguiendo el orden de las nulidades solicitadas por el demandante, tenemos la referente al artículo 71 del Decreto en examen. Reza así la disposición: "El Consejo Directivo es el órgano de dirección y administración de la asociación y podrá integrarse por: Presidente, vicepresidente y vocales con sus respectivos suplentes personales, elegidos para un período de dos años". Alega el actor que dicho artículo viola las disposiciones señaladas con los números 219, 220 y 227 de la Ley 23 de 1982.

Como bien se ve, el sólo empleo de la locución verbal "podrá" es un criterio indicativo de obligatoriedad para las asociaciones y lo allí escrito podrá tomarse como una mera sugerencia para la composición de su Consejo Directivo. Siguiendo así, no se ve cómo pueda violar la norma reglamentada siendo más bien una correcta aplicación de su objetivo filosófico y pragmático. Ninguno de los tres artículos de la Ley 23 de 1982, ni tampco el artículo 120-3 de la Constitución son agredidos por el artículo 71 del Decreto reglamentario.

6. Pide el actor que se declare la nulidad de los artículos 70, 72, 75, 77, 79 y 80 del Decreto 3116 de 1984. Se asignan en dichos artículos una serie de funciones a la asamblea, al consejo directivo, al tesorero, al comité de vigilancia, al gerente y al fiscal de las asociaciones de autores por ser, según su parecer, contrarios a la Ley 23 de 1982 "porque la asignación de funciones a estos organismos o directivos de una asociación regulada por esta ley, corresponden a los estatutos de ellas y no al Gobierno".

Respecto a lo anterior, es de observar que los artículos 220 y 221 al igual que el 218, estipulan que las funciones del consejo directivo y de la asamblea se fijarán y precisarán en los estatutos de la asociación. Los literales F) y G) del artículo 227 al hablar del contenido de los estatutos, dicen que éstos determinarán las formas de dirección, orga-

nización, administración, vigilancia interna, composición de los órganos de dirección, control y fijación de funciones. Pero, sobre todo, cabe destacar que el encabezamiento de dicho artículo dice "los estatutos de las asociaciones de autores deberán contener, *cuando menos* (subrayamos)..." y el literal M) reza: "Las demás prescripciones que se estimen necesarias para el correcto y normal funcionamiento de las asociaciones". Implican estas aserciones que el Ejecutivo, dentro de las facultades conferidas por la potestad reglamentaria, puede ordenar los agregados que considere necesarios dentro de los estatutos a fin de que dichas asociaciones cumplan con las funciones para las que han sido instituídas. Es decir, la norma de la ley creadora al decir *cuando menos*, está dando un mínimo de pautas que pueden ser ampliadas por los decretos reglamentarios posteriores en concatenación lógica con las palabras que cierran el mismo artículo: *"Las demás prescripciones que se estimen necesarais"*. El Decreto reglamentario 3116 está especificando esas prescripciones que, al criterio del Ejecutivo, se han considerado necesarias sin que ello implique violación de la ley sino más bien su correcta aplicación.

No hay pues violación de normas superiores en los artículos enunciados en este acápite, no siendo, en consecuencia, procedente su nulidad.

7. Al solicitarse en la demanda la declaratoria de nulidad de los artículos 82, 83, 84 y 85 que hacen parte del Capítulo VII del Decreto demandado, Capítulo denominado "De las incompatibilidades e inhabilidades", se aduce que no corresponde al Gobierno el señalarlas y que, al hacerlo, viola los artículos 12 y 44 de la Constitución Política. La representante legal del Ministerio de Gobierno, al responder el cargo, manifiesta que no hay ninguna norma que, a nivel constitucional o legal, prohíba al Ejecutivo establecer incompatibilidades o inhabilidades mediante decreto concepto del que disiente el Agente del Ministerio Público sin aportar una base legal que sustente su disensión.

Haciendo un detenido análisis de las normas atacadas, se concluye que con ellas se trata de imponer una saludable higiene administrativa en la dirección de estas instituciones que, al manejar intereses económicos de sus asociados, son susceptibles de corruptelas y dañosos comportamientos. Se pretende que las directivas sean solamente el resultado del convenio democrático de los interesados. Quizás con una mayor intervención del Estado en estas cuestiones, se hubieran podido evitar tantos atropellos a la buena fe y a los bienes de los particulares y también de los entes estatales. El artículo 16 de la Constitución Política señala como tarea primordial de las autoridades de la República la de "proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares". Es ésta una norma que le permite, mejor, le obliga al Gobierno a hacer todo lo que esté a su alcance para que los bienes de los ciudadanos no sean defraudados. Pero no obstante la buena intención manifestada por el

Ejecutivo en el Decreto demandado, en procura de una sana política administrativa en cuanto a las personas que actúan como directivos de las asociaciones, es obvio que sus disposiciones sobre incompatibilidades e inhabilidades transbordan los límites que para tal efecto le ha puesto la Constitución. Efectivamente, el artículo 12 de la Carta establece que el régimen de las sociedades y demás personas jurídicas se determinan por la ley, especificando en el inciso segundo que "las personas jurídicas de derecho privado, surgidas del ejercicio del derecho de asociación (art. 44), son reguladas por el Congreso, mediante ley". Y el inciso primero del artículo 62 expresa que "la ley determinará los casos particulares de incompatibilidad de funciones; los de responsabilidad de los funcionarios y modo de hacerse efectiva, las calidades y antecedentes necesarios para el desempeño de ciertos empleos, en los casos no previstos por la Constitución..." Excepción a estas disposiciones constitucionales sería la establecida en el numeral 12 del artículo 76 cuando, al determinar las funciones del Congreso, le permite "revestir, *pro témpore*, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, cuando la necesidad lo exija o las conveniencias públicas lo aconsejen".

Al actuar el Ejecutivo sin facultad específica estableciendo un régimen de inhabilidades e incompatibilidades entre los miembros del consejo directivo de una asociación o persona jurídica de derecho privado, está extralimitando su propia competencia y, consecuentemente, las normas así producidas, están viciadas de nulidad como lo decidirá esta Sala en relación con los artículos 82, 83, 84 y 85 del Decreto impugnado.

8. El artículo 92 del Decreto reglamentario 3116 de 1984 también fue demandado en esta acción tendiente a su nulidad porque, según el actor, excede la potestad reglamentaria establecida en el artículo 120-3 de la Constitución, al ampliar el alcance de la Ley 23 de 1982 que no contempla un régimen de sanciones a cargo de la Dirección Nacional del Derecho de Autor contra las sociedades de autores. Efectivamente, el citado artículo establece una serie de sanciones que van desde la amonestación hasta la suspensión y cancelación de la personería jurídica, "mediante resolución motivada, previa comprobación de la infracción a la ley". Argumenta la apoderada judicial del Ministerio de Gobierno que "sin poder sancionatorio (sic) el papel de vigilancia que le asigna la Ley 23 a la Dirección Nacional del Derecho de Autor, no tendría sentido" y que "el Decreto 3116 en su artículo 92 sólo dotó de herramientas a la dirección". Lo que implica, según la simplista argumentación, que al omitir el legislador el establecimiento de las sanciones, el Ejecutivo asume como colegislador y enmienda el error. No puede ser menos arbitraria la actitud si se tiene en cuenta además que, según el artículo 212 de la ley, esa Dirección Nacional "podrá fiscalizar su funcionamiento"; y el artículo 253 de la ley que crea esa Dirección, dice que ésta tendrá a su cargo la Oficina de Registro y demás dependencias necesarias "para la ejecución y vigilancia de

cumplimiento de la presente ley". Es decir, según las acepciones semánticas de las palabras "fiscalizar" y "vigilar", éstas no conllevan la de sancionar sino las de averiguar, criticar, velar, cuidar, labores que bien puede desempeñar la Dirección a través de los mecanismos que la misma ley le proporciona cuando dice el segundo inciso del artículo 153 que "la Dirección del Derecho de Autor es la 'autoridad competente' a que se hace alusión en las diferentes partes de esta ley (arts. 45, 46, 47, 54, 59, 85 y 88, etc.)". Además de las disposiciones citadas entre paréntesis, que hacen referencia principalmente a los autores en sí, existen otras que se ocupan de las asociaciones de autores, muy particularmente en lo que tienen que depender de la "autoridad competente", tales como el control de legalidad de los estatutos, la inscripción de pactos, convenios, contratos con sociedades extranjeras (art. 223), la inspección y vigilancia (art. 231), el reconocimiento de la personería jurídica (art. 212), y otras más que dan gran poder de control a la Dirección Nacional del Derecho de Autor sobre las asociaciones de autores sin necesidad de constituirse en un tribunal disciplinario aplicando sanciones sin ninguna base legal, pues en este caso, como en la jurisdicción penal, no puede haber pena sin que exista ley que la imponga.

La disposición contenida en el artículo 92 del Decreto número 3116 es pues *"contra legem"* y debe ser declarada su nulidad.

9. Solicita por último el demandante, que se declare la nulidad de los artículos 104, 105, 106 y 107 del Decreto impugnado. Este articulado, correspondiente al Título VI de dicho Decreto, confiere una serie de atribuciones a la Dirección Nacional del Derecho de Autor para el ejercicio de la inspección y vigilancia de las asociaciones de autores. Dice el exponente que estas disposiciones no tienen piso jurídico en la ley y que por lo tanto el Ejecutivo, al dictarlas, se excedió en las facultades que le otorga el artículo 120-3 de la Carta.

La apoderada judicial del Ministerio de Gobierno en su alegato de conclusión manifiesta, al explicar la presencia de estas normas en la disposición reglamentaria, que "la misma Ley 23, a través de este artículo 253, está abriendo la posibilidad de que el Gobierno posteriormente dicte normas tendientes a hacer efectiva la legislación sobre derechos de autor, como en efecto lo hizo a través del Decreto reglamentario 3116". El señor Agente del Ministerio Público; al respaldar la posición de la apoderada, añade de su parte que "mediante las normas aquí analizadas precisamente se está dando desarrollo y aplicación práctica a la citada Ley 23" y que, en consecuencia, deben ser negadas las pretensiones de nulidad.

Observa la Sala que, en efecto, las aludidas disposiciones encauzan las conductas que debe asumir la Dirección Nacional del Derecho de Autor para el ejercicio de sus funciones de inspección y vigilancia, encontrándolas en general muy ajustadas a su objetivo específico. No obstante, cabe detenerse un poco en los literales c) y d) del artículo

105 ya que en ellos se tocan tópicos ya analizados en este proveído y que hacen parte de la materia a fallar.

El literal c) faculta a la Dirección Nacional del Derecho de Autor para convocar la asamblea extraordinaria "en los casos previstos en el artículo 63 de este Decreto". Ya se dijo, al analizar la demanda contra el artículo 63 que la citada Dirección no puede convocar a asamblea extraordinaria, pues de acuerdo con lo ordenado por la Ley 23 en su artículo 218, esta prerrogativa es asunto que deben considerar los estatutos de la asociación los cuales pueden señalar quien convoca a la asamblea, sea ésta ordinaria o extraordinaria, contemplándose la posibilidad sugerida por el artículo 63, cuya nulidad será declarada en esta sentencia, de que dicha convocatoria sea hecha por el gerente, por la Dirección Nacional tantas veces aludida o por un número determinado de sus miembros. Es oportuno anotar de paso que el Decreto entra en contradicción consigo mismo al utilizar, en el literal que analizamos, el verbo "convocar" habiendo dicho en el artículo 63, al que se remite, que dicha Dirección Nacional podría "solicitar" dicha convocatoria y sólo en los casos en que los estatutos así lo autorizaran.

El literal d) habla de "imponer las sanciones cuando se incurra en violaciones legales". Ya se dijo en el literal 8º de este fallo, al analizarse el demandado artículo 92 que el Ejecutivo, al imponer sanciones en el Decreto reglamentario, está traspasando la facultad reglamentaria que le da la Carta y que, por lo tanto, estando contra la ley, esa disposición será anulada. Suerte igual, por lo tanto, debe correr este literal en ella fundamentado.

Se concluye entonces que los artículos 104, 106 y 107 del Decreto *sub exámine*, no son violatorios ni de la Ley 23 de 1982 ni del artículo 120 numeral 3 de la Constitución Nacional, así como el artículo 105 del mismo Decreto con excepción de los literales c) y d).

Por último, observa la Sala que en el Decreto acusado el señor Presidente de la República dice obrar igualmente en ejercicio de la atribución conferida en el numeral 19 del artículo 120 de la Constitución. Este numeral se refiere a la facultad del Presidente como Jefe del Estado y suprema autoridad administrativa para "ejercer inspección y vigilancia sobre instituciones de utilidad común para que sus rentas se conserven y sean debidamente aplicadas, y que en todo lo esencial se cumpla con la voluntad de los fundadores".

El artículo 5º del Decreto-ley 3130 de 1968 dice: *"De las fundaciones o instituciones de utilidad común.* Son instituciones de utilidad común o fundaciones las personas jurídicas creadas por la iniciativa particular para atender, sin ánimo de lucro, servicios de interés social, conforme a la voluntad de sus fundadores.

"Dichas instituciones, como personas jurídicas privadas que son, están sujetas a las reglas del derecho privado y no están adscritas ni

vinculadas a la Administración. La vigilancia e inspección que la Constitución autoriza continuará ejerciéndose por el Gobierno en los términos de la Ley 93 de 1938 y demás disposiciones pertinentes".

Conforme las normas transcritas, la inspección y vigilancia de que trata el numeral 19 de la Constitución sólo opera sobre instituciones o fundaciones en las cuales exista una afectación patrimonial con fines de interés general, pero no sobre aquellos órganos que persiguen fines de interés particular, o más concretamente de carácter gremial, como son las asociaciones autorizadas por el artículo 35 del Decreto 3116 de 1984 acusado, sin ánimo de lucro, a las cuales la Dirección Nacional del Derecho de Autor reconoce personería jurídica, sin que esto signifique que sobre ellas recaiga el ejercicio de la inspección y vigilancia en los términos del numeral 19 del artículo 120 de la Carta.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, y oído el parecer de su colaborador Fiscal,

Falla:

Primero. Declárase la nulidad de las siguientes disposiciones del Decreto reglamentario número 3116 de 21 de diciembre de 1984:

a) Del artículo 43, los ordinales a), b), c), d) y e);

b) Artículo 63;

c) Los artículos 82, 83, 84 y 85;

d) Artículo 92;

e) Del artículo 105, los literales c) y d).

Segundo. Denegar las demás pretensiones.

Tercero. Una vez ejecutoriada esta sentencia, envíese copia de la misma, para los efectos señalados por la ley, al Ministro de Gobierno, a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República y a la Dirección Nacional del Derecho de Autor.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

El fallo anterior fue discutido y aprobado por la Sala en su reunión de fecha 18 de mayo de 1989.

Luis Antonio Alvarado Pantoja, Samuel Buitrago Hurtado, Guillermo Benavides Melo, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

CONTRATO DE CONCESION DE ESPACIOS DE TELEVISION. ADJUDICACION. CONSEJO NACIONAL DE TELEVISION. Facultades.

No tiene asidero, y menos por la vía reglamentaria la excepción consagrada en el inciso segundo del artículo 5º del Decreto 0350 de 1987. La misma redacción defectuosa del inciso daría pie para aplicaciones arbitrarias y amañadas, en materia de contratos de concesión de espacios de televisión.

Al dictarse por el Ejecutivo el Decreto en mención, ha querido reglamentar la metodología que debe guiar la adjudicación de los espacios sin que ello signifique que se esté arrogando dicha función que corresponde al Consejo Nacional de Televisión.

Se declara la NULIDAD DEL INCISO SEGUNDO DEL artículo 5º del Decreto reglamentario 0350 de 1987 del Gobierno nacional.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., veintiséis de junio de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Samuel Buitrago Hurtado.*

Referencia: Expediente número 595. Decretos del Gobierno.

Actor: Jaime Horta Díaz.

Entra la Corporación a decidir, por medio de esta Sala, el proceso iniciado en su propio nombre por el doctor Jaime Horta Díaz con el fin de que se declare la nulidad de los artículos 1º, 5º inciso segundo, 7º numerales 3 y 4; 8º y 9º del Decreto reglamentario número 0350 de 1987 proferido por el Gobierno nacional.

La demanda:

La nulidad de las disposiciones enunciadas en la parte introductoria de esta providencia, es solicitada en escrito presentado el día 10 de abril de 1987 el cual, sintetizando, expresa: El acto acusado, Decreto reglamentario número 0350 de 1987, establece en el artículo 1º que, de acuerdo con normas superiores, una de ellas constitucional, el Director del Instituto Nacional de Radio y Televisión —INRAVISION—,

será nombrado por el Presidente de la República. El inciso segundo del artículo quinto establece una excepción a la prohibición de que los contratistas de espacios de televisión no pueden ser socios o accionistas de sociedades cuyo objeto social sea la celebración de determinados contratos, excepción que favorece a "la asociación transitoria para la producción de programas, su presentación, transmisión y promoción; así como la realización conjunta de eventos de carácter especial". Los numerales tres y cuatro del artículo séptimo fijan las pautas para la adjudicación de las horas solicitadas en relación con la calificación, con el mínimo de horas adjudicables y con la equidad. El artículo octavo determina que la adjudicación de espacios para programas informativos o noticieros se hará, por parte del Consejo Nacional de Televisión, de acuerdo a la estructura desde el punto de vista periodístico que tengan las propuestas, con imparcialidad y sin tener en cuenta consideraciones partidistas. Finalmente, el artículo noveno expresa que dicho decreto rige a partir de la fecha de su expedición.

Como normas violadas se señalan en la demanda las siguientes: Artículos 2º, 55, 76 y 120 de la Constitución Nacional; los artículos 13, 36 y 37 de la Ley 42 de 1985 y el artículo 204 del Decreto-ley 222 de 1983. Explicando el concepto de la violación dice el actor que, so pretexto de reglamentar, se invaden competencias que son exclusivamente del Congreso, configurándose además la violación constitucional y la extralimitación de la potestad reglamentaria, una desviación de las atribuciones al crearse en el Decreto acusado un "abierto favoritismo para los proponentes *ya* mejor calificados". Por economía y una mejor claridad de esta providencia, se hará referencia a la sustentación del demandante sobre cada una de las normas indicadas por él como violadas, conjuntamente con las consideraciones que sobre ella habrá de hacerse en la parte pertinente de esta providencia.

La demanda, que no fue contestada, ha seguido su curso normal y, dentro de él, dilatada con intervenciones varias por parte del demandante y su coadyuvante tales como incidentes y recursos. El primero de ellos, el de súplica, fue interpuesto contra el auto que negó la suspensión provisional que había sido inicialmente propuesta contra el acto acusado. Así mismo se tramitó el incidente de acumulación solicitado por la Fiscalía Primera de la Corporación la que, finalmente, no fue decretada.

El concepto fiscal:

En el momento procesal oportuno, el señor Agente del Ministerio Público rindió concepto de fondo sobre las pretensiones, manifestando su oposición a que se despachen favorablemente con alguna excepción en la que "hubo manifiesto quebranto" de específicas normas superiores.

Consideraciones de la Sala:

Para analizar el caso *sub júdice* se partirá del examen de las normas superiores que se señalan como vulneradas por el acto administrativo demandado, es decir, el Decreto número 0350 de 1987 (febrero 19) "por el cual se reglamenta la Ley 42 de 1985 y el artículo 44 del Decreto-ley 222 de 1983".

La primera disposición que se solicita declarar nula es el artículo 1º del Decreto reglamentario enunciado que dice: "De conformidad con lo dispuesto en los artículos 120, numeral 5º de la Constitución Política y 21 de la Ley 42 de 1985, el Director del Instituto Nacional de Radio y Televisión, INRAVISION, será nombrado por el Presidente de la República".

Consultando las dos normas a las que el artículo remite para su fundamentación, se ve, sin que para ello se requieran esfuerzos de interpretación, que efectivamente dichas normas dicen lo que el artículo cita. El numeral 5º del artículo 120 dice que corresponde al Presidente de la República "nombrar las personas que deban desempeñar cualesquiera empleos nacionales cuya provisión no corresponda a otros funcionarios o corporaciones"; y el artículo 21 de la Ley 42 dice que "el Director del Instituto Nacional de Radio y Televisión —INRAVISION— será nombrado por el Presidente de la República". Ahora bien, el demandante aduce que se está violando el numeral 3 del artículo 120 que determina que al Presidente le corresponde "ejercer la potestad reglamentaria expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarias para la cumplida ejecución de las leyes", argumentando que de la lectura de las disposiciones anteriores, "se desprende sin mayor esfuerzo que el Gobierno expidió un decreto reglamentario por medio del cual, lejos de reglamentar la ley, termina es reglamentando la Constitución". Haciendo un paralelo entre las normas transcritas, se observa más bien, que resultaría exagerado hacer una transposición de significados en una terminología tan clara para deducir de ello lo que resultaría un imposible lógico. No existe allí modificación como tampoco extralimitación ni desviación de funciones. Como ya se dijo en el auto en el que se consideró la solicitud de suspensión provisional, "tal ocurriría únicamente en el evento de que, so pretexto de reglamentar la ley, el Ejecutivo la hubiese modificado sustancialmente, en su espíritu o en su contenido, esto es, yendo más lejos de lo que la potestad reglamentaria lo faculta. Más en el caso *sub lite*, el Gobierno se limitó a obrar con base en la facultad de nombramiento de funcionarios que le otorga el numeral 5º del susodicho artículo 120 y a reproducir el texto del artículo 21 de la Ley 42 de 1985, que en efecto dispone que el Director de 'INRAVISION' será nombrado por el Presidente de la República. En tales circunstancias, no se ve cómo pueda aquí hablarse de violación manifiesta de una norma superior". Y siendo tan manifiesta la carencia de razón de lo alegado, se debe concluir de una vez que no prospera la solicitud de nulidad de este artículo.

Se analiza seguidamente el artículo 5º del Decreto 0350 de 1987 cuyo texto dice: "Los contratistas de espacios de televisión no pueden ser socios o accionistas de sociedades cuyo objeto social sea la celebración de los contratos a que se refieren la Ley 42 de 1985 y los artículos 202 a 207 del Decreto-ley 222 de 1983.

"De esta regla se exceptúan la asociación transitoria para la producción de programas, su presentación, transmisión y promoción; así como la realización conjunta de eventos de carácter especial".

El inciso segundo del artículo transcrito consagra una excepción para la prohibición que se establece en el primero. La Ley 42 de 1985, en el Capítulo IV "Régimen jurídico de los actos y contratos" señala, en diez artículos, los lineamientos a que debe ceñirse el Instituto Nacional de Radio y Televisión —INRAVISION— en el cumplimiento de sus funciones y remite en concordancia a las normas pertinentes del Decreto 222 de 1983. Específicamente el artículo transcrito también se remite a los artículos 202 a 207 de ese mismo Decreto-ley 222 que señala los requisitos a seguir para los contratos de concesión de espacios de televisión con personas naturales o jurídicas. Allí, además del objeto de esos contratos, se establece el procedimiento de contratación, el criterio para la adjudicación, la duración y prórroga, el precio, las limitaciones así como la categórica prescripción de que dichos contratos sólo podrán celebrarse con nacionales colombianos.

Estudiadas detenidamente cada una de esas normas, no se ve ciertamente un asidero, y menos aún con el recurso de la reglamentación, para dar luz a una excepción que no tiene justificación alguna. La misma redacción defectuosa del inciso daría pie para aplicaciones arbitrarias y amañadas. Y esto es así por cuanto la excepción habla de una "transitoriedad" a la que no se le fijan límites ni se trazan pautas concretas a esos "eventos de carácter especial" que, autorizados *"ad libitum"* del funcionario de turno, podrían dar al traste con la sistematización jurídica de la entidad. A esto se refiere concretamente el artículo 37 de la Ley 42 de 1985 cuando dice que "los criterios o pautas de evaluación buscarán llevar a efecto una selección objetiva, desprovista de discrecionalidad para el administrador". Es pues de colegirse que, siendo ésta una flagrante extralimitación en la facultad reglamentaria, deba ser declarada su nulidad.

El artículo 7º en la parte cuya nulidad se demanda, dispone:

"1. .....

"2. .....

"3. El proponente que resulte con la más alta calificación, tendrá derecho a que se le adjudique el máximo de horas establecido.

"El resto de proponentes, en orden descendente de calificación, tendrá una adjudicación directamente proporcional, sin exceder las

horas que hubiese solicitado. Para tal efecto se deberá tener en cuenta el máximo de horas individuales adjudicables, el total de las licitadas, descontando las que se reserven para INRAVISION, Audiovisuales y Colcultura, y las destinadas a espacios para programas informativos.

"4. La adjudicación debe ser hecha en forma equitativa esto es, procurando que la distribución de los espacios, según su clasificación, que se asigne a un proponente guarde proporción similar a la del conjunto de los espacios de la misma clasificación con el total de los que son objeto de licitación".

Manifiesta el actor que el numeral 3º transcrito, "repugna y contradice abierta, directa y ostensiblemente el Decreto 222, artículo 204 y la Ley 42, artículo 37, aparte de que el Decreto 0350 es posterior a los pliegos de la licitación, invoca una situación creada anterior a esos pliegos, como fue el proceso de calificación, clasificación e inscripción en el Registro de Proponentes pero especialmente *crea una situación nueva no prevista en la ley* al señalar que "el proponente que resulte con la más alta calificación, tendrá derecho a que se le adjudique el máximo de horas establecido y así proporcionalmente". Añade que "el novísimo criterio de adjudicación y su proporcionalidad entrega el total de las horas ofrecidas a un pequeño grupo de empresas". Dice luego que "el numeral 4º incluye un novedoso subjetivo y peligroso criterio de equidad y proporcionalidad en el reparto de los espacios", siendo que la ley no pretende la proporcionalidad.

Se observa en primer lugar que el artículo 204 del Decreto 222 de 1983, no el numeral 3 del artículo 7º como se dice en el concepto fiscal pues este artículo ni tiene numerales ni se refiere al mismo tema, el artículo 204, se repite, prescribe que la adjudicación de contratos de concesión de espacios se hará mediante licitación pública de acuerdo con siete criterios que allí se especifican. En similar tónica, y añadiendo nuevas reglas para la celebración de dichos contratos, se pronuncia el artículo 37 de la Ley 42 de 1985. Pretendiendo unificar los criterios orientadores de una y otra disposición, el Ejecutivo, al dictar el Decreto 0350, ha querido reglamentar la metodología que debe guiar la adjudicación de los espacios sin que ello signifique que se esté arrogando dicha función, como lo manifiesta el demandante, pues en ningún momento se está desconociendo que ésta corresponde al Consejo Nacional de Televisión según lo señala el artículo 13 de la Ley 42 de 1985. Parece presentarse una impropiedad en la terminología cuando la norma demandada dice que: "El proponente que resulte con la más alta calificación, tendrá derecho a que se le adjudique *el máximo de horas establecido* (subrayamos)". Parecería significar dicha expresión que el proponente mejor calificado tendrá derecho a que se le asigne la totalidad de las horas, de donde resultarían lógicos los interrogantes del libelista cuando dice: "Para qué concursar? O, mejor, para qué licitaciones?". No obstante, el interrogante se despeja en el acápite siguiente de dicho numeral al afirmar que "el resto de proponentes, en orden descendente de calificación, tendrá una adju-

dicación directamente proporcional, sin exceder las horas que hubieren solicitado". El mismo actor así lo admite cuando en uno de sus escritos manifiesta (fl. 40): "La adjudicación de los espacios de televisión, según el artículo 13 de la Ley 42 de 1985, también infringido, corresponde exclusivamente al Consejo Nacional de Televisión, que sí puede señalar qué proponente o proponentes tienen derecho al máximo de horas establecidos y, *de acuerdo con las propuestas, adjudicarle un mayor o menor número de horas a unos y otros*, sin estar atado nunca a ningún criterio 'directamente proporcional' 'en orden descendente de calificación' " (subraya la Sala). Esto, lo del criterio directamente proporcional y del orden descendente, es el aporte que hace el Decreto reglamentario, siendo esa su razón de ser pues tiende a la regulación de los detalles cuya carencia impediría la correcta aplicación de la norma.

No se justificaría un decreto reglamentario que se limitara a repetir la norma reglamentada so pretexto de no pisar los linderos de la limitación constitucional a la facultad reglamentaria. De ahí que es oportunamente aplicable al caso en estudio la cita de una jurisprudencia que, emanada de esta Corporación se hace a folio 70: "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 pormenores necesarios para su correcta aplicación, opera inmediatamente la potestad para efectos de proveer a la *regulación* de esos detalles (subraya de quien cita)". Y es que, realmente, observando detenidamente el contexto de las normas reguladoras de la licitación, no existe ninguna disposición que le indique al funcionario o funcionarios encargados de hacerlo, cuál directriz debe seguir después de analizar el cumplimiento de los requisitos que le señalan tanto el artículo 204 del Decreto 222 como el artículo 37 de la Ley 42 de 1985. Ese análisis, que debe ser "comparativo", según lo ordena el artículo 33 del Decreto 222 de 1983 que contempla los criterios para la adjudicación, deberá concluir con que ésta se haga al licitador o concursante cuya propuesta se estime más favorable y para que sea realmente justa la adjudicación, deberá estar acorde con el máximo de calificación, obviamente merecedora de la mejor opción.

En lo que se refiere a los criterios para la adjudicación de los espacios de televisión, no existe norma alguna que impida al Presidente de la República el reglamentarlos. El coadyuvante del actor, ciudadano Pedro Sánchez Castillo, al afirmar que "la ley dijo que era el CNTV el competente para establecer los criterios de adjudicación en los pliegos, y no el Presidente de la República pretextando reglamentar", no logra citar la norma concreta en que así se determine aunque apoya su afirmación en el Decreto 222 de 1983 y en la Ley 42

tantas veces citada. La única referencia que podría tener alguna similitud con la materia, es la establecida en el literal i) del artículo 13 de la Ley 42, artículo que determina las funciones del Consejo Nacional de Televisión. Dicho literal dice: "Establecer los criterios generales con arreglo a los cuales podrá autorizarse la adjudicación de espacios de televisión a empresas concesionarias *por períodos superiores al previsto en el régimen de contratación vigente*... (subrayamos)". Como se ve, no es norma general sino una situación de excepción "para períodos superiores al previsto en el régimen de contratación vigente".

No aparece pues ni innecesaria ni extralimitada en la potestad reglamentaria la disposición contemplada en el numeral 3 del artículo 7º del Decreto en cuestión, así como tampoco se revela en él variación ni desviación de funciones ni creación de nuevas situaciones, lo que hace improcedente su declaratoria de nulidad.

En el mismo orden de ideas, podría decirse que la disposición contenida en el numeral 4 del mismo artículo 7º sobre la "equidad" que debe regir en la adjudicación, es una orientación del Ejecutivo, no "improvisado legislador", para que la justicia natural que debe presidir todos los actos humanos, vaya pareja con la justicia legal que corresponde aplicar a los funcionarios designados para ello. Se exime la Sala de hacer más amplias consideraciones al respecto ya que el actor, fuera de exponer su criterio personal, no dice cuáles normas legales superiores son transgredidas con lo dispuesto en dicho numeral.

Solicita igualmente el actor que se declare la nulidad del artículo 8º del Decreto 0350 porque, según su apreciación, dicho artículo "no reglamenta el literal m) del artículo 13 de la Ley 42 sino que introduce una interpretación que recorte el mandato legal y abre las compuertas para la sectaria adjudicación de noticieros al tiempo que invoca razones de imparcialidad y objetividad".

Varios pronunciamientos se han hecho a lo largo de este proceso sobre la "norma" demandada. Baste citar el del auto admisorio de la demanda que negó la suspensión provisional, el del Consejero que conoció del recurso de súplica contra dicho auto y el concepto que al respecto emitió el colaborador Fiscal. Se uniforman dichos criterios al deducir del contexto del acto demandado, que éste no hace cosa distinta a reiterar lo dicho en la norma reglamentada, es decir, "la absoluta imparcialidad y objetividad" en materia política y partidista.

Para proceder a estudiar la ilegalidad o no del texto acusado, es necesario en primer lugar, a través de una atenta lectura, tratar de desentrañar su significado. Así se deduce, después de un detenido análisis del párrafo, que en él nada se dice. Efectivamente, si en lugar del punto final colocamos una coma, signo que realmente corresponde según el hilo del discurso, observamos que lo que hay allí escrito es la primera parte de una cláusula compuesta que, por fuerza gramatical, debe llevar una complementaria. Es decir, se hizo la introducción de

algo que se iba a decir pero que no se dijo. Se comenzó adhiriendo totalmente a la norma reglamentada con intención, seguramente, de agregar una aclaración o una guía para su interpretación que al fin de cuentas no aparece. Veamos:

> "Tal como lo establece la Ley 42, artículo 13, literal m, la adjudicación de espacios para programas informativos (noticieros), la cual se hará a aquellos licitantes cuyas propuestas, a juicio del Consejo Nacional de Televisión, estén más sólidamente estructuradas desde el punto de vista periodístico, con absoluta imparcialidad y objetividad, y sin tener en cuenta consideraciones partidistas" (...?).

Se nota a todas luces que la mal redactada frase nada expresa, nada define, nada determina. Y, siendo así, a nada obliga. Es, el escrito de marras que forma el cuerpo del artículo 8º del Decreto 0350 de 1987, un período gramatical en el que las oraciones a pesar de su aparente enlazamiento, no tienen un sentido completo, aún colocándole un punto final como consta en el original. Así pues, no habiendo materia que juzgar, la Sala se abstiene de hacer consideración alguna.

Considera la Sala finalmente, la solicitud de nulidad que hace el demandante del artículo 9º del Decreto en examen y cuyo texto dice: "El presente Decreto rige a partir de la fecha de su expedición".

Se dice de él que viola flagrantemente los artículos 2º y 8º de la Ley 57 de 1985 que establece que los decretos del Gobierno rigen a partir de su publicación. En auto de fecha veintiocho de mayo de mil novecientos ochenta y siete, constante en el expediente a folios 24 y siguientes, se suspendió provisionalmente dicha disposición por considerarse que "aquí sí asiste plenamente la razón al peticionario. En efecto, el artículo 2º de la Ley 57 de 1985 en su literal b) ordena la publicación en el Diario Oficial de los decretos del Gobierno y el artículo 8º *ibídem* preceptúa que tales actos sólo regirán a partir de la fecha de la publicación. Consagra pues la norma en cuestión el principio de publicidad de los actos administrativos, que no puede ser vulnerado, so pena de nulidad de la decisión que otra cosa ordene, al disponer por lo tanto el artículo en cuestión que el Decreto comenzará a regir a partir de la fecha de su expedición, incurrió en manifiesto quebranto de las normas citadas". Sin embargo, como en el Diario Oficial acompañado con la demanda consta que el Decreto en mención fue publicado el 26 de febrero de 1987, rigiendo desde esa fecha, no tiene ahora ningún sentido hacer declaración alguna sobre el particular.

Por lo hasta aquí expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, después de haber escuchado el concepto del señor Agente del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

1º *Declárase* la nulidad del inciso segundo del artículo 5º del Decreto número 0350 de 1987 del Gobierno nacional (Ministerio de Comunicaciones).

2º *Se niegan* las demás súplicas del libelo.

Cópiese, publíquese, notifíquese, archívese el expediente y cúmplase.

La providencia anterior la discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día veintidós (22) de junio del corriente año.

Luis Antonio Alvarado Pantoja, Samuel Buitrago Hurtado, Guillermo Benavides Melo, Ausente con excusa; *Simón Rodríguez Rodríguez.*

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

CAPITULO III

DECRETOS DEL GOBIERNO

SUSPENSION PROVISIONAL

SUSPENSION PROVISIONAL. RENTA EXENTA. Requisitos.

La violación ostensible de norma superior se percibe en el artículo 6º del Decreto reglamentario 1889 de 1988 que requiere para determinar la renta exenta a que se refiere el Decreto, que los ingresos se originen en la venta "y entrega material de bienes dentro de dichas zonas".

(Decrétase la suspensión provisional de los efectos de la acepción contenida en el art. 6º del Decreto reglamentario 1889 de 1988: "...y entrega material de bienes dentro de dichas zonas".

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., veintiséis de enero de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor José Ignacio Narváez García.*

Referencia: Expediente número 2367. Autoridades nacionales. Acción de nulidad y suspensión provisional contra el artículo 6º del Decreto reglamentario número 1889 de 1988. Auto.

Actor: Francisco Eladio Gómez G.

El doctor *Francisco Eladio Gómez G.*, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del Decreto extraordinario 01 de 1984 (C. C. A.) solicita que, por los trámites propios del proceso ordinario, se declare "la nulidad del artículo 6º del Decreto reglamentario número 1889, expedido por el señor Presidente de la República el 13 de septiembre de 1988, en la parte que dice: '...y entrega material de bienes dentro de dichas zonas...' ". Pide también la suspensión provisional de esa disposición, porque estima que viola "numerosas normas superiores", como las siguientes:

a) El Decreto 3830 de 1985 en cuyo artículo 11 se decretó una exención del impuesto de renta para los ingresos o rentas provenientes de nuevas empresas agrícolas o ganaderas o de nuevos establecimientos industriales, comerciales o mineros ubicados en las áreas que el Instituto Geográfico Agustín Codazzi calificara como afectadas por la actividad volcánica del Nevado del Ruiz;

b) El artículo 2º de la Ley 44 de 1987 que confirmó la exención tributaria otorgada por el Decreto-ley 3830 citado;

c) El artículo 1857 del Código Civil, según el cual, "la venta se reputa perfecta desde que las partes han convenido en la cosa y en el precio..." y por ser consensual ese contrato, para su perfeccionamiento no es menester que se produzca la entrega de la cosa, obligación que emana de aquel para el vendedor y que es susceptible de libre estipulación;

d) El artículo 1645 del Código Civil porque éste dispone que el pago debe efectuarse en el "lugar designado por la convención". Y si las partes no han convenido algo al respecto, el artículo 1646 *ibídem* prevé que el pago se hará en el lugar en que el cuerpo cierto existía al tiempo de constituirse la obligación o en el domicilio del deudor si se trata de otra cosa;

c) En materia tributaria el artículo 4º del Decerto-ley 3541 de 1983 distingue entre el contrato de venta y la entrega del respectivo bien vendido. Y según el artículo 16 del Decreto-ley 2053 de 1974 se entienden realizados los ingresos cuando se reciben efectivamente en dinero o en especie, en forma que equivalga legalmente al pago, exceptuándose —entre otros— los ingresos obtenidos por los contribuyentes que llevan contabilidad por el sistema de causación, caso en el cual se considerarán realizados en el período gravable en el que se causaron. Y cuando el ingreso proviene de ventas, no depende de la entrega de la cosa vendida. De ahí que la disposición acusada vulnere esos preceptos al mandar que cuando se vendan productos diversos como arroz, café, maíz o ganado producidos en la zona afectada por la erupción volcánica del Nevado del Ruiz no pueden ser entregados en otras áreas geográficas. Además, no se ve razón valedera para establecer diferencia con las ventas de bienes manufacturados o transformados en dichas zonas, en los cuales no se toma en cuenta el lugar de entrega, y se desconoció así la igualdad jurídica instituída en el artículo 16 de la Constitución Nacional;

f) Es palmaria y manifiesta la violación de los preceptos anteriormente citados, así como el artículo 905 del Código de Comercio, en concordancia con el 1849 y el 1857 del Código Civil;

g) So pretexto de ejercer la potestad reglamentaria, el Gobierno legisló y asumió una competencia atribuida al Congreso de la República en el ordinal 1º del artículo 76 de la Constitución Nacional, y se excedió en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

Como la demanda reúne plenamente los requisitos de ley, es procedente su admisión.

Y respecto de la suspensión provisional de la disposición acusada, son pertinentes estas *consideraciones:*

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 152 del Decreto extraordinario 01 de 1984, cuando la acción instaurada es de nulidad,

para suspender los efectos del acto demandado, basta que éste aparezca ostensiblemente violatorio de una norma superior y que esa contradicción se perciba en una simple comparación. Es precisamente lo que se observa al primer golpe de vista en el artículo 6º del Decreto reglamentario número 1889 de 1988 que requiere para determinar la renta exenta a que el mismo decreto se contrae, que los ingresos se originen en la venta *"y entrega material de bienes dentro de dichas zonas..."*, pues la frase subrayada y entre comillas establece un elemento nuevo para perfeccionar el contrato de compraventa, no previsto en los Códigos Civil y de Comercio, ni en las disposiciones que se pretende reglamentar ni en las normas tributarias que regulan los ingresos de los contribuyentes originados en ventas de bienes de cualquier naturaleza, así como en otras normas puntualizadas por el actor en los escritos de sustentación.

De manera que como la suspensión pedida está respaldada en abundantes argumentos que merecen amplia dilucidación en el fallo con el cual habrá de culminar este proceso, y tal medida no es de las prohibidas por la ley, resulta procedente porque se cumplen a cabalidad los requisitos exigidos en el citado artículo 152 del Código Contencioso Administrativo.

En consecuencia, la Sala Unitaria decide:

1º Admítese la demanda presentada en su propio nombre por el doctor Francisco Eladio Gómez G., y para su trámite se dispone:

a) Notifíquese personalmente al señor Director General de Impuestos Nacionales;

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 sea contestada la demanda y cualquier coadyuvante o impugnador, propongan excepciones o soliciten la práctica de pruebas.

2º Decrétase la suspensión provisional de los efectos de la disposición contenida en el artículo 6º del Decreto reglamentario número 1889 de 1988, en la parte que dice: "Y entrega material de bienes dentro de dichas zonas".

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

José Ignacio Narváez García.

Jorge A. Torrado, Secretario.

SUBSIDIO DE TRANSPORTE. SUSPENSION PROVISIONAL.

En el Decreto 1976 de 1988 demandado, al igual que en los actos declarados inexequibles por la Corte Suprema de Justicia se regula el subsidio de transporte colectivo urbano y la manera de su pago. Se presenta así manifiesta la violación de normas superiores que en este caso son las mismas que la Corte halló quebrantadas por los decretos declarados inconstitucionales.

SUSPENSION PROVISIONAL del Decreto 1976 de septiembre 23 de 1988 proferido por el Presidente de la República.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., veintisiete de enero de mil novecientos ochenta y nueve.

Expediente número 1063.

Actor: Pablo J. Cáceres Corrales.

El ciudadano y abogado Pablo J. Cáceres Corrales formula demanda de nulidad contra el Acuerdo número 1976 de 23 de septiembre de 1988 "por el cual se reglamenta el artículo 7º de la Ley 30 de 1982 relacionado con el subsidio de transporte urbano y al mismo tiempo en escrito separado solicita la suspensión provisional de dicho ordenamiento que estima abiertamente violatorio de normas superiores además de constituir una repetición de un acto de Gobierno declarado inexequible por la Corte Suprema de Justicia".

De la demanda:

Por venir arreglada a derecho la demanda deberá admitirse, dándole el curso procesal que le corresponde.

De la suspensión provisional:

Resumiendo, expresa así el actor la solicitud de esta medida:

"La suspensión provisional de los efectos de tal acto administrativo, por ser manifiestamente inconstitucional al reproducir textos legales que fueron suspendidos por la honorable Corte Suprema de

Justicia y crea y ordenar el pago de un gasto público a cargo del Estado contradiciendo las reglas constitucionales vigentes.

"En síntesis, en este caso la manifiesta contradicción de la resolución con la Constitución y la ley es tan evidente que se dan la totalidad de los supuestos de que tratan los artículos 152 y 158 del Código. En primer lugar, ella es una reproducción de unos decretos declarados inconstitucionales porque invaden la competencia del Congreso de la República: En segundo lugar, porque decreta y ordena el pago de un gasto público que la ley no ha autorizado y en tercer lugar porque la ley en que se apoya tiene otros fines y previsiones distintos a los reglamentados por el Decreto 1976 de 1988".

Ante todo precisa decir sobre esta solicitud del doctor Pablo J. Cáceres Corrales que son dos situaciones diferentes, la cotemplada en el artículo 152 y el 158 respectivamente del Código Contencioso Administrativo. Por el primero se regula la suspensión de los efectos de un acto administraitvo demandado, como medida excepcional cuando hay manifiesta violación de una norma superior que el juzgador pueda apreciar a primera vista al confrontar ésta con el acto acusado. La segunda disposición, en cambio, se contrae a la reproducción de actos anulados o suspendidos por parte de quien los dictó "si conserva en esencia las mismas disposiciones anuladas o suspendidas".

Sería suficiente la lectura de los dos preceptos para darse cuenta que el artículo 158 presupone entre otras cosas, el que se haya suspendido el acto cuya nulidad se demanda, siendo por lo tanto en el tiempo distintas las situaciones que contemplan. Primero se suspende ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa y después si es reproducido entonces sí habrá lugar a la aplicación del precepto indicado; pero no simultáneamente como lo pretende el actor.

Sin embargo, persigue de todas maneras el demandante la aplicación del artículo 158 para que se cumpla inmediatamente la suspensión, por cuanto según lo expone, se trata de la reproducción en el decreto demandado de unas disposiciones sobre subsidio de transporte urbano declaradas inexequibles por la Corte Suprema de Justicia.

Para el suscrito ponente es claro que el Código Contencioso Administrativo regula controversias originadas en actos y hechos administrativos conforme lo define el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, sin que le sea dado ampliar su radio de acción a situaciones como la que se pretende relacionar con la declaratoria de inconstitucionalidad por parte de la Corte Suprema de Justicia de normas similares a las contenidas en el Decreto 1976 de 1988. Su ámbito es de "actos anulados o suspendidos por la Jurisdicción Contencioso Administrativa", los cuales no podrán ser reproducidos, so pena de ser objeto de la medida de la suspensión inmediata, como lo prevé en el inciso 2º del supracitado artículo 158 del Código Contencioso Administrativo.

Por manera que por este primer aspecto, no se accederá a lo solicitado.

Ahora bien: Se propone la suspensión provisional del Decreto 1976 de 1988 por el cual se reglamenta el artículo 7º de la Ley 30 de 1982 y para ello se citan como violados los artículos 55, 76, numeral 13, 78, numeral 5, 207 y 210 de la Constitución Nacional, además del artículo 120, numeral 3, "subordinado totalmente a la ley".

En el orden legal se dice que el decreto desconoce la Ley 30 de 1982 que invoca, en cuanto que en ésta no se le da la facultad al Gobierno de crear gastos a cargo de la Nación, expresando el actor sobre el particular estos razonamientos:

"La Ley 30 de 1982 tampoco le atribuye al Gobierno la facultad de crear gastos a cargo de la Nación:

"a) En primer lugar, porque la Constitución se lo prohíbe puesto que en uso de la potestad reglamentaria no se crean gastos;

"b) En segundo término, porque el artículo 7º en su parágrafo únicamente permite regular las relaciones entre el Fondo Vial Nacional y la Corporación Financiera del Transporte para los efectos del pago de unos dineros que, provenientes del impuesto al consumo de algunos combustibles, debían ser entregados a la Corporación para el pago del subsidio vigente entonces. La reglamentación que faculta el artículo 7º no alcanza para 'crear' el subsidio, pues su fin se ubica en el interior de las actuaciones del Fondo Vial y la Corporación. Los pagos allí indicados no son a los transportadores sino a la Corporación. El contenido de la reglamentación que en ese parágrafo del artículo 7º se indica tiene, pues, otro contenido;

"c) En tercer término, porque el artículo 7º de la ley tuvo vigencia hasta el momento en que la Corte declaró inexequibles las disposiciones que creaban el subsidio al transporte urbano colectivo, ya que los artículos 207 y 210 de la Constitución hablan de dos clases de leyes para que los gastos sean viables: Una de ellas, *la primera* (ley anterior) decreta el gasto de conformidad con los planes y programas de desarrollo de que trata el ordinal 4º del artículo 76 y *la segunda* destina los recursos y dispone hacer el pago del gasto ya decretado antes. Para que el traslado de los dineros a la Corporación por parte del Fondo Vial, según las previsiones del artículo 7º, fuera viable y el pago del subsidio a favor de los transportadores fuera posible, se requería la existencia de una ley que creara el gasto. Esa *ley* primera y previa la constituyó, hasta la sentencia de la Corte, los Decretos 1277 de 1971 y 588 de 1978. A partir de 8 de septiembre dejaron de tener vigencia. Luego la segunda ley no puede ejecutarse porque el gasto perdió su piso legal, desapareció del orden jurídico y los artículos constitucionales 207 y 210 prohíben pagar gastos no reconocidos por la ley anterior".

Por último, dice que el decreto viola la sentencia de la Corte Suprema de Justicia por medio de la cual se declararon inexequibles los Decretos 1277 de 1971 y 588 de 1978, reproducidos en el Decreto demandado.

I. *La declaratoria de inexequibilidad del artículo 1º del Decreto 1277 de 1971 y del Decreto 588 de 7 de abril de 1978.*

El primer cargo que hace la demanda se contrae a la reproducción de las normas declaradas inexequibles por la Corte Suprema de Justicia, en cuanto considera que con el Decreto demandado se revivieron aquéllas, siendo por lo tanto idénticos los motivos de ilegalidad o inconstitucionalidad de unos y otros. Para dilucidar este planteamiento conviene precisar el contenido de los textos respectivos. Por el artículo 1º del Decreto 1277 de 1971 precitado, se creó el subsidio diario de transporte público colectivo urbano a cargo del Gobierno nacional pagadero en la forma que traen los artículos siguientes, subrogados en su integridad, primero por el Decreto 1824 de 1975 y posteriormente por el 588 de 1978 declarado inconstitucional por la Corte.

El Decreto 588 determinó que el Gobierno fijará las sumas mensuales que con sujeción a las apropiaciones de cada vigencia se pagarán por concepto de subsidio de transporte colectivo urbano para compensar el valor total de la tarifa real que deberían pagar los usuarios del servicio. En el artículo 2º se encomendó al Instituto Nacional del Transporte, INTRA, el estudio de costos mensuales para fijar las tarifas que se cobrarían a los usuarios y los montos del subsidio, el cual debería ser presentado a la consideración del Consejo de Ministros. Por el artículo 4º se estableció que el subsidio continuará siendo administrado por la Corporación Financiera del Transporte que devengará por ese servicio una suma determinada por cada vehículo inscrito.

El artículo 6º indica que el subsidio se pagará a los propietarios de buses y busetas en las ciudades determinadas por el Gobierno nacional. El resto del articulado consigna las condiciones para la inscripción de un vehículo en el programa del subsidio; la forma de liquidarlo; los plazos del cobro del mismo. Igualmente en los artículos finales se imponen sanciones por inexactitudes o por cobro indebido indicando los recursos y autoridades que deberán decidir en relación con ellos.

II. *El Decreto 1976 de 23 de septiembre de 1988.*

Este Decreto se expidió en ejercicio de las facultades del ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución y del artículo 7º de la Ley 30 de 1982 y entre sus principales disposiciones se compendian las siguientes:

El artículo 1º que se transcribe en su integridad, dice:

"El Gobierno nacional pagará a través de la Corporación Financiera del Transporte S. A. y con recursos provenientes del Fondo Vial Nacional, una suma no superior al cinco por ciento (5%) del valor previsto en el artículo 7º de la Ley 30 de 1982, a los propietarios de buses que presten regular y exclusivamente el servicio de transporte público colectivo urbano y que estén actualmente vinculados a empresas de transporte, en forma mensual según los modelos y de acuerdo con la siguiente tabla:

"Modelos	*Valor*
"1959 y anteriores	Hasta $ 61.539.00
"1960-1964	Hasta $ 67.593.00
"1965-1969	Hasta $ 76.532.00

"Parágrafo primero. Para el período comprendido entre el 25 de agosto y el 24 de septiembre de 1988 se reconocerán y pagarán las sumas señaladas en el artículo.

"Parágrafo segundo. Los buses de servicio colectivo urbano de pasajeros modelos 1970 y posteriores quedarán excluidos del programa del subsidio colectivo urbano".

El artículo 2º determina que la distribución y requisitos para el pago de lo dispuesto en el artículo anterior así como la administración estará a cargo de la Corporación del Transporte la cual queda autorizada para establecer los requisitos y procedimientos para el pago.

El artículo 5º le da al Instituto Nacional del Transporte INTRA, la función de elaborar el estudio de costos mensuales del transporte público colectivo urbano para fijar las tarifas que se cobrarán a los usuarios y las sumas que mensualmente se reconocerán conforme al artículo 1º.

Los artículos siguientes señalan la forma y condiciones de las cuentas de cobro y facultan a la Corporación Financiera del Transporte para recibir y comprobar las cuentas de cobro relacionadas con el subsidio o servicio de transporte urbano a que se refiere el artículo 1º, así como a imponer las sanciones por inexactitud o irregularidades en dicho cobro.

III. *Confrontación de las normas acusadas con las declaradas inconstitucionales por la Corte.*

Fácilmente se observa de este cotejo la realidad del cargo esbozado por el actor en su petición especial de suspensión. En el Decreto 1976 demandado al igual que en los actos declarados inexequibles por la Corte Suprema de Justicia se regula el subsidio de transporte colectivo urbano y la manera de su pago. Se presenta así manifiesta la

violación de normas superiores que en este caso son las mismas que la Corte halló quebrantadas por los decretos declarados inconstitucionales como se precisa en los siguientes apartes tomados del fallo de 8 de septiembre de 1988 invocado, cuya copia aportó el promotor de este proceso con el escrito de demanda (fl. 9).

"En consecuencia, el subsidio, que es una carga pública, no se podía 'asumir por el erario nacional' a través de un decreto del Presidente de la República, ni aún revestido de autorizaciones especiales del artículo 76, ordinal 11 de la Carta, como lo estaba para dictar el Decreto 1277 de 1971, pues esta es una función de la ley, ordinaria o habilitada debidamente no susceptible de ser ejercitada por el Ejecutivo como tal, según claro mandato del artículo 207 de la Constitución".

"Vale sí la pena afirmar que la ley de intervención económica (15 de 1959) no creó en ningún momento, por más que se apure su inteligencia, el subsidio oficial de que se trata, pues se limitó a establecer y regular el auxilio patronal destinado a ser recibido en parte por los trabajadores y en otra parte por los fondos de fomento del transporte que autorizó crear y que no tenían en momento alguno aportes oficiales, tanto que la partida inicial que ordenó entregar al fondo de Bogotá para propiciar la iniciación pronta de sus labores, tenía solamente el carácter de anticipo a cuenta de lo que en el futuro la Nación tuviera que pagar como patrono (art. 10)".

Claramente se deduce de esta transcripción el alcance de la sentencia de la Corte que se contrajo a decretos expedidos en virtud de los poderes conferidos al Ejecutivo mediante ley de autorizaciones de conformidad al ordinal 11 de la Constitución Nacional, pronunciamiento éste que con mayor razón es aplicable respecto a los decretos aquí demandados ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa dictados con base en el ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional, siendo como son, de inferior jerarquía.

Por manera que deberá en el caso *sub lite* accederse a la suspensión provisional solicitada en tanto se cumplen los presupuestos indispensables para ello, conforme al artículo 152 del Código Contencioso Administrativo.

En mérito de lo expuesto, se resuelve:

1º Admitir la demanda de nulidad contra el Decreto 1976 de 23 de septiembre de 1988 expedido por el Presidente de la República, presentada por el ciudadano Pablo J. Cáceres Corrales.

2º Notifíquese personalmente al señor Fiscal Primero de la Corporación.

3º Notifíquese personalmente al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público.

4º Fíjese el negocio en lista por el término legal.

5º Solicítense al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, los antecedentes administrativos que dieron lugar a la expedición del acto demandado.

6º Decrétase la suspensión provisional del Decreto 1976 de 23 de septiembre de 1988, proferido por el señor Presidente de la República.

Notifíquese y cúmplase.

Luis Antonio Alvarado Pantoja.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

POTESTAD REGLAMENTARIA. Alcance.

La potestad reglamentaria del Presidente de la República se limita a expedir órdenes, decretos y resoluciones necesarias para la cumplida ejecución de las leyes y en manera alguna para restringir y modificar el alcance o los términos de una norma sustantiva como sucede en el sub lite.

SUSPENDE PROVISIONALMENTE los efectos del artículo 16 del Decreto 1189 de 1988 (junio 17).

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., dieciséis de febrero de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Carmelo Martínez Conn.*

Referencia: Expediente número 2324. Autoridades nacionales. Acción de nulidad con suspensión provisional del artículo 16 del Decreto reglamentario 1189 de 1988. Auto.

Actor: Pedro Silvio Pulido Pinto.

El ciudadano Pedro Silvio Pulido Pinto, que se identifica con la cédula de ciudadanía número 17.125.380 expedida en Bogotá, en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del Decreto 01 de 1984, solicita de la Corporación que se declare la nulidad del artículo 16 del Decreto reglamentario número 1189 de 1988, y sea suspendido provisionalmente según lo dispuesto en el artículo 152 del Decreto 01 de 1984.

El memorial en el cual se formula la demanda reúne los requisitos exigidos en la ley procesal y por tanto, debe admitirse la demanda. Además, en el mismo escrito pide que se decrete la suspensión provisional, para lo cual se hacen las siguientes consideraciones de derecho.

Como la acción es la de simple nulidad, "basta que haya manifiesta violación de una norma superior, que se pueda percibir a través de una sencilla comparación, o del examen de las pruebas aportadas".

La norma cuya nulidad y suspensión provisional se solicita en la demanda, literalmente expresa:

"*Artículo 16:* Se entenderá cumplido el suministro de información a que se refiere el inciso 2º del artículo 20 del Decreto 2503 de 1987 manteniendo dentro de la contabilidad del comisionista de bolsa la información allí solicitada".

Para el actor la norma anterior es contraria al artículo 20 del Decreto extraordinario 2503 de 19 de diciembre de 1987, dictado en uso de las facultades otorgadas en el artículo 20 de la Ley 75 de 1986, que a la letra dice:

"*Artículo 20:* Información de las bolsas de valores y de los comisionistas de bolsa".

"A partir del año de 1989, las bolsas de valores deberán informar anualmente dentro de los plazos que indique el Gobierno nacional, los apellidos y nombre o razón social y NIT de cada uno de los comisionistas de bolsa inscritos con indicación del valor acumulado de las transacciones durante el año gravable inmediatamente anterior".

"A partir del mismo año, los comisionistas de bolsa deberán informar anualmente, los apellidos y nombre o razón social y NIT de cada una de las personas o entidades que durante el año gravable inmediatamente anterior efectuaron a través de ellos enajenaciones o adquisiciones, de acciones y demás papeles transados en bolsa, cuando el valor anual acumulado en cabeza de una misma persona o entidad exceda de diez millones de pesos ($ 10.000.000.00), con indicación del valor total acumulado de dichas operaciones".

Entre otras razones, la demanda aduce que "conservar la información y enviarla a la Administración Tributaria son dos cosas completamente diferentes que no permiten asimilaciones ni confusiones".

Se considera:

A juicio de la Sala Unitaria la suspensión provisional es procedente. En efecto, mientras el legislador extraordinario en el inciso 2º del artículo 20 ya transcrito, le ordena al agente de bolsa que "a partir del mismo" es decir —de 1989—, "deberá informar anualmente, los apellidos y nombre o razón social y NIT de cada una de las personas o entidades que durante el año gravable inmediatamente anterior efectuaron a través de ellos enajenaciones o adquisiciones de acciones y demás papeles transados en bolsa, cuando el valor anual acumulado en cabeza de una misma persona o entidad exceda de diez millones de pesos ($ 10.000.000.00), con indicación del valor total acumulado de dichas operaciones", el Decreto reglamentario en el artículo 16 cambia la obligación de informar al Gobierno nacional las transacciones de una misma persona que pasen de $ 10.000.000.00, en un año por la de mantenerla dentro de su contabilidad al decir, que "se entenderá cum-

plido el suministro de información a que se refiere el inciso 2º del artículo 20 del Decreto 2503 de 1987, manteniendo dentro de la contabilidad del comisionista de bolsa la información allí solicitada".

Es un lugar común repetir que la potestad reglamentaria del Presidente de la República, conforme al artículo 120-atribución 3ª de la Constitución política, se limita a expedir las órdenes, decretos y resoluciones necesarios para la cumplida ejecución de las leyes y en manera alguna para restringir y modificar el alcance o los términos de una norma sustantiva como sucede en el caso *sub lite,* en la que la obligación de informar al Gobierno, se cambia por la de mantener la información en su contabilidad, lo que equivale a decir, que no debe informar al Gobierno las circunstancias que la norma superior le impone como obligación de derecho público. Como es clara la violación de una norma superior de derecho, en este caso el artículo 20 del Decreto extraordinario número 2503 de 1987, se impone decretar la suspensión provisional de la norma acusada.

En consecuencia,

Se dispone:

1º Admítase la demanda.

2º Notifíquese al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público en representación de la Nación.

3º Notifíquese al señor Agente del Ministerio Público.

4º Fíjese en lista por el término legal.

5º Suspéndase provisionalmente los efectos del artículo 16 del Decreto 1189 de 17 de junio de 1988, que dice: "Se entenderá cumplido el suministro de información a que se refiere el inciso segundo del artículo 20 del Decreto 2503 de 1987, manteniendo dentro de la contabilidad del comisionista de bolsa la información allí solicitada".

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Carmelo Martínez Conn.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

POTESTAD REGLAMENTARIA. PERSONAS JURIDICAS DE DERECHO PRIVADO. CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR.

Los artículos 71, 72, 73, 74 y 79 del Decreto reglamentario 341 de 1988 al contrariar el sentido evidente del fallo de la Corte Suprema de Justicia que envuelve una decisión de cosa juzgada erga omnes *(septiembre 6 de 1982), entrañan ostensible quebranto de los preceptos 120-19 y 135 de la Constitución Nacional. El artículo 100 del mismo Decreto reglamentario excede el sentido estricto de las facultades propias de "inspección y vigilancia" del Presidente de la República sobre las personas jurídicas de derecho público a que se refiere el artículo 120-19 de la Carta (SUSPENSION PROVISIONAL).*

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., diecisiete de febrero de mil novecientos ochenta y nueve.

Referencia: Expediente número 1069.

Actor: Guillermo Salamanca M.

En ejercicio de la acción popular expresamente dice y solicita el actor de la referencia: 1º *"Acuso* la totalidad de la normatividad contenida en el Decreto 341 de 1988 para que se *declare* su nulidad" (fl. 132 vto.); 2º En su *"acusación pormenorizada"* que al citado Decreto 341 de 1988 hace en el mismo libelo, se refiere a la declaratoria de nulidad específica de los siguientes veinticinco (25) artículos: 23, 26, 37-1º-3º, 38-6º, 45, 46, 48-i-2º, 49, 51, 52, 56, 57, 63, 64, 65, 66, 90, 67, 71, 72, 73, 74, 76, 75 y 92 (Ver fls. 135 vto. a 147 vto.); y 3º En escrito separado de la demanda pide se decrete la suspensión provisional de los siguientes nueve (9) artículos: 45, 66, 90, 71, 72, 73, 74, 79 y 100 (Ver fls. 151 a 153).

Como a primera vista la demanda satisface los requisitos que de mera forma exige la ley, será admitida.

Suspensión provisional:

En síntesis, el demandante impetra la medida precautelativa extraordinaria contra los citados nueve artículos dando las siguientes razones:

Artículo 45: A más de modificar los artículos 15 y 69 de la Ley 21 de 1982, asigna nuevas funciones a la Caja Agraria y amplía su operancia en el campo de la seguridad social sobre el pago del subsidio familiar, pues la ley limita esta facultad a "los empleadores cuyas actividades sean la agricultura, la silvicultura, la ganadería, la minería, la pesca, la avicultura o la apicultura", cuando no funcione Caja de Compensación Familiar en la localidad en donde se causen los salarios o una próxima dentro de los límites de los respectivos departamentos, intendencias o comisarías o en la división política territorial más cercana, como lo indica el artículo 15 de la Ley 21 de 1982. Este artículo 15 de la Ley 21 contiene un mandato, en consonancia con sus artículos 41, 42, 43 y 62, funciones éstas no propias de la Caja Agraria. Dicho artículo 15 introduce una excepción a la regla general y ordena estar a lo dispuesto en el artículo 70, "que corresponde en el texto definitivo de la Ley al 69" y por la misma "razón de la permisibilidad exceptiva, la facultad que se otorga a la Caja de Crédito Agrario, se concreta a la taxatividad de la excepción que comprende exclusivamente la posibilidad, no la obligación, del pago por parte de los empleadores" a las actividades primarias anotadas antes. Pero "al disponer la norma reglamentaria (el art. 45) que 'la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, *sólo podrá recibir empleadores de sectores diferentes al primario y agroindustrial,* en aquellas ciudades o localidades en donde no funcionen Cajas de Compensación Familiar, siempre y cuando haya sido autorizada a prestar servicios en la forma establecida en el *inciso final del artículo 77* de la Ley 21 de 1982', modifica las disposiciones de los artículos 15, 69 y 72 de la Ley 21, que únicamente permiten que se efectúe el pago del subsidio familiar (o del 6% de la nómina mensual de salarios) en la Caja de Crédito Agrario por parte de los empleadores del denominado sector primario" (Subrayas del actor). A través de la potestad reglamentaria y so pretexto de la autorización del inciso final del artículo 77 de la Ley 21, que nada tiene que ver con los empleadores del sector primario, hace extensiva una facultad a otros aspectos diferentes, ya que tal inciso final "no comprende en forma alguna la posibilidad de otorgar tal autorización".

Artículos 66 y 90: "...violan el artículo 26 (de la C. N.) pues otorgan al Superintendente del Subsidio Familiar la facultad de sancionar sin que las causas que puedan generar tales sanciones y el procedimiento que en tales casos deba aplicarse, se encuentran contenidos en ley preexistente". Es que no puede existir "falta disciplinaria como tampoco sanción sin previa disposición legislativa que las consagre".

Artículos 71, 72, 73, 74 y 79: Pretenden revivir "con grave violación del principio de la cosa juzgada *erga omnes*", lo previsto en el literal f) del artículo 6º de la Ley 25 de 1981, declarado inexequible por la Corte Suprema de Justicia en fallo de 6 de septiembre de 1982. Conforme se deduce de su simple lectura, las atribuciones del literal f) del artículo 6º, materia de inexequibilidad, son idénticas a las atribuciones que prevén los cinco artículos reglamentarios prenombrados.

Artículo 100: Es inconstitucional e ilegal: "La autonomía de la Corporación como persona jurídica de derecho privado y el derecho a darse sus propios estatutos acorde con la normatividad legal establecida, desaparece al serle forzosamente impuestos por la norma reglamentaria", frente a los artículos 12, 17, 32, 44 y 76-1 de la Constitución Nacional, y 636, 638, 639, 640 y 641 del Código Civil.

Se considera:

Como lo tiene sentado esta Corporación, para que pueda decretarse la medida cautelar extraordinaria contemplada en el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, son requisitos fundamentales, en tratándose de la acción popular anulatoria, como en el presente caso: *a)* Que exista una flagrante violación de norma superior; *b)* Que el palmario quebranto sea directo por parte de la norma acusada a la disposición de categoría superior, sin que sea menester hacer profundos análisis, exámenes indirectos o acudir a un encadenamiento de disposiciones para concluir con la posible violación; *c)* Que la ostensible transgresión surja espontánea y clara como producto del simple cotejo o sencilla comparación entre la disposición acusada y la presuntamente lesionada o del examen de las pruebas aportadas; *d)* Que la suspensión provisional se formule expresamente en el libelo de demanda, con la debida sustentación, o en escrito separado; *e)* Que la solicitud se presente con anterioridad a la emisión del auto admisorio de la demanda; y *f)* Que la medida precautelativa no se encuentre prohibida por la ley.

Veamos a continuación si tales requisitos se cumplen en este caso y para ello seguiremos el mismo orden que viene en la solicitud, según los cargos antes sintetizados.

a) *Artículo 45:* Este precepto expresa que la Caja Agraria "sólo podrá recibir empleadores de sectores diferentes al primario y agroindustrial, en aquellas ciudades o localidades donde no funcionen cajas de compensación familiar, siempre y cuando haya sido autorizada a prestar servicios en la forma establecida en el inciso final del artículo 77 de la Ley 21 de 1982".

Frente al cargo que formula el acusador a este artículo 45, ha de observarse que *prima facie* la Ley 21 de 1982 no es absolutamente clara al respecto, por lo siguiente: El inciso final del artículo 77 de la Ley dice: *"Sin embargo, por consideraciones de especial conveniencia,* la Superintendencia de Subsidio Familiar podrá autorizar a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero destinar hasta un quince por ciento (15%) de los ingresos correspondientes al recurso de *subsidio familiar para la realización de obras y programas sociales con el objeto de reconocer el pago del subsidio en servicios o especie"* (Se ha destacado). El artículo 6º de la misma Ley 21 concluye diciendo genéricamente: "...cuando el respectivo empleador *haya pagado opor-*

tunamente los aportes de ley por intermedio de una Caja de Compensación Familiar o de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero" (Subrayado). El artículo 69 de la Ley 21 dice: "Los empleadores cuyas actividades sean la agricultura, la silvicultura, la ganadería, la pesca, la minería, la avicultura o la apicultura, *pagarán* el subsidio familiar por intermedio de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero más cercana al domicilio de los trabajadores, o de una Caja de Compensación Familiar según la regulación general. Parágrafo. Los empleadores del sector agroindustrial *podrán* seguir pagando el subsidio familiar a través de una Caja de Compensación según la regulación general". El artículo 70 de esta ley dice: "Para que los pagos efectuados por concepto de salarios, subsidio familiar, aportes para el SENA, calzado y overoles para los trabajadores sean deducibles para efectos de impuestos sobre la renta y complementarios, es necesario que el contribuyente acredite haber consignado oportunamente en la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero que funcione en la localidad más cercana al domicilio de sus trabajadores, o en la Caja de Compensación a que se hallare afiliado, los aportes ordenados por la presente ley. Igual comprobación se requerirá cuando se tramite un crédito ante la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, o ante cualquier institución que tramite o haga intermediación de créditos para el sector agropecuario. Las certificaciones de paz y salvo que se expidan para efectos de este artículo serán válidas durante el año fiscal correspondiente". Manda el inciso primero del artículo 71 de la Ley 21 de 1982: "Los empleadores determinados en el artículo 70, deberán consignar en la agencia, sucursal u oficina de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, o en la Caja de Compensación a que se hallaren afiliados, dentro de los veinte (20) primeros días hábiles de cada mes, una suma equivalente al seis por ciento (6%) del valor de la nómina del mes inmediatamente anterior". Y el parágrafo de este artículo 71 dispone: "En caso de extemporaneidad en la consignación la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, cobrará intereses de mora, sin perjuicio de las sanciones legales". El canon 75 de la Ley 21 preceptúa: "La Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero podrá reglamentar lo concerniente a la forma de pago del subsidio familiar en dinero mediante la consignación mensual en cuentas de ahorro del valor de esta prestación". El inciso primero del artículo 77 de la Ley 21 comienza diciendo: "La Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero remitirá al Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, el valor de los recaudos que correspondan a dicha entidad dentro del término..."; igualmente empieza expresando el inciso segundo de este artículo 77: "La Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero deducirá de los ingresos correspondientes..."; ya vimos atrás lo que ordena el inciso final de tal artículo 77. El artículo 78 de la ley indica: "La Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero organizará una dependencia *que tendrá por objeto exclusivo la administración del subsidio familiar del sector primario y de las empresas de otros sectores que paguen el subsidio familiar por medio de dicha Caja*. Esta dependencia tendrá un reglamento especial que

contemplará el manejo administrativo y contable de los recursos captados por concepto de subsidio familiar" (Lo destaca el Despacho). Por último, comienza expresando el artículo 86 de la Ley 21: "Cuando el respectivo empleador no esté afiliado a una Caja de Compensación Familiar o a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, y por parte del trabajador le sea exigido judicialmente el pago de esta prestación, se presume..."

De suerte, pues, que del contexto de las pretranscritas disposiciones superiores de la Ley 21 de 1982, no surge clara, espontánea y directa, como fruto de una sencilla comparación, la grosera violación que el acusador le endilga al artículo 45 del Decreto 341 atacado. No prospera el cargo;

b) *Artículos 66 y 90:* Tampoco comparte el Despacho el cargo hecho por el demandante a estos artículos del reglamento, porque, por una parte, la Ley 21 de 1982 sí habla expresamente de *sanciones, verbi gratia,* en sus artículos 45, 71 y 86; además, sería necesario examinar toda la legislación "preexistente" sobre el particular, y a la que sin nombrarla alega el actor, respecto del procedimiento aplicable a determinar las sanciones de que habla la Ley 21. No prospera el cargo contra estos artículos 66 y 90;

c) *Artículos 71, 72, 73, 74 y 79:* Alega el actor que estos artículos reglamentarios "reviven" lo previsto en el literal f) del artículo 6º de la Ley 25 de 1981, declarado inexequible por la Corte Suprema de Justicia en fallo de 6 de septiembre de 1982, "con grave violación del principio de la cosa juzgada *erga omnes*". Decía el literal f) de dicho artículo 6º declarado inexequible:

"El Superintendente del Subsidio Familiar es un funcionario de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República y tendrá las siguientes atribuciones: (...) f) Aprobar o improbar los planes y programas de inversión para obras o servicios sociales que deben presentar las entidades bajo su vigilancia, y sin cuya autorización aquellas no podrán emprenderse".

Ahora bien: Dice el ordinal 2º del artículo 54 de la Ley 21 de 1982: "Son funciones de los Consejos Directivos:

"2º Aprobar, en consonancia con el orden de prioridades fijadas por la presente ley, los planes y programas a que deban ceñirse las inversiones y la organización de los servicios sociales.

"Los planes y programas antedichos serán sometidos al estudio y aprobación de la Superintendencia del Subsidio Familiar".

Mutatis mutandis, este ordinal 2º del artículo 54 de la Ley 21 de 1982, reproduce en alguna forma el literal f) del artículo 6º de la Ley 25 de 1981, cobijado por la declaratoria de inexequibilidad antedicha.

Para fundamentar su decisión de inexequibilidad dijo la Corte lo siguiente, que comparte este Despacho:

"La inspección y vigilancia sobre las instituciones de utilidad común que el artículo 120, ordinal 19 de la Constitución Nacional, atribuye al Presidente de la República, no lo faculta para administrarlas, desplazando a sus directores, pues a ello equivale el aprobar o improbar los planes y programas de inversión para obras o servicios sociales de las Cajas de Compensación Familiar.

"Inspeccionar y vigilar no es lo mismo que dirigir. Sólo en desarrollo del artículo 32 de la Constitución Nacional podría el Estado intervenir ciertas clases de entidades para los fines previstos en esa norma. Pero la Ley 25 de 1981 no es una ley de intervención. Y si la intención implícita de los legisladores fue la de intervenir las Cajas de Compensación, también sería inconstitucional la letra f) del artículo 6º de la ley acusada por violar el artículo 135 de la Carta, pues el Congreso no puede atribuir a una dependencia de un Ministerio funciones propias del Presidente de la República, que sólo a él le corresponde delegar cuando la ley señala la materia delegable. El Decreto 062 de 1976, por medio del cual el Presidente delegó en el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social la vigilancia de las Cajas de Compensación Familiar, materia delegable según la Ley 202 de 1936, no confiere la delegación de la hipotética facultad de intervención. En consecuencia la letra f) del artículo 7º (sic) de la Ley 25 de 1981 es inexequible".

Aunque los artículos reglamentarios acusados se apoyen en el ordinal 2º de la Ley 21 de 1982, y esta disposición no haya sido materia de pronunciamiento de inconstitucionalidad de la Corte Suprema de Justicia, aquellos participan del vicio de inexequibilidad de la letra f) del artículo 6º de la Ley 25 de 1981 que se deja transcrito en parte. Por ello, naturalmente, al contrariar el sentido evidente del fallo de la Corte Suprema, que envuelve una decisión de cosa juzgada *erga omnes*, tales artículos reglamentarios números 71, 72, 73, 74 y 79 del Decreto 341 de 1988, entrañan ostensible quebranto de los preceptos 120-19 y 135 de la Codificación Constitucional, no obstante la ley que dicen reglamentar (la 21 de enero 22 de 1982) sea de vigencia anterior a la sentencia de la honorable Corte Suprema de Justicia que declaró inexequible el literal f) del artículo 6º de la Ley 25 de 1981, proferida el 6 de septiembre de 1982. En consecuencia, prospera el cargo del actor en cuanto a la suspensión provisional solicitada sobre los mencionados cinco artículos reglamentarios acusados, de que trata este literal c);

d) *Artículo 100:* Este artículo reglamentario dispone que "el presente Decreto reforma en lo pertinente los estatutos de las Cajas de Compensación Familiar, de cuya adecuación formal se ocupará la asamblea general que se realice más próxima a su vigencia" (Conforme al art. 101 del Decreto 341, éste rige a partir de la fecha de su

publicación en el Diario Oficial, que lo fue en la edición de 25 de febrero de 1988).

De conformidad con el artículo 39 de la Ley 21 de 1982, "las Cajas de Compensación Familiar son personas jurídicas de derecho privado sin ánimo de lucro, organizadas como corporaciones en la forma prevista en el Código Civil..."

Dicen los artículos 636 y 641 del Código Civil:

"Artículo 636. Los reglamentos o estatutos de las Corporaciones, que fueren formados por ellas mismas, serán sometidos a la aprobación del Poder Ejecutivo de la Unión, quien se la concederá si no tuvieren nada contrario al orden público, a las leyes o a las buenas costumbres".

"Artículo 641. Los estatutos de una Corporación tiene fuerza obligatoria sobre ella y sus miembros están obligados a obedecerlos bajo las penas que los mismos estatutos impongan".

A su turno, el artículo 120-19 de la Constitución Política establece que "corresponde al Presidente de la República como Jefe del Estado y suprema autoridad administrativa: (...) 19. Ejercer inspección y vigilancia sobre instituciones de utilidad común para que sus rentas se conserven y sean debidamente aplicadas, y que en todo lo esencial se cumpla con la voluntad de los fundadores".

Aunque bien pueda contener algún precepto de la categoría de reglamento autónomo, para cuyo dilucidamiento se requeriría un examen muy laborioso, es incuestionable que el articulado del Decreto 341 de 1988 se ha proferido con base en la potestad reglamentaria del Presidente de la República, como quiera que su encabezamiento reza: "El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de sus facultades, en especial de las que le confiere el numeral 3º del artículo 120 de la Constitución Política".

Con fundamento en las disposiciones acabadas de transcribir y aunque para el Despacho las normaciones del Decreto 341 acusado tienen el carácter de reglamentos ordinarios, como que fueron dictadas en desarrollo del canon 120-3 de la Constitución Política, que no en aplicación del precepto 120-19 *ibídem* (reglamentos constitucionales), resulta claro que, en la hipótesis de que trata este último evento (120-19), el artículo 100 del Decreto 341 acusado excede el sentido estricto de las facultades propias de "inspección y vigilancia" del Presidente de la República sobre las personas jurídicas de derecho privado a que se refiere tal ordenamiento 120-19 de la Carta. Y ese desbordamiento consiste en que dicho artículo 100 envuelve una clara decisión interventora o, por mejor decir, invasora, al reformar, por fuera de la voluntad o contra la voluntad de las mentadas personas jurídicas privadas, las normaciones fundamentales que trazan los pa-

rámetros por los cuales ha de discurrir su actuación, cuales son los preceptos contenidos en los estatutos correspondientes. Es decir, el artículo 100 del Decreto 341 de 1988 está imponiendo a esas personas jurídicas privadas una voluntad ajena o distinta de la de sus miembros mayoritarios, voluntad que no puede confundirse con las facultades inspectoras y vigilantes del Primer Magistrado de la Nación, facultades estas que se limitan exclusivamente a la verificación del cumplimiento de la ley que rige las actividades de las entidades supervigiladas, en interés de sus beneficiarios, de los terceros que con ellas mantengan relaciones y de la propia ley. Por ende, prospera el cargo contra este artículo 100 de ser ostensiblemente transgresor de disposiciones de índole superior, pues es ilegal e inconstitucional, y habrá de ser suspendido provisionalmente.

En consecuencia, el Despacho

Resuelve:

1º *Admitir la demanda* propuesta.

2º *Suspender provisionalmente* los siguientes artículos del Decreto reglamentario número 341 de 25 de febrero de 1988: Setenta y uno, setenta y dos, setenta y tres, setenta y cuatro, setenta y nueve y cien (71, 72, 73, 74, 79 y 100).

3º *No acceder a decretar la suspensión provisional* de los artículos 45, 66 y 90 del mentado Decreto 341 de 1988.

4º Tener al ciudadano Guillermo Salamanca Molano como parte demandante.

5º Tener como parte demandada a la Nación colombiana, representada en este caso por el Ministro del Trabajo y Seguridad Social.

6º Notificar personalmente esta providencia al Fiscal Primero del Consejo de Estado.

7º Notificar igualmente de manera personal este proveimiento al Ministro del Trabajo y Seguridad Social.

8º Fijar en lista este negocio por el término legal de diez (10) días, para los efectos que prevé el artículo 207-3 del Código Contencioso Administrativo.

9º Prevenir al Gobierno nacional, a través del Ministro del Trabajo y Seguridad Social, respecto de la prohibición expresa que establece el artículo 158 del Código Contencioso Administrativo sobre reproducción en forma alguna de contenido idéntico, similar o equivalente al de los artículos del Decreto 341 de 1988 cuyos efectos quedan suspendidos conforme al ordinal 2º antecedente.

10. Comunicar esta decisión al Superintendente del Subsidio Familiar, con remisión de copia de la providencia. También se le enviará copia al Ministro del Trabajo y Seguridad Social.

11. Por Secretaría solicitar los correspondientes antecedentes administrativos a la Oficina Jurídica de la Presidencia de la República, al Ministro del Trabajo y Seguridad Social y a la Superintendencia del Subsidio Familiar.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Guillermo Benavides Melo, Consejero de Estado.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

POTESTAD REGLAMENTARIA. JUNTAS ADMINISTRADORAS SECCIONALES DE DEPORTES. Facultades.

Según el texto del artículo 10 del Decreto 2845 de 1984, las Juntas Administradoras Seccionales de Deportes solamente están autorizadas para conceder reconocimiento deportivo, mas no para decretar la suspensión o revocatoria del mismo; por manera que el Gobierno en las normas enjuiciadas, quebrantó esta disposición que reglamentaba, como también el numeral 3º del artículo 120 de la Constitución, por exceso de poder reglamentario.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., primero de marzo de mil novecientos ochenta y nueve.

Referencia: Expediente número 1123. Decretos del Gobierno.

Actor: César Castro Perdomo.

El doctor César Castro Perdomo en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo solicita se declare la nulidad parcial del artículo 9º y del parágrafo del artículo 11 del Decreto reglamentario número 515 de 17 de febrero de 1986, originario del Gobierno nacional.

La demanda satisface los requisitos de ley para su admisibilidad y así se hará en esta providencia. Y como en la misma se pide de modo expreso la suspensión provisional de las normas acusadas, se procede a resolver acerca de tal pedimento tal como lo dispone el artículo 154 del Código Contencioso Administrativo.

Consideraciones:

El doctor Castro Perdomo demanda la nulidad y suspensión provisional del artículo 9º del Decreto reglamentario 515 de febrero 17 de 1986 en la parte que dice textualmente:

"y podrá ser suspendido o revocado definitivamente cuando se compruebe que el organismo deportivo reconocido no cumple sus fines, o las disposiciones legales, estatutarias o reglamentarias. La providencia mediante la cual se suspende o revoca definitivamente el

reconocimiento deportivo deberá motivarse y, contra ella procede el recurso de reposición".

Y también parcialmente el parágrafo del artículo 11 del mismo Decreto pero sólo en la parte que se permite subrayar, norma que dice:

"*Parágrafo.* Del resultado de la visita se informará a la autoridad que otorgó la personería jurídica, al director del Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte (COLDEPORTES) o el de la junta administradora seccional de deportes correspondiente, para lo de su competencia y, *especialmente para que verifique si es preciso suspender o revocar definitivamente el reconocimiento deportivo que les corresponde otorgar a dichas entidades*".

Según aparece de la exposición de hechos de la demanda, el legislador extraordinario expidió el Estatuto Orgánico del Deporte, la Educación Física y la Recreación, mediante el Decreto-ley número 2845 de 1984 (noviembre 23), que había previsto en su artículo 29 que el Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte (COLDEPORTES) otorgaría la personería jurídica a los organismos deportivos; y en su parágrafo, que el Gobierno fijaría los requisitos para otorgarlas y las causales para suspender o cancelar la respectiva personería jurídica. En el artículo 10 instituyó el reconocimiento deportivo para que los clubes deportivos pudieran desarrollar sus actividades sociales y civiles. El artículo 29 citado y su parágrafo fueron declarados inconstitucionales por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 15 de agosto de 1985. Además, el estatuto en ninguna parte erigió las causales de suspensión o revocatoria del reconocimiento deportivo, ni estableció prohibición alguna sobre el particular, como tampoco la pena disciplinaria de suspensión o revocatoria. No obstante eso, en el Decreto acusado se instituyó la pena disciplinaria de suspensión o revocatoria del reconocimiento deportivo y reiteró lo mismo sobre las personerías jurídicas.

El actor plantea y limita lo atinente a la suspensión provisional expresando que si se lee el artículo 10 del Decreto extraordinario 2845 de 1984 sobre reconocimiento deportivo a los clubes deportivos profesionales, se encuentra que mientras en parte alguna de él se legisla sobre suspensión y revocatoria del reconocimiento deportivo, ni sobre la suspensión y cancelación de la personería jurídica de los clubes deportivos profesionales, el Decreto 515 de 1986 en las normas demandadas si lo hace, sin ninguna facultad del legislador extraordinario, por lo cual esos actos se dictaron con desviación de poder. Por eso considera violados flagrantemente los artículos 28 de la Constitución Nacional, pues un simple decreto reglamentario sin facultad de nadie ha instituido la figura jurídica de la suspensión o revocatoria y cancelación ya anotadas; el numeral 3º del artículo 120 de la Carta, porque mientras esta norma ha previsto el uso del poder reglamentario por parte del Presidente de la República cuando es necesario darle vida práctica a la ley que se reglamenta dentro de los parámetros trazados

por el legislador, en el caso presente sin que exista orden del legislador extraordinario para reglamentar lo relativo a la suspensión o revocatoria del reconocimiento deportivo, las normas demandadas lo hacen sin base constitucional para ello. Igualmente juzga violado el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil sobre la fuerza de la cosa juzgada de las acciones ciudadanas populares, bastando para llegar a esa conclusión leer las partes pertinentes de la sentencia de la Corte y compararlas con las normas acusadas.

Constante y reiteradamente ha sostenido la jurisprudencia del Consejo de Estado que la suspensión provisional de un acto administrativo es viable cuando el ostensible quebrantamiento de las disposiciones superiores de derecho que se citan en la demanda, surge del cotejo directo e inmediato de ellas con el acto administrativo impugnado.

Apoyado el suscrito Consejero en esa reiterada doctrina, estima que en el caso presente, de las normas señaladas por el demandante, como ostensiblemente violadas para efecto de la suspensión provisional, basta hacer el análisis simple de los actos acusados frente al artículo 11 del Decreto 2845 de 1984 y al numeral 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional para evidenciar la procedencia de la medida impetrada.

Partiendo de la base de que la única disposición que podría dar pie para dictar ordenamientos como los demandados era el artículo 29 del Decreto-ley 2845 de 1984, cuyo primer inciso y su parágrafo primero fueron declarados inexequibles por la honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia de 15 de agosto de 1985, hay que concluir forzosamente que las normas acusadas carecen de todo fundamento jurídico.

En efecto, decía el artículo 29 en mención que, "a partir de la promulgación del presente Decreto, el Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte (COLDEPORTES) otorgará personería jurídica a las federaciones deportivas nacionales y las juntas administradoras seccionales de deportes a los clubes y ligas deportivas y reconocerán sus representantes legales.

"Parágrafo I. El Gobierno nacional determinará los requisitos para otorgarlas y las causales para suspender o cancelar la personería jurídica".

Podría pensarse entonces que el fundamento de los actos acusados se encuentra en el artículo 10 del Decreto 2845 de 1984, según el cual, los clubes deportivos podrán cumplir sus objetivos con el reconocimiento "que les otorguen las Juntas Administradoras Seccionales de Deportes de su jurisdicción". Pero como bien se aprecia en su claro texto, la norma solamente autoriza a las Juntas Administradoras Seccionales de Deportes para conceder ese reconocimiento deportivo, mas no para decretar la suspensión o revocatoria del mismo. Por manera

que el Gobierno en las normas enjuiciadas, quebrantó el artículo 10 del Decreto-ley que reglamentaba, como también el numeral 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional por exceso en el poder reglamentario, violaciones que se aprecian a simple vista, sin necesidad de recurrir a complejos análisis para detectarlas.

La facultad o potestad reglamentaria, es sabido, se ha dado al Gobierno nacional "para la cumplida ejecución de las leyes" (numeral 3º, art. 120 de la C. N.). Consecuencialmente, el decreto que se expida en ejercicio de tal potestad debe limitarse a dar vida práctica a la ley que tiende a desarrollar y sólo puede desenvolver lo que explícita o implícitamente está comprendido en ella. Por tanto, no puede introducir normas que no se desprendan natural y lógicamente de sus disposiciones. Lo contrario implica una extralimitación de funciones y constituye una invasión en el campo propio del legislador, sea ordinario o extraordinario como en el caso presente. Y es innecesario para los efectos de esta providencia que decide sobre suspensión provisional, detenerse en el estudio de la potestad reglamentaria y hacer referencia a la muy abundante y constante jurisprudencia que respecto a ella tiene sentada el Consejo de Estado, puesto que ella ha sido armónica y se concreta en la síntesis que antes se ha expresado y que es suficiente para concluir que lo que disponen las normas acusadas son reglas extrañas al Decreto 2845 de 1984 que reglamenta y, por tanto, son manifiestamente violatorias del numeral 3º del artículo 120 de la Carta. Por ello deben ser suspendidas.

Consecuente con lo anterior, se *resuelve*:

1º *Admítese* la demanda de nulidad parcial de los artículos 9º y del parágrafo del artículo 11 del Decreto reglamentario número 515 expedido por el señor Presidente de la República el 17 de febrero de 1986. Para efectos de su trámite se dispone:

a) Notificar personalmente al señor Ministro de Educación Nacional, y al señor Director Ejecutivo del Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte;

b) Notificar personalmente al señor Agente del Ministerio Público;

c) Fijar en lista por el término de diez (10) días para los fines indicados en el numeral 3º del artículo 207 del Código Contencioso Administrativo.

2º *Decrétase la suspensión provisional* de las siguientes disposiciones del Decreto número 515 de 1986 "por el cual se reglamenta parcialmente el Decreto 2845 de 1984 y se dictan disposiciones sobre el deporte, la educación física y la recreación":

Artículo 9º en la parte que dice: "y podrá ser suspendido o revocado definitivamente cuando se compruebe que el organismo depor-

tivo reconocido no cumple sus fines, o las disposiciones legales, estatutarias o reglamentarias. La providencia mediante la cual se suspende o revoca definitivamente el reconocimiento deportivo deberá motivarse y, contra ella procede el recurso de reposición".

Artículo 11 en el texto del parágrafo que dice:

"...especialmente para que verifique si es preciso suspender o revocar definitivamente el reconocimiento deportivo que les corresponde otorgar a dichas entidades".

Cópiese, notifíquese.

Samuel Buitrago Hurtado.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

SENTENCIA ERGA OMNES. *Efectos.*

Una sentencia erga omnes *de la Corte Suprema de Justicia, puede ser objeto de análisis y exámenes por parte de doctrinantes y tratadistas, pero jamás de motivo que apunte a su desacato; es, ni más ni menos, una decisión definitiva con fuerza vinculante general y obligatoria no sólo para todos los entes de diverso orden, sólo para todos los ciudadanos, para todos los residentes en Colombia y, con mayor razón, para los Tribunales del país, en especial para los demás órganos de la Rama Jurisdiccional.*

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., siete de abril de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Guillermo Benavides Melo.*

Referencia: Expediente número 1063.

Actor: Pablo J. Cáceres Corrales.

La Sala de Decisión de la Sección Primera entra a desatar el recurso de *súplica* intentado contra el proveído de fecha 27 de enero pasado, en cuanto decretó la suspensión provisional del acto administrativo acusado.

El acto suspendido:

En acción popular anulatoria ha acudido ante esta Corporación el ciudadano Pablo Cáceres Corrales contra todo el articulado del Decreto reglamentario número 1976 de septiembre 23 de 1988. En escrito anexo a su libelo de demanda el actor pidió aplicar la figura jurídica de la suspensión provisional de que trata el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, por reputar que el acto atacado está quebrantando de modo grosero y ostentoso disposiciones de tipo superior, tales como los preceptos 31, 55, 76-9-10-13, 78-5, 207 y 210 de la Constitución Política, además del 120-3 de la misma Codificación, e igualmente la sentencia de 8 de septiembre de 1988 con la cual la honorable Corte Suprema de Justicia dió remate al expediente radicado bajo el número 1822 de su Sala Constitucional.

El texto completo del Decreto 1976 de 1988 obra a folios 1 vuelto y 2 frente. Mediante este Decreto "se reglamenta el artículo 7º de la

Ley 30 de 1982", conforme lo expresa su enunciado, y fue proferido por el Presidente de la República, con la firma de sus Ministros de Hacienda y Crédito Público, de Desarrollo Económico y de Obras Públicas y Transporte, "en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales y en especial de las que le confieren el ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución Política y el artículo 7º de la Ley 30 de 1982", según lo indica su encabezado. Este Decreto establece disposiciones sobre el llamado "subsidio al transporte público colectivo urbano" y es objeto de la suspensión provisional decretada por el proveído confutado en súplica al concluir que está quebrantando de manera ostensible disposiciones de índole superior, quebranto que surge de la simple comparación que exige el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo.

La providencia suplicada:

A folios 101 a 109 aparece la providencia motivo de la súplica intentada, la cual expresa en síntesis lo siguiente:

Ante la afirmación que el actor hace en su demanda en el sentido de que "en este caso la manifiesta contradicción de la resolución con la Constitución y la ley es tan evidente que se dan la totalidad de los supuestos de que tratan los artículos 152 y 158 del Código", para que se decrete la suspensión provisional del acto acusado, el auto suplicado precisa que las de los citados artículos 152 y 158 del Código Contencioso Administrativo son situaciones diferentes y que la situación contemplada en el artículo 158 se refiere a actos administrativos suspendidos o anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, que después hayan sido reproducidos por la administración, cosa que no ocurre en el presente caso, toda vez que el actor se está refiriendo a un fallo no de lo contencioso administrativo, sino de la justicia ordinaria, como lo fue la sentencia de la Corte Suprema de Justicia que declaró inexequible el artículo 1º del Decreto 1277 de 1971 y en todas sus partes el Decreto 588 de 7 de abril de 1978, por el cual se dictan algunas disposiciones sobre el subsidio al transporte colectivo urbano, razón que implica no dar aplicación al artículo 158 del Código Contencioso Administrativo, por no tener cabida en este caso.

Aunque desecha aplicar tal artículo 158 del Código Contencioso Administrativo, el auto atacado en súplica sintetiza lo que dice el Decreto demandado, que es de índole reglamentaria, y puntualiza: "Fácilmente se observa de este cotejo la realidad del cargo esbozado por el actor (...). En el Decreto 1976 demandado al igual que en los actos declarados inexequibles por la Corte Suprema de Justicia se regula el subsidio de transporte colectivo urbano y la manera de su pago. Se presenta así manifiesta la violación de normas superiores que en este caso son las mismas que la Corte halló quebrantadas por

los decretos declarados inconstitucionales como se precisa en los siguientes apartes tomados del fallo de 8 de septiembre de 1988 invocado, cuya copia aportó el promotor de este proceso con el escrito de demanda (fl. 9):

" 'En consecuencia, el subsidio, que es una carga pública, no se podía «asumir por el erario nacional» a través de un decreto del Presidente de la República, ni aún revestido de autorizaciones especiales del artículo 76, ordinal 11 de la Carta, como lo estaba para dictar el Decreto 1277 de 1971, pues esta es una función de la ley, ordinaria o habilitada debidamente no susceptible de ser ejercitada por el Ejecutivo como tal, según claro mandato del artículo 207 de la Constitución.

" 'Vale sí la pena afirmar que la ley de intervención económica (15 de 1959) no creó en ningún momento, por más que se apure su inteligencia, el subsidio oficial de que se trata, pues se limitó a establecer y regular el auxilio patronal destinado a ser recibido en parte por los trabajadores y en otra parte por los fondos de fomento del transporte que autorizó crear y que no tenían en momento alguno aportes oficiales, tanto que la partida inicial que ordenó entregar al fondo de Bogotá para propiciar la iniciación pronta de sus labores, tenía solamente el carácter de anticipo a cuenta de lo que en el futuro la Nación tuviera que pagar como patrono (art. 10)' ".

Y continúa el auto suplicado: "Claramente se deduce de esta transcripción el alcance de la sentencia de la Corte que se contrajo a decretos expedidos en virtud de los poderes conferidos al Ejecutivo mediante ley de autorizaciones de conformidad con el ordinal 11 de la Constitución Nacional (sic), pronunciamiento éste que con mayor razón es aplicable respecto de los decretos aquí demandados (sic) ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa dictados con base en el ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional, siendo, como son, de inferior jerarquía". Con la admisión de la demanda, concluye el auto suplicado decretando la suspensión provisional impetrada por el accionante.

La impugnación suplicatoria:

En escrito que corre a folios 116 a 139 los ciudadanos Alberto Hernández Mora, Gustavo Humberto Rodríguez, Bernardo Ortiz Amaya y Oswaldo Hernández Ortiz, alegando su calidad de tales y el primero de ellos además como mandatario judicial del Ministro de Hacienda y Crédito Público, vienen en súplica contra el auto de 27 de enero de 1989, en cuanto allí el Consejero director del proceso dispuso la suspensión provisional del Decreto 1976 de 1988. En seguida se concretan los puntos relievantes del escrito de los recurrentes:

1. Dicen éstos que aquí "no se reúnen las condiciones legales para tomar este tipo de medidas cautelares", como la suspensión provi-

sional del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo ya que "la ley ha sido sumamente rigurosa" y el Consejo de Estado "ha sido de particular prudencia" al respecto; que "si para decretar la suspensión provisional del acto se requiere elaborar un proceso deductivo e interpretativo (...) la suspensión provisional no es posible", ya que éste es "un recurso excepcionalísimo (...) que no se da sino en los casos de una ostensible y grosera violación" que surja de una sencilla comparación; que "tal cotejo se limita en forma estricta a la comparación del acto acusado con normas legales y dentro de la técnica jurídica de esta institución no tiene cabida ningún otro tipo de comparación o cotejo", dado que "la suspensión provisional no pretende ni festinar ni sustituir el proceso judicial".

2. Que estudiados "los términos del raciocinio hecho por el propio Magistrado sustanciador para decretar la suspensión provisional, vemos que incurre en la misma falla que le sirvió de base para negar la primera razón expuesta por el demandante", esto es, el fallo de inconstitucionalidad de 8 de septiembre de 1988 de la honorable Corte Suprema. Al respecto los impugnadores dicen, refiriéndose a esta sentencia de la Corte Suprema, que "un criterio jurisdiccional por respetable que sea con la fuerza de autoridad que lo respalda, no es norma de carácter legal de obligatorio cumplimiento por parte de los Tribunales, por cuanto (...) puede haber incurrido en errores de apreciación que no tienen porque (sic) ser acogidos sin beneficio de inventario por otra corporación de igual categoría", y que "esta equivocación, que desde el punto de vista técnico procesal es indudable", se hace más patente si se analiza el caso con cuidado.

3. Que con fundamento y "en desarrollo de los artículos 30, 32 y 39 de la Constitución Nacional", el Congreso emitió la Ley 15 de 1959, en cuyo artículo 16 se da al Gobierno la facultad "para determinar los requisitos que deberán llenar las empresas privadas de transporte urbano colectivo para beneficiarse de los subsidios oficiales y de las importaciones en los términos establecidos en el artículo 1º de esta ley, o de cualquier otro privilegio que se establezca en el futuro". Además citan el Decreto 558 de 1964 que creó la Corporación Financiera del Transporte, el Decreto legislativo 624 de 1966 que creó un subsidio de transporte colectivo urbano a cargo del Tesoro Nacional, la Ley 64 de 1967 que creó el Fondo Vial Nacional, en cuyos artículos 2º, 4º y 5º se establecen los recursos para formar el patrimonio del Fondo, y la Ley 30 de 1982, artículos 7º y 8º. Al respecto los impugnantes dicen que de esta "reseña constitucional y legislativa (...) se desprende con absoluta evidencia que el subsidio de transporte está creado en diferentes normas legales vigentes, lo mismo que diversas disposiciones legales ordenan y autorizan el pago de este subsidio. (...) En consecuencia, cuando se dictó el Decreto 1976 de 1988, se estaba reglamentando una norma legal que bien leída y entendida dentro del marco constitucional, ordena un gasto con cargo al Tesoro Público para subsidiar las empresas de transporte colectivo..." Por

último apuntan que "...para despejar cualquier interpretación y exagerado alcance que pudiera darse a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia (...), el legislador se apresuró a dictar, por si esto fuera necesario ante cualquier eventualidad, la Ley 2ª de 1989 que reitera la creación del subsidio del transporte, el cual se viene pagando en el país desde hace treinta años". Rematan los suplicantes pidiendo revocar el auto atacado, en cuanto suspendió provisionalmente los efectos del Decreto 1976 de 1988.

Se considera:

Para desatar la súplica, la Sala procede al siguiente examen de la situación:

1º Cierto es que la figura jurídica de la suspensión provisional de que trata el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, es "una medicina de difícil administración" o, por mejor decir, muy exigente para ser adoptada, no sólo por los requisitos que la ley pide para que sea decretada, sino por las mismas consecuencias que su adopción apareja, pues mediante ella puede llegarse a paralizar la actividad de los entes administrativos. Empero, cuando se satisfacen los requisitos correspondientes, a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no le cabe otra vía que decretar tal medida precautelativa extraordinaria, en su papel de contralora de la legalidad de los actos administrativos. Por lo demás, basta con recordar la parte final del inciso segundo de dicho artículo 152, para ver cómo la manifiesta violación puede aparecer de bulto o percibirse *prima facie* a través no solamente de la simple comparación entre el acto acusado y las normas de rango superior reputadas como transgredidas, sino además "del examen de las pruebas aportadas".

En el caso *sub lite* el actor aportó, junto con su libelo de demanda, dos pruebas: Fotocopia de la sentencia de fecha 8 de septiembre de 1988, mediante la cual la honorable Corte Suprema de Justicia declaró inexequibles las disposiciones atrás indicadas, y fotocopia parcial del Boletín oficial número 00637 de 3 de octubre de 1988 de la Secretaría de Información y Prensa de la Presidencia de la República, que obran a folios 9 a 27 y 28 a 50 del expediente, en su orden.

2º Por otra parte, y teniendo en cuenta los planteamientos del recurso, es importante afirmar lo siguiente:

Una es la razón que esgrime el proveído materia de súplica, al no aceptar la pretensión del demandante para decretar la suspensión provisional con base en lo dispuesto por el artículo 158 del Código Contencioso Administrativo, sobre reproducción del "acto anulado o suspendido", frente a la mentada sentencia de la Corte Suprema de Justicia; y otra la razón que aduce el mismo auto suplicado para montar la adopción de la medida cautelar sobre la decisión definitiva

y *erga omnes* tomada por la Corte Suprema en su sentencia de 8 de septiembre de 1988. Y esto, porque, como bien lo dice el auto atacado, para adoptar la suspensión provisional del artículo 158, que no del 152 del Código Contencioso Administrativo, ha de tratarse de un acto administrativo suspendido provisionalmente o anulado por la propia Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo previamente a su reproducción por la administración, cuestión que aquí no tiene ocurrencia, toda vez que el pedimento suspensivo provisional, para aplicar el artículo 158 citado lo hace el actor no frente a una decisión de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, sino frente a la mencionada sentencia de la Corte Suprema de Justicia, sobre inconstitucionalidad de los Decretos 1277 de 1971, artículo 1º, y 588 de 1978, en todo su articulado. En segundo término, quizás el de mayor trascendencia, por lo siguiente:

Para declarar la inconstitucionalidad de que trata el fallo de la Corte Suprema, esta alta Corporación analiza las mismas superiores disposiciones de la Carta Política que adujo quebrantados grosera y palmariamente el actor en el negocio bajo referencia por parte del Decreto 1976 de 1978. Y tal sentencia *erga omnes* de la Corte Suprema, puede ser objeto de análisis y exámenes por parte de doctrinantes y tratadistas, pero jamás de motivo que apunte a su desacato o catalogación como simple "criterio jurisprudencial": Es, ni más ni menos, una decisión definitiva con fuerza vinculante general y obligatoria no sólo para todos los entes de diverso orden, sino para todos los ciudadanos, para todos los residentes en Colombia y, con mayor razón todavía, para los Tribunales del país, en especial para los demás órganos de la Rama Jurisdiccional del Poder Público. No por ser el Consejo de Estado una "corporación de igual categoría" a la Corte Suprema de Justicia, podría en momento alguno desconocer fallos de ésta como el de marras. Si los demás Tribunales y Despachos judiciales fuesen desatentos al acatamiento debido a las decisiones de la Corte Suprema como tal sentencia de 8 de septiembre de 1988, eso sí constituiría el comienzo del derrumbe del aparato jurídico colombiano.

3º Emparentado con lo traído en el punto 2 por los impugnadores en súplica es lo que argumentan en el punto 3 sintetizado más arriba, puesto que toca directamente con la citada sentencia de la Corte Suprema. Ha de destacarse que los recurrentes hacen especial énfasis en la Ley 15 de 1959, sobre intervención en la industria del transporte automotor tanto urbano como en servicio por carretera, y justamente en la multicitada sentencia de la Corte Suprema (que, se repite, no puede ignorarse ni mucho menos hacerse de lado y no obedecerse), se precisa lo siguiente, que destacan tanto el demandante como el auto suplicado:

"Vale sí la pena afirmar que la ley de intervención económica (15 de 1959) no creó en ningún momento, por más que se apure su inteligencia, el subsidio oficial de que se trata, pues se limitó a establecer y regular el auxilio patronal destinado a ser recibido en parte

por los trabajadores y en otra parte por los fondos de fomento del transporte que autorizó crear y que no tenían en momento alguno aportes oficiales, tanto que la partida inicial que ordenó entregar al Fondo de Bogotá para propiciar la iniciación pronta de sus labores, tenía solamente el carácter de anticipo a cuenta de lo que en el futuro la Nación tuviera que pagar como patrono (art. 10)".

La Sala de Decisión hace propios estos razonamientos de la honorable Corte en su sentencia:

"3. *El subsidio como gasto público.* El subsidio gubernamental u oficial al transporte público colectivo urbano fue primero establecido por el Decreto de estado de sitio 624 de 16 de marzo de 1966, el cual fue prorrogado hasta el 31 de diciembre de 1967 o hasta que se levantara el estado de excepción, mediante el Decreto 3083 de 22 de diciembre de 1966. Levantada la emergencia mediante Decreto 3070 de diciembre 16 de 1968, el subsidio no fue recibido como legislación permanente y cesó de regir (...).

"Se trata, pues, como surge de las disposiciones en mención y del concepto mismo de subsidio —el cual implica un pago efectuado por el Estado a particulares para sostener o incentivar determinada actividad— de un típico gasto público cuya creación ha debido someterse a las normas constitucionales pertinentes.

"El inciso 3º del artículo 210 de la Carta, referente al presupuesto nacional, prohíbe que en la ley de apropiaciones se incluya partida alguna 'que no haya sido propuesta a las respectivas comisiones y que no corresponda a un crédito judicialmente reconocido, o a un gasto decretado *conforme a la ley anterior* (subraya la Corte), o destinado a dar cumplimiento a los planes y programas de desarrollo de que trata el ordinal 4º del artículo 76'.

"Por su parte, el artículo 207 de la Carta Política señala perentoriamente: 'No podrá hacerse *ningún gasto público* (subraya la Corte) que no haya sido decretado por el Congreso, por las Asambleas Departamentales o las Municipales.

"'(...)'.

"Además, es competencia del Congreso 'establecer las rentas nacionales y *fijar los gastos de la administración*' (art. 76-13) y le está prohibido 'decretar en favor de ninguna persona o entidad gratificaciones, indemnizaciones, pensiones ni otra erogación que no esté destinada a satisfacer créditos o derechos reconocidos con arreglo a ley preexistente, salvo lo dispuesto en el artículo 76, inciso 20' (art. 78-5 de la C. N.).

"En consecuencia, el subsidio, que es una carga pública, no se podía 'asumir por el erario nacional' a través de un decreto del Presidente de la República, ni aún revestido de autorizaciones especiales

del artículo 76, ordinal 11 de la Carta, como lo estaba para dictar el Decreto 1277 de 1971, pues esta es una función de la ley, ordinaria o habilitada debidamente no susceptible de ser ejercida por el Ejecutivo como tal, según claro mandato del artículo 207 de la Constitución.

"Lo expuesto resulta corroborado si se tiene en cuenta que los poderes conferidos al Ejecutivo mediante leyes de autorizaciones (art. 76, ordinal 11 de la C. N.) no son para ejercer funciones propias del legislador ordinario sino para desarrollar atribuciones del Presidente 'dentro de la órbita constitucional' de carácter administrativo u operativo que impongan la formal colaboración del Congreso, como ya lo expresó la Corte en sentencia de 2 de mayo de 1985 (Magistrado ponente: Doctor Manuel Gaona Cruz), relativa precisamente a un decreto expedido con base en la Ley 15 de 1959, la misma invocada en los decretos ahora demandados, fallo cuya parte pertinente dice:

> "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 aquéllas. 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 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 de 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 como en el caso *sub exámine* en el que es función de éste legislar en materia de revisión y...fiscalización de las tarifas y reglamentos de las empresas de transportes o conducciones y demás servicios públicos (C. N., art. 39, inciso 4º), que fue lo que se dispuso en la ley de autorizaciones del transporte número 15 de 1959, en cuyo mandato se ampara el artículo acusado del Decreto 1034 de 1984" (Lo destacado es de la C. S. de J.).

Tanto es así que la inteligencia del Gobierno nacional estaba imbuida de la convicción de que con el acaecimiento de la tantas veces citada sentencia de la Corte Suprema quedaba sin piso de ninguna

naturaleza el subsidio en cuestión, que en el Boletín Oficial de la Secretaría de Información y Prensa de la Presidencia de la República aportado como prueba por la actora junto con su demanda, se expresa esto que habla por sí solo y de modo elocuente:

"Bogotá, octubre 3 de 1988. *El Gobierno garantizó la continuidad del pago de subsidio al transporte público colectivo urbano mediante la expedición del Decreto 1976 del presente año. Con esta medida se llena el vacío dejado por la declaratoria de inexequibilidad por parte de la Corte Suprema de Justicia* de los decretos reglamentarios de la Ley 30 de 1982, que creó esa subvención al transporte público.

"El Decreto 1976 de 23 de septiembre del año en curso (...) reemplaza los Decretos 588 de 1978 y 1227 de 1971 que reglamentaban el subsidio al transporte y que fueron declarados inexequibles por la Corte Suprema de Justicia el día 9 de septiembre pasado, dejando sin fundamento legal el pago de esa compensación económica a los propietarios de buses urbanos..." (Se ha destacado. Ver: fl. 30 del expediente).

Y para abundar aún más todavía en ese palpable convencimiento de "llenar el vacío" y la falta de "fundamento legal" que para el subsidio al transporte colectivo urbano ocasionó el fallo de la Corte Suprema, a que se refiere claramente el pretranscrito Boletín Oficial, el Congreso Nacional —los impugnadores dicen que "se apresuró"— expidió la Ley 2ª del año en curso que "reitera la creación del subsidio al transporte", para usar los mismos términos empleados por los recurrentes.

En consecuencia, tampoco puede prosperar este cargo del punto 3 traído por los cuatro recurrentes en súplica, por lo cual la providencia que decretó la suspensión provisional del acto acusado recibirá confirmación.

Son suficientes las consideraciones que anteceden para que la Sección Primera, a través de su Sala de Decisión,

Resuelva:

1º *Confirmar* el auto de 27 de enero de 1989, en cuanto decretó la suspensión provisional del Decreto reglamentario número 1976 de 1988.

2º Tener como parte impugnadora a los ciudadanos Alberto Hernández Mora, Gustavo Humberto Rodríguez, Bernardo Ortiz Amaya y Oswaldo Hernández Ortiz.

3º El doctor Alberto Hernández Mora es, además, mandatario judicial del Ministro de Hacienda y Crédito Público.

4º En firme esta providencia, vaya el expediente al Despacho del Consejero conductor del proceso para que éste continúe su trámite legal.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala de Decisión en su sesión de fecha seis de abril de mil novecientos ochenta y nueve.

Guillermo Benavides Melo, Samuel Buitrago Hurtado, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

POTESTAD REGLAMENTARIA. FONDO NACIONAL DE AHORO. CONTRATACION ADMINISTRATIVA.

El acto demandado es un decreto reglamentario que en lugar de reglamentar; deja sin efecto para los casos que allí se determinan, lo ordenado por la norma superior para la celebración de los contratos de la administración.

SUSPENDE PROVISIONALMENTE el artículo 3º del Decreto 1059 de 1983.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., doce de abril de mil novecientos ochenta y nueve.

Referencia: Expediente número 1132.

Actor: Pablo Segundo Galindo Nieves.

La demanda contenida en el expediente de la referencia, presentada por el profesional Pablo Segundo Galindo Nieves, a nombre propio, aunque inexplicablemente en papel oficial de la Contraloría General de la República, reúne los requisitos de ley para ser admitida y así se hará en este auto, previas las siguientes consideraciones en relación con la suspensión provisional que en ella se implora.

Manifiesta el peticionario que el Decreto reglamentario 1059 de 13 de abril de 1983, expedido por el Presidente de la República en uso de las atribuciones del artículo 120 numeral 3º de la Constitución, viola en forma ostensible los artículos 55 y 76 de la Constitución y el Decreto-ley 222 de 1983. En cuanto a los dos primeros porque, según él, el Presidente pretende legislar en materia que no es de su competencia a través del Decreto acusado, así como también reforma y deroga las leyes que regulan la contratación administrativa para la administración nacional. Viola también dicha disposición, según el parecer del demandante, los artículos 1º, 25 y 252 del Decreto-ley 222 de 1983.

Se considera:

Sin ánimo de hacer un análisis detallado del asunto puesto que la norma pertinente no lo exige, antes bien, impide hacerlo al pres-

cribir que la revelación de la violación sea "manifiesta" y la comparación a través de la cual se pueda percibir, sea "sencilla" es necesario, sin que sea difícil el hacerlo, analizar sintéticamente tomando desde su génesis la institución denominada Fondo Nacional de Ahorro.

Observamos que la disposición gubernativa que lo creó, el Decreto-ley 3118 de 1968, dice en su artículo 1º: "Constitución: Créase el Fondo Nacional de Ahorro *como establecimiento público* (se subraya) vinculado al Ministerio de Desarrollo Económico..." En el Capítulo III, "Operaciones del Fondo", dice en el literal b) del artículo 17: "Celebrar con entidades especializadas en el ramo, contratos para la ejecución de planes de vivienda individual o multifamiliar para los empleados o trabajadores beneficiarios del Fondo". Así también los artículos 16 y 18, hablan de "operaciones financieras" para los fines de compra de vivienda o de solar, construcción de vivienda, mejora de la misma, etc. y también de "garantías" en favor de los trabajadores para los mismos fines: Operaciones todas éstas que nacerían a la vida jurídica, obviamente, mediante la forma contractual que le daría la titularidad del derecho a los beneficiarios.

El 2 de febrero de 1983, el Presidente de la República firmó el Decreto-ley 222 "por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones".

El Decreto, al determinar las "entidades a las cuales se aplica este Estatuto", establece en el artículo primero que "los contratos previstos en este Decreto que celebren la Nación (Ministerios y Departamentos Administrativos) y los *establecimientos públicos* (se subraya) se someten a las reglas contenidas en el presente estatuto". En el artículo 25 señala los requisitos a los que se debe someter la celebración de los contratos escritos, administrativos y de derecho privado, además de los requisitos especiales que se señalen para determinados contratos. El artículo 80 determina los distintos contratos de que trata el estatuto y entre ellos enumera el de "compraventa y permuta de inmuebles" negociación que constituye el eje primordial de las actividades y objetivos del Fondo Nacional de Ahorro, según las normas estatutarias transcritas.

El acto administrativo demandado, expedido dos meses después del Decreto 222, parece derogar para la obtención de sus propios fines algunas normas de éste cuando, en el artículo tercero, deja vigente para "las operaciones que realice el Fondo Nacional de Ahorro en desarrollo de lo previsto en los artículos anteriores, solamente lo que se refiere a capacidad para contratar, competencia para suscribir contratos, inhabilidades e incompatibilidades y sujeción a la ley colombiana; remitiendo las demás al régimen de contratación entre particulares". O sea que, lo que aparece *"prima facie"*, es un decreto reglamentario que, en lugar de reglamentar, deja sin efecto para los casos que allí se determinan, lo ordenado por la norma superior para la

celebración de los contratos de la administración, tanto administrativos como de derecho privado "salvo disposición legal en contrario" (art. 25 del Decreto-ley 222 de 1983).

Como esa "disposición legal en contrario" parece no existir, según los textos analizados, pues realmente no hay norma de igual categoría al Decreto-ley que haga las excepciones que pretende establecer el artículo 3º del Decreto reglamentario 1059 en la celebración de los contratos de la administración, sí aparece al menos para los efectos de la suspensión provisional que como su misma denominación lo indica es una medida meramente cautelar, la transgresión a ese Decreto 222 de 1983 y, de contera, la extralimitación del Ejecutivo en sus funciones, hacia los linderos demarcados por los artículos 55 y 76 numeral 1º de la Constitución Nacional.

Siguiendo esta Corporación, como regularmente lo ha hecho, una línea de máxima exigencia para decidir la suspensión provisional de un acto administrativo, dada la trascendencia que ella puede tener en la marcha de la administración y el carácter excepcional que reviste al no estar aún presente la contraparte que pueda ser oída, se observa que en el caso bajo examen se dan los elementos exigidos por el inciso segundo del artículo 152 cuando estipula 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".

Expuesto lo anterior, *se resuelve:*

a) *Admítese* la demanda presentada por el doctor Pablo Segundo Galindo Nieves.

En consecuencia se dispone:

1. Notifíquese al señor Agente del Ministerio Público.

2. Notifíquese personalmente al señor Gerente del Fondo Nacional de Ahorro.

3. Fíjese el negocio en lista por el término de diez (10) días, para los fines del ordinal 3º del artículo 207 del Código Contencioso Administrativo;

b) *Suspéndese* provisionalmente el artículo 3º del Decreto 1059 de 1983 dictado por el señor Presidente de la República.

Notifíquese y cúmplase.

Samuel Buitrago Hurtado.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

SUSPENSION PROVISIONAL. Revocación.

Las conclusiones a que llegó el Consejero ponente sobre cada uno de los artículos sometidos a su docto criterio, fueron el producto de serias disquisiciones que demuestran que el "palmario quebranto" no lo es tanto y que la "ostensible violación" no surgió tan espontánea ni tan clara, ni fue el producto del "simple cotejo o sencilla comparación entre la disposición acusada y la presuntamente lesionada", contrariando así las pautas trazadas por el Código Contencioso Administrativo y la política que al respecto ha mantenido esta Corporación en materia de suspensión provisional.

REVOCA LA SUSPENSION PROVISIONAL de los artículos 71, 72, 73, 74, 79 y 100 del Decreto reglamentario 0341 de 25 de febrero de 1988, decretada en auto de febrero 17 de 1989 en Sala Unitaria.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., diecinueve de mayo de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Samuel Buitrago Hurtado.*

Referencia: Expediente número 1069. Decretos del Gobierno.

Actor: Guillermo Salamanca Molano.

Los profesionales Carlos Hernando García Torres, Sibel Antonio Acosta Torres, actuando como ciudadanos y Lida Bula de Bonilla como apoderada de la Nación, Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, interpusieron recurso de súplica contra la providencia proferida por el Consejero Guillermo Benavides Melo el 17 de febrero de 1989 dentro del proceso de la referencia, mediante la cual se admite la demanda de nulidad formulada por Guillermo Salamanca Molano contra el Decreto reglamentario 0341 de 1988 y se suspenden provisionalmente los artículos 71, 72, 73, 74, 79 y 100 del mismo Decreto. Los suplicantes piden que se revoque la suspensión provisional decretada para los artículos enunciados, incluyendo el número 100 a solicitud del primero de los mencionados libelistas.

La providencia suplicada:

La providencia objeto de este recurso, admite la demanda presentada contra el Decreto reglamentario número 0341 de 1988 por

el cual el Presidente de la República reglamenta la Ley 25 de 1981 que crea la Superintendencia del Subsidio Familiar y la Ley 21 de 1982 que modifica el régimen del subsidio familiar.

En la misma providencia, se accede a la suspensión provisional de algunas normas contenidas en dicho Decreto, seis en total, porque, según lo expresado por el ponente después de una serie de análisis de las mismas, éstas transgredían las disposiciones de índole superior con las que fueron comparadas. Para llegar a esta decisión se tuvo en cuenta que se daba cumplimiento, en el caso *sub iuris*, a los seis requisitos fundamentales que contempla el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo para que se pueda decretar la medida cautelar extraordinaria. Examina el honorable Consejero cada uno de los nueve artículos cuya suspensión provisional se solicita en la demanda y hace sobre ellos serias consideraciones tratando de dilucidar la inconformidad en ellos acusada contra las normas constitucionales y legales allí señaladas, concluyendo su estudio con la decisión cuya revocación solicitan ahora los tres memorialistas.

La súplica:

Entre los argumentos de los recurrentes, se dice que es evidente que los artículos suspendidos sí se ajustan a las normas superiores, particularmente a la Ley 21 de 1982 en la que se ordena que los planes y programas que adelanten las cajas de compensación "serán sometidos al estudio y aprobación de la Superintendencia del Subsidio Familiar" y que existe una nueva ley, la 21 de 1982 y un nuevo pronunciamiento de la honorable Corte Suprema de Justicia de 19 de marzo de 1987 que dan total soporte a las normas del Decreto reglamentario 0341 de 1988, disposiciones éstas "posteriores en el tiempo a los tenidos en cuenta en el acto que se impugna". Por su parte el demandante dice que es cierto que existe un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia mencionada en relación con la exequibilidad del ordinal 2º del artículo 54 y del artículo 63 de la Ley 21 pero que las disposiciones suspendidas en el auto recurrido, según el ponente, "entrañan ostensiblemente quebranto de los preceptos 120-19 y 135 de la codificación constitucional"; manifiesta además que "el honorable Consejo en su sabiduría tendrá que determinar cuál de las dos sentencias tiene primacía y cuál funda los efectos de la cosa juzgada *erga omnes* conforme al ordenamiento constitucional".

Para resolver, *se considera:*

Sin ánimo de hacer extensivas consideraciones que estarían en contravía con la norma que guía el procedimiento para la suspensión provisional y que constituye, precisamente, la disconformidad de esta Sala con el respetable criterio del honorable Consejero que dirige el proceso, debe decirse de una vez que es realmente ostensible la con-

tradicción formal del auto en examen con uno de los requisitos exigidos por el artículo 152 para que proceda la suspensión provisional: "Que pueda percibirse a través de una sencilla comparación".

En la parte considerativa de la providencia recurrida, se hace énfasis en las exigencias que tiene sentadas esta Corporación para que se pueda decretar la medida cautelar de la suspensión provisional, citándose entre ellas: "Que el palmario quebranto sea directo por parte de la norma acusada a la disposición de categoría superior, sin que sea menester hacer profundos análisis, exámenes indirectos o acudir a un encadenamiento de disposiciones para concluir con la posible violación". "Que la ostensible transgresión surja espontánea y clara como producto del simple cotejo o sencilla comparación entre la disposición acusada y la presuntamente lesionada o del examen de las pruebas aportadas". Infortundamente, y dicho sea con el debido respeto, la providencia no sigue los pasos que ella misma se trazó ya que a renglón seguido inicia un serio análisis de cada una de las disposiciones acusadas de infringir otras que les son superiores. Es tan extenso dicho examen sobre algunas de las normas que llega casi al límite de lo exhaustivo constituyéndose, en la práctica, en el exordio de una decisión final. Baste citar, a guisa de ejemplos, las largas consideraciones sobre los artículos 45 y 100 visibles a folios 4, 5, 6, 9, 10 y 11 de dicha providencia. Se colige entonces, que las conclusiones a que llegó el honorable Consejero ponente sobre cada uno de los artículos sometidos a su docto criterio, fueron el producto de serias disquisiciones que demuestran que el "palmario quebranto" no lo es tanto y que la "ostensible violación" no surgió tan espontánea ni tan clara, ni fue el producto del "simple cotejo o sencilla comparación entre la disposición acusada y la presuntamente lesionada".

Contradice pues el auto en cuestión las pautas trazadas por el Código Contencioso Administrativo de cuyo acatamiento se hace allí protesta y contradice la política que al respecto ha mantenido esta Corporación, cosa que también se subraya en el auto. Y es que no puede ser otra la actitud del juzgador ya que, entrando en determinaciones de esa naturaleza, se está desvirtuando el fin mismo del proceso y se le está disminuyendo, y quizá suprimiendo, a la parte demandada su derecho a exponer en igualdad de condiciones sus razones. Esta prerrogativa se garantiza solamente demostrándole a los intervinientes que, como lo decían los romanos "el pleito está todavía ante el Juez" *(Adhuc sub júdice lis est)*. El peligro de que el auto que decreta la suspensión de un acto administrativo pueda interpretarse como un proyecto de sentencia, es uno de los motivos que exigen que esta medida sea tomada con cautela extrema.

Por último, no sobra agregar, que en presencia de los pronunciamientos de la honorable Corte Suprema de Justicia con relación a normas de la Ley 25 de 1981 y de la Ley 21 de 1982, de septiembre 6 de 1982 y 19 de marzo de 1987, en su orden, el sentido y alcances de ellos sólo puede establecerse en el pronunciamiento de fondo y no

ahora cuando únicamente se provee sobre la medida excepcional de la suspensión.

Expuesto así el criterio de la Sala, es de intuirse su intención de no entrar a considerar en forma particularizada los razonamientos del honorable Consejero ponente pues es obvio que, al comprobarse el desbordamiento de los patrones legales para la decisión por él tomada, no queda camino distinto al de revocarla y dejar que, bajo su orientación, continúe el debate que, dados los aportes ya constantes en el expediente, se vislumbra inteligente y fecundo.

En virtud de lo hasta aquí dicho, la Sala de Decisión de la Sección Primera del Consejo de Estado, *revoca* la providencia recurrida en lo siguiente:

El numeral segundo de la parte resolutiva que dice:

"*Suspender provisionalmente* los siguientes artículos del Decreto reglamentario número 0341 de 25 de febrero de 1988: Setenta y uno, setenta y dos, setenta y tres, setenta y cuatro, setenta y nueve y cien (71, 72, 73, 74, 79 y 100).

Cópiese, notifíquese y vuelva al Despacho del Consejero ponente.

La providencia anterior la discutió y aprobó la Sala de Decisión en su reunión celebrada el día 18 de mayo de 1989.

Luis Antonio Alvarado Pantoja, Samuel Buitrago Hurtado, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

CAPITULO IV

RESOLUCIONES Y ACTOS MINISTERIALES

EXPLOTACION DE CARBON. Permiso

La duración del permiso otorgado para la explotación de carbón, empieza a contarse a partir de la vigencia del Decreto 2727 de 1979, en los casos en que la entrega material no se hubiere realizado.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., veintiséis de enero de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Carlos Ramírez Arcila.*

(Proyectó magistrado auxiliar: *Doctor Héctor Alvarez Melo*).

Referencia: Expediente número 4977. Actor Jean Guy Moggio Magaud.

El señor *Jean Guy Moggio Magaud,* por conducto de apoderado, en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, formula pretensiones procesales en la siguiente forma:

"...Solicito a ese honorable Consejo se sirva declarar la *nulidad y el restablecimiento del derecho* de mi poderdante, respecto de las Resoluciones número 00786 de 28 de junio de 1985, número 1161 de 26 de noviembre de 1985, y número 412 de 3 de junio de 1986, notificada esta última por edicto desfijado el 7 de julio de 1986, todas emanadas del Ministerio de Minas y Energía, Dirección General de Asuntos Legales, División Legal de Minas Jefatura" (fl. 28, cdno. 1).

El restablecimiento del derecho lo solicita así:

"Como consecuencia de la nulidad impetrada de las resoluciones objeto de esta demanda, mi representado tiene el derecho a que se le restablezca en el ejercicio de los derechos que le fueron desconocidos por las normas acusadas en la siguiente forma:

"1º Declarando que el permiso 1414 está vigente por no haberse hecho la entrega material del mismo.

"2º Que se ordene proceder a hacer la entrega material de la zona objeto del permiso 1414, para que así pueda correr el término de dicho permiso.

"3º Que se ordene dar curso a la solicitud de conversión de dicho permiso en contrato de concesión (fl. 36).

"Como causa de sus pretensiones procesales la demanda narra los siguientes hechos:

"1. Por Resolución número 2308 de diciembre 13 de 1978 notificada por edicto fijado en febrero 26 de 1979, emanada del Ministerio de Minas y Energía, ese Ministerio otorgó a mi representado el permiso de explotación de carbón y demás minerales permisibles, distinguido con el número 1414.

"2. El Ministerio no fijó fecha ni libró despachos comisorios para la entrega material de la zona a mi representado, pese a haberlo recordado y solicitado expresamente en memorial presentado en abril 10 de 1979.

"3. Por Resolución número 00786 de 28 de junio de 1985, el Ministerio declaró finalizada la actuación en el permiso 1414 y ordenó archivar el expediente, por considerar que había vencido el término legal (5 años) de dicho permiso, sin tener en cuenta que nunca hizo la entrega material de la zona del mismo beneficiario, ni resolvió las peticiones expresas que al respecto se le formularon.

"4. Por Resolución número 001161 de noviembre 26 de 1985, el Ministerio resolvió desfavorablemente el recurso de reposición interpuesto contra la anterior resolución, rechazó por improcedente el de apelación, y no se pronunció sobre la solicitud de conversión del mencionado permiso en contrato de concesión anteriormente propuesta.

"5. Por Resolución número 412 de junio 3 de 1986, el citado Ministerio resuelve desfavorablemente el recurso de reposición interpuesto contra la anterior para que se adicionara en el sentido de resolver sobre la solicitud de conversión en concesión o, si se entendía negada en la Resolución 1161, se revocara, lo que tenía cabida por ser un punto nuevo no contemplado en la Resolución 786 de junio 28 de 1985.

"6. En la misma Resolución 412 de junio 3 de 1986, el Ministerio se abstiene de considerar el recurso de queja interpuesto en memorial presentado en diciembre 10 de 1985, para que se concediera la apelación contra la Resolución número 1161" (fls. 29 y 30 del cdno. 1).

Como puede observarse, los denominados por la demanda "*Hechos*", quizá con excepción del 3) que se refiere a la finalización de la actuación en un permiso para explorar y explotar minerales por haber vencido el término legal sin que se hubiera hecho entrega material de la zona respectiva, no contienen elemento alguno cuya demostración implique la nulidad de los actos acusados. Sin embargo, cuando se refiere a las normas violadas y el concepto de la violación se encuentran las razones que considera el actor son suficientes para que prosperen sus pretensiones, por lo cual se transcribe este acápite en lo pertinente. Dice así:

"Fundamentos de derecho. Normas violadas y concepto de su violación

"1. *Decreto 1620 de 1978, artículo 8º Decreto 2727 de 1979, artículos 10 y 14.*

"El artículo 8º del Decreto 1620 de 1978, que subrogó el artículo 148 del Decreto 1275 de 1970, establece la obligación de hacer la entrega material al solicitante, de la zona que ha sido objeto de un permiso de explotación a su favor. Y considera tan importante esta diligencia que ordena al Ministerio poner a disposición del interesado el despacho comisorio para el alcalde del municipio en cuya jurisdicción esté ubicada la zona del permiso, en la fecha de ejecutoria de la providencia que ordena la entrega y se sanciona al interesado que no retire oportunamente el despacho comisorio o que en el mes siguiente al recibo del despacho no haga las gestiones necesarias para que se realice la entrega, con declaración de abandono del permiso o con la cancelación del mismo.

"La norma del artículo 8º del Decreto 1620 de 1978, antes citada, estaba vigente cuando se produjo la Resolución número 2308 de diciembre 13 de 1978, que otorgó el permiso 1414 a mi representado.

"El Ministerio no cumplió su obligación de tener el despacho comisorio a disposición de mi representado en la fecha de la ejecutoria de dicha resolución, ni nunca fijó fecha para esa diligencia ni siquiera ante la insistencia de la parte interesada, que consta en el memorial presentado en abril 10 de 1979.

"Posteriormente se dictó el Decreto 2727 de noviembre de 1979, norma que en ninguna de sus disposiciones suprimió la obligación de efectuar la entrega material de la zona, contenida en las normas antes citadas. Más aún, en su artículo 8º refiriéndose a las licencias de exploración y a los contratos de concesión (arts. 84 y 125 del Decreto 1275 de 1970) consagra como causal de caducidad el no recibo de la zona respectiva por su titular, dentro del plazo que se le de en el Ministerio. Esta norma es aplicable a los permisos de explotación, de conformidad con el artículo 159 del citado Decreto 1275 de 1970.

"Es cierto que el artículo 10 del Decreto 2727 de 1979 sustituyó al artículo 150 del Decreto 1275 de 1970, en cuanto a que la duración del permiso se comience a contar desde el día siguiente a aquel en que quede en firme la resolución que lo otorga pero esta norma no es aplicable al caso presente puesto que la resolución estaba ejecutoriada antes de la vigencia del Decreto 2727 de 1979.

"El artículo 14 del citado Decreto 2727 de 1979, dice textualmente:

"Para las licencias y permisos otorgados cuya entrega material no se hubiere realizado, los términos respectivos se empezarán a contar desde la fecha de vigencia del presente decreto.

"Es claro que si el Decreto 2727 de 1979 no suprimió la obligación de hacer la entrega material de las zonas objeto de licencias y permisos y que, por lo tanto, sin duda había que cumplir esta obligación, con mayor razón para los otorgados con anterioridad a la vigencia del decreto, al hablar el artículo 14 del mismo de aquellas licencias y permisos otorgados cuya entrega material no se hubiere realizado, "*los términos respectivos*" a que se refiere dicho decreto, no pueden ser otros que los correspondientes para efectuar la entrega de la zona, señalados por el artículo 8º del Decreto 1620 de 1978.

"Si en el caso presente el Ministerio de Minas y Energía no dio cumplimiento a los términos para elaborar los despachos comisorios ni para fijar fecha para la entrega material de que trata el artículo 8º del Decreto 1620 de 1978, ni lo hizo cuando posteriormente se lo reiteró y le dio un plazo adicional para ello contado desde su vigencia, el Decreto 2727 de 1979, no puede decirse que cabe culpa alguna a mi representado, ni que empezó, para él, a correr el término del permiso 1414 antes y sin que esa entrega material se hubiere efectuado.

"Aun en el caso de que se quisiera sostener la interpretación de que los *'los términos respectivos'* a que se refiere el artículo 14 del Decreto 2727 de 1979 fuesen los de la duración de la licencia o permiso, siempre subsistiría la obligación de hacer la entrega material de la zona al interesado, lo que equivale a ponerlo en posibilidad de adelantar la exploración o explotación objeto de la licencia o permiso.

"Si esa diligencia no se hace, que es la manera de que legalmente pueda explorar o explotar porque física y legalmente el Estado lo pone en posesión del área de terreno sobre la que se han concedido tales derechos, cómo podría afirmarse válidamente que está corriendo el término dentro del que debe explorar o explotar y, con mayor razón, cómo es posible declarar vencido ese término sin que el interesado hubiese recibido materialmente la zona de la licencia o permiso?. Como esto es lo que está haciendo y sosteniendo el Ministerio en las resoluciones acusadas, estas son violatorias de las normas legales y, por lo tanto debe declararse su nulidad así como el restablecimiento del derecho de mi poderdante, tal como respetuosamente se solicita en esta demanda.

"2. *Decreto 2181 de 1972, artículo 23, Ley 61 de 1979, artículo 1º literales a) y b), Decreto 3050 de 1984, artículo 29.*

"De acuerdo con las normas anteriormente citadas, el beneficiario de un permiso tiene derecho preferencial para convertirlo en concesión sobre el área otorgada (Decreto 2181 de 1972, art. 23) derecho preferencial que debe respetarse aún para el caso de yacimientos de carbón, como expresamente lo contempla el literal d) del artículo 4º del Decreto 1155 de 1980 en desarrollo de las excepciones previstas en los literales a) y b) del artículo 1º de la Ley 61 de 1979.

"El permiso 1414 otorgado al señor Jean Guy Moggio, estuvo vigente hasta el 4 de julio de 1986, fecha de ejecutoria de la Resolución

número 412 de junio 3 de 1986, que resolvió negativamente los recursos contra la Resolución número 1161 de 1985.

"Como se expuso en los hechos de esta demanda, la Resolución número 1161 de 1985 no revocó la declaración de terminación de la actuación del permiso 1414 hecha en Resolución 786 de 1985. Esa misma Resolución 1161 de 1985 nada dijo en la parte resolutiva en relación con la petición formulada por el interesado con fecha 9 de septiembre de 1985, cuando aún no se había dictado la mencionada Resolución 1161 de 1985, para que se decretara la conversión del permiso 1414 en contrato de concesión, con base en el artículo 23 del Decreto 2181 de 1972, en los literales a) y b) del artículo 1º de la Ley 61 de 1979 y en el literal d) del artículo 4º del Decreto 1155 de 1980.

"Por esa razón en el memorial presentado el 10 de diciembre de 1985 con radicación 004917, en forma oportuna por no estar aún ejecutoriada la citada Resolución 1161 de 1985, se solicitó que se adicionara en el sentido de resolver sobre la petición de conversión en concesión del permiso citado, adición procedente de acuerdo con los artículos 311 Código de Procedimiento Civil, 267 Código Contencioso Administrativo y 30 del Decreto 3050 de 1984. Pero teniendo en cuenta que, pese a que en la parte resolutiva nada se dijo al respecto, en la parte motiva de dicha Resolución 1161 de 1985 sí se hace mención a la solicitud de conversión en concesión, y para el caso de que por tal motivo, se considerara que en la Resolución 1161 de 1985 se había decidido negativamente tal petición, se interpusieron subsidiariamente los recursos de reposición y apelación procedentes por tratarse de un punto nuevo, según lo dispone el inciso 3º del artículo 348 Código de Procedimiento Civil, aplicable en virtud de los artículos 267 Código Contencioso Administrativo y 30 del Decreto 3050 de 1984, y también de acuerdo con el artículo 50 Código Contencioso Administrativo" (fls. 30 a 34 del cdno. 1).

"... ...".

"En el memorial en que se solicitó tal conversión, se expuso que en virtud del artículo 62 Código Contencioso Administrativo, cuando se han interpuesto recursos contra un acto administrativo, este no queda en firme sino cuando aquellos se han decidido. Y que, además, el artículo 29 del Decreto 3050 de 1984, es categórico al exigir para que una zona objeto de permiso o concesión, etc., quede libre, que esté en firme el acto administrativo que haga cesar su vigencia.

"En consecuencia: la Resolución 786 de 1985 que fue la que declaró terminado el permiso 1414, estaba recurrida y, por lo tanto, no en firme, cuando el 9 de septiembre de 1985 se solicitó la conversión de dicho permiso en contrato de concesión. Es decir, que dicho permiso estaba vigente y su titular tenía el derecho preferencial que le confiere el artículo 23 del Decreto 2181 de 1972, para convertirlo en concesión.

"El Ministerio de Minas y Energía, en Resolución 412 de 1986, como aparece en el aparte transcrito anteriormente, reconoce en forma expresa que el permiso está vigente en la fecha de esta Resolución 412, o sea que lógicamente también lo estaba cuando, con anterioridad, se solicitó la conversión en concesión, petición que se hizo aún antes de producirse la Resolución 1161 de 1985. Sin embargo, desconociendo abiertamente lo preceptuado en el artículo 62 Código Contencioso Administrativo y el artículo 29 del Decreto 3050 de 1984, afirma que dicha solicitud fue extemporánea.

"Lo anterior demuestra claramente que el Ministerio, tanto en la Resolución 1161 de 1985, al no haber resuelto o al resolver negativamente, según como se interprete, la petición de conversión en concesión, estando vigente el permiso a favor de mi representado, violó abiertamente tanto el artículo 23 del Decreto 2181 de 1972 como los literales a) y b) del artículo 1º de la Ley 61 de 1979, el literal d) del artículo 4º del Decreto 1155 de 1980, el artículo 62 Código Contencioso Administrativo y el artículo 29 del Decreto 3050 de 1984" (fls. 35 y 36 del cdno. 1).

Ambas partes hicieron uso del traslado para alegar. El demandante transcribe los mismos argumentos que aparecen en la demanda en el aparte del concepto de la violación. El Ministerio de Minas, a través de su apoderada, solicita se nieguen las pretensiones del actor con fundamento en los siguientes argumentos:

"Los hechos en los cuales fundamenta su petición los esgrime basándose en que el Ministerio no fijó fecha, ni libró despachos comisorios, para la entrega de la zona a su poderdante.

"Efectivamente, no se fijó fecha de entrega, ni se libró despacho comisorio, porque el apoderado del actor en el permiso 1414, solicitó en memorial de 10 de abril de 1979, en *forma principal* (subrayamos), la incorporación de otra zona, solicitud a la cual se le dio el trámite correspondiente, como era el de enviar su petición a la Sección de Propuestas y Contratos, hoy Estudios de Ingeniería, y, oígase bien, *subsidiariamente* solicitó se procediera a la entrega de la zona, ordenada en la Resolución número 2308 de 1978.

"Por consiguiente, habiéndose despachado favorablemente la petición principal, no era del caso resolver la petición subsidiaria, pues, ambas son excluyentes entre sí, y despachada la principal, no podía como es obvio, aceptarse coetáneamente también la subsidiaria.

"Sin embargo, el hecho de que no se hubiera entregado la zona, jurídicamente no conlleva a que se decrete la nulidad de las citadas resoluciones y el restablecimiento del derecho del actor, porque la entrega material de la zona, en este caso era simbólica, ya que el actor venía poseyendo materialmente la zona y explotando el yacimiento; tanto es así, que el titular o beneficiario del permiso número 1414, en memoriales presentados el 28 de septiembre de 1981, el 14 de mayo

de 1982 y el 8 de enero de 1985, presentó al Ministerio los informes correspondientes a los semestres comprendidos entre noviembre de 1979 a diciembre de 1984; los anteriores informes fueron presentados para dar cumplimiento al artículo 151 del Decreto 1275 de 1970, obligación que deben cumplir todas aquellas personas a quienes se les ha otorgado un derecho minero como en el presente caso.

"Si el titular del derecho, consideraba que no tenía la zona en su poder ¿por qué razón, entonces, presentaba los informes de exploración y explotación del yacimiento minero al Ministerio, manifestando para ello, que lo hacía en cumplimiento del artículo 151 del Decreto 1275 de 1970?

"Vencimiento del término del permiso:

"Si las anteriores consideraciones no fueren suficientes para que el señor magistrado ponente desechara las súplicas de la demanda, deseamos manifestarle que, el *artículo décimo cuarto - transitorio* del Decreto 2727 de 1979, tuvo por fin, precisamente, subsanar las irregularidades de la administración al no haber entregado las zonas objeto de los permisos; de allí que textualmente dice: *"Para las licencias y permisos otorgados* (se subraya) cuya entrega material *no se hubiere realizado* (subraya), los términos respectivos se empezarán a contar desde la fecha de vigencia del presente decreto.

"La anterior preceptiva es meridiana, y por su claridad no admite interpretaciones como las que pretende darle el apoderado del actor.

"De su contexto y transitoriedad, se deduce, sin mayor esfuerzo que para los permisos otorgados cuya entrega material no se hubiere realizado, como en el caso *sub judice,* los términos de duración del permiso se deberán contar desde la fecha de vigencia del decreto, o sea, desde el 29 de noviembre del mismo año, fecha en la cual se publicó el mencionado decreto en el *Diario Oficial.*

"La resolución de otorgamiento tiene fecha 13 de diciembre de 1978, y el acto administrativo por medio del cual se declaró terminada la actuación del permiso número 1414, por vencimiento del término de duración, fue proferido por el Ministerio de Minas y Energía, el 28 de junio de 1985. Es decir, que el permiso tuvo una duración mayor a los cinco (5) años que consagra para los permisos el artículo 138 del Decreto 1275 de 1970, vigente en la época del permiso y derogado actualmente por el Decreto 2477 de 1986.

"La negativa de la concesión:

"Si bien es cierto que los beneficiarios de los permisos tienen un derecho preferencial para convertir en concesión el área otorgada, obviamente la solicitud debe presentarse antes del vencimiento del

período del permiso o antes de su prórroga, si la hubo, lo cual, no sucedió en el presente caso, pues dicha petición fue presentada el 9 de septiembre de 1985, casi un año después de vencido el término que precluyó el 30 de noviembre de 1984.

"Por otra parte, el titular del permiso en el momento que se declaró vencido el término, no había acreditado el pago del impuesto del carbón, con lo cual también había incurrido en causal de cancelación de su derecho, al tenor del artículo 56 del Decreto 1155 de 1980" (fls. 72 a 75 cdno. 1).

El concepto fiscal:

La Fiscal Segunda de la Corporación solicita se nieguen las súplicas de la demanda, para lo cual expresa:

"El actor afirma, que sin haberse realizado la entrega material de la zona, no podía empezar a correr el término contractual y menos aún dar por terminado el permiso. Aún cuando lo anterior no es cierto, pero aceptando el planteamiento, se presenta una situación anómala por un período bastante prolongado, demostrando así su total desinterés en el permiso que había tramitado, pues desde que éste le fue otorgado en 1978 no demostró ningún interés en que se le hiciera la entrega de la zona y comenzar así las labores de explotación. No es pues una actitud que le favorace.

"Pero lo que realmente sucede en casos como este, es que en la práctica el beneficiario de un permiso viene ya explotando el mineral y la diligencia de entrega es meramente un formalismo, como bien lo explica la apoderada del ente demandado.

"Resulta pues un sofisma de distracción o un simple argumento sin respaldo probatorio lo que afirma el actor.

"Prueba de que el beneficiario del permiso número 1414 si estuvo realizando trabajos dentro de la mencionada zona, lo constituye la presentación periódica de los informes que el interesado presentó, en cumplimiento de lo estipulado en el artículo 151 del Decreto 1275 de 1970 y que aparece en el anexo del expediente. El beneficiario estuvo realmente explotando carbón, así pues que la falta de la diligencia de entrega no fue obstáculo para que realizara su objetivo.

"En el presente caso, no obstante haberse otorgado el permiso, la diligencia de entrega no se realizó; situación esta que sin duda era un tanto irregular y debió presentarse en otros muchos casos, pues se hizo necesario que una norma se refiriera a esa situación para regularla. De ahí pues que el artículo 14 del Decreto 2727 de 1979 estableciera: 'Para las licencias y permisos otorgados cuya entrega material no se hubiere realizado, los términos respectivos se empezarán a contar desde la fecha de vigencia del presente decreto".

"Debe destacarse, que contrariamente a lo que entiende el demandante, los casos que regula esta norma son precisamente aquellos en que con anterioridad a la fecha de su expedición se hubieren otorgado licencias o permisos y no se hubiere hecho la entrega de la zona; como lo que ocurrió en el presente caso. Ningún objeto tendría entender, como lo pretende el actor, que esa norma se refiere a los permisos y licencias otorgados después de la expedición de la ley.

"En relación con la solicitud de conversión del permiso en concesión que le fue rechazada por extemporánea, este despacho encuentra ajustado a derecho los argumentos expuestos en el acto acusado. Cuando el interesado formuló su solicitud, ya había vencido el término de cinco años del permiso pues la resolución que así lo dijo solamente tuvo por objeto declararlo para ordenar el archivo del expediente, declarando así mismo que la zona objeto de ese permiso quedaba libre.

"El interesado ha debido dentro de la vigencia de su permiso solicitar la conversión, pues la noción misma del término indica que el permiso debe estar vigente para que se opere el cambio que se solicita de lo contrario no sería conversión sino una solicitud de licencia.

"Por otra parte, el término del permismo es independiente del término que pueda existir para interponer los recursos contra el acto administrativo que declare terminado el permiso. Carece pues de todo fundamento pretender ampliar los cinco años del permiso hasta la fecha en que se resolvió el recurso de reposición" (fls. 98 a 100).

Consideraciones de la Sala:

Encuentra la Sala que dentro del procedimiento administrativo que dio origen a los actos acusados se encuentran dos situaciones jurídicas que, aunque se relacionan entre sí, son independientes la una de la otra y se concretan en forma diversa. Efectivamente, una es la que se genera en la Resolución número 0786 por medio de la cual se declara terminada la actuación del permiso número 1414 por haberse vencido el término de su duración, sin que se pidiera su prórroga y otra la que se origina en la petición hecha para que se decrete la conversión del permiso en contrato de concesión para la explotación de carbón conforme al artículo 23 del Decreto 2181 de 1972 (fl. 8).

1º La Resolución número 00786 de 28 de junio de 1985 declara terminada la actuación del permiso 1414 porque el término de duración del mismo que era de cinco años había vencido el 30 de noviembre de 1984 sin que el beneficiario hubiera pedido la prórroga del mismo.

Afirma el acto acusado que, en los permisos pendientes de entrega de zona, el término de duración comenzó a contarse desde la fecha de la vigencia del Decreto 2727 de 1979 (noviembre 30 del mismo año) por lo cual el que correspondía al demandante se encontraba vencido.

Contra este acto de la administración se interpusieron los recursos de reposición y apelación que fueron resueltos por medio de la Resolución 001161 de 26 de noviembre de 1985 por la cual se niega la reposición y se rechaza la apelación por improcedente (fls. 20 y ss.).

Para sustentar la reposición se razona así en lo pertinente:

"La entrega material de la zona es, indudablemente, un requisito y una exigencia legal para la efectividad de un permiso de explotación; y es así como el artículo 8º del Decreto 1620 de 1978 la ordena en forma perentoria, como también lo hacía el artículo 148 del Decreto 1275 de 1970.

"Siendo esto así, no se ve cómo puede entenderse que transcurra el término de un permiso sin que haya sido entregada al beneficiario la zona objeto del mismo. Esa exigencia categórica de la ley tiene necesariamente que concordarse con lo dispuesto en los artículos 10 y 14 del Decreto 2727 de 1979, de manera que si bien el término de un permiso puede correr desde la vigencia de dicho decreto o desde la ejecutoria de la resolución que lo otorga, dentro de ese mismo término y antes de su vencimiento, debe efectuarse la entrega material. No habiendo ello ocurrido en el caso presente, no es posible considerarlo finalizado por vencimiento del término, ni exigir la presentación de informes que necesariamente dependen de la entrega material, que es el acto físico por el que se pone al beneficiario en posibilidad real y legal de explotar el área del permiso" (fl. 6 cdno. 1).

La entidad administrativa no acepta tal argumentación aduciendo que el artículo 14 del Decreto 2727 de 1979 establece claramente que los términos de los permisos cuya entrega no se hubiere realizado comenzarán a correr a partir de la vigencia de dicho decreto.

Contra este último acto administrativo se interpuso nuevamente reposición y apelación porque consideró el interesado que no se había resuelto una petición de conversión del permiso en concesión que había formulado con posterioridad al primer recurso de reposición y, en consecuencia, se presentaba un hecho nuevo que no había sido materia de decisión. Además, se interpuso recurso de queja.

La administración consideró que sí existía un hecho nuevo y resolvió la reposición confirmando el acto recurrido y rechazando la queja.

Como puede verse el argumento del actor para solicitar la nulidad de los actos acusados se concreta, tanto en la vía gubernativa como en la demanda, en que el término del permiso no había finalizado puesto que no se le hizo entrega material de la zona respectiva y sólo a partir de tal entrega empieza a contarse el término legal. Por otra parte sostiene que no le es aplicable el artículo 14 del Decreto 2727 de 1979 puesto que la resolución que otorgó el permiso estaba ejecutoriada antes de su vigencia. Dice, además, que los "términos respectivos" a

que se refiere tal norma no pueden ser otros que los señalados por el artículo 8º del Decreto 1620 de 1978.

El artículo 8º del Decreto 1620 de 1978, que modificó el artículo 148 del Decreto 1275 de 1970, establece, para la administración, la obligación de fijar, dentro del término de un mes, la fecha para la entrega material de la zona correspondiente al solicitante y señala las formas en que dicha entrega debe realizarse.

Y dice el artículo 14 del Decreto 2727 de 1979 que el demandante interpreta en relación con el artículo 8º del Decreto 1620 ya citado: *"Para las licencias y permisos otorgados cuya entrega material no se hubiere realizado, los términos se empezarán a contar desde la fecha de vigencia del presente decreto"* (el subrayado es de la Sala).

Ahora bien: interpretar una norma jurídica es fijar su sentido, su contenido objetivamente válido, en función del sistema de que forma parte buscando su finalidad para encontrar sus significaciones particulares.

En el presente caso se debe fijar el alcance del artículo 14 transcrito dentro del sistema normativo integrado por la totalidad del Decreto 2727 de 1979 que a su vez se integra al Decreto 1275 de 1970 al cual reforma. Específicamente se ha de establecer lo relativo a la duración de los permisos y la fecha a partir de la cual empieza a contarse tal término.

El Decreto 2727 de 1979 reforma varios artículos del 1275 de 1970 y su artículo 10 dice textualmente:

"El artículo 150 del Decreto 1275 de 1970 quedará así: La duración del permiso comenzará a contarse al día siguiente a aquel en que quede en firme la resolución que lo otorga".

El artículo 150 decía: "La duración del permiso comenzará a contarse a partir de la fecha de la entrega de la zona".

Es este cambio en la iniciación del término de duración del permiso el que explica el contenido del artículo 14 del Decreto 2727, cuya finalidad no puede ser otra que la de evitar la confusión que se hubiera presentado entre los beneficiarios de las licencias por el tránsito de legislación ya que se presentaban dudas en cuanto a la iniciación del término para aquellas que habían sido otorgadas antes de la vigencia del último estatuto y cuya entrega no se había realizado. Buscando, entonces, la certeza en las relaciones jurídicas se estableció que, en el último caso, el término se empezaría a contar a partir de la vigencia del nuevo ordenamiento (el decreto fue publicado el 27 de noviembre de 1979 en el *Diario Oficial* núm. 35399).

Para la Sala no hay duda de que esta es la interpretación correcta del precepto contenido en el mencionado artículo 14 (pág. 16) y que, en consecuencia, cuando se produjo la Resolución 00786 de junio de

1985 que declara terminada la actuación del permiso 1414, el término de este había finalizado, puesto que habiendo comenzado el 27 de noviembre de 1979 se extinguía el 27 de noviembre de 1984.

Pero, además, así lo entendió el actor porque su conducta en el sentido de empezar a presentar los informes semestrales sobre las actividades y la producción de la misma precisamente a partir de la vigencia del Decreto 2727 no puede interpretarse en otra forma dentro de lo razonable; el primer informe cobija del 27 de noviembre de 1979 al 27 de mayo de 1980 (fls. 194 y ss. —250 y ss.— anexo 1).

Consecuencia de lo expuesto es que, en este sentido, los actos acusados se ajusten a la ley y, por consiguiente, las súplicas de la demanda están llamadas a fracasar.

2º En memorial presentado ante el Ministerio el 9 de septiembre de 1985, con posterioridad al acto administrativo que declaró terminado el permiso 1414 y al recurso de reposición que contra aquel se interpuso, el actor solicitó la conversión del permiso en contrato de concesión de conformidad con el artículo 23 del Decreto 2181 de 1972 que sustituyó al 154 del Decreto 1275 de 1970 (fl. 8).

Al resolverse el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 00786, que declaró terminado el permiso, no se resolvió la petición de conversión y tal hecho se consideró como nuevo para que procediera recurso de reposición del acto que había resuelto otro de la misma categoría (Resolución 1161): El Ministerio aceptó tal planteamiento y resolvió la nueva reposición por medio de la Resolución número 412 de 3 de junio de 1986 por medio de la cual se confirma la recurrida considerando que la petición de conversión fue extemporánea porque tal solicitud debe hacerse dentro de la vigencia del permiso y no después de finalizado este.

La parte actora considera, sin embargo, que el permiso se encontraba vigente cuando se hizo la solicitud de conversión ya que la Resolución número 00786, que declara terminada la actuación del permiso, estaba recurrida y, por tanto, no se encontraba ejecutoriada.

El Decreto 1275 de 1970, en su artículo 138, indica que la duración de los permisos no puede exceder de cinco años prorrogables por cinco más.

Es clara, entonces, la ley al establecer un plazo o término de duración de los permisos, tratándose, en este caso, de un acontecimiento futuro, pero cierto, al que está subordinada la extinción de un derecho. Es un plazo extintivo el consagrado por la norma citada.

Indica lo anterior que a partir de la fecha en que se cumpla el término se extingue el derecho de la persona favorecida con el permiso que en el caso concreto en estudio era de cinco años, porque el beneficiario no solicitó la prórroga a que tenía derecho.

Ya se estableció anteriormente que los cinco años con que contaba el actor se empezaron a contar a partir del 27 de noviembre de 1979 fecha en la cual empezó a regir el Decreto 2727 del mismo año, en aplicación de su artículo 14, lo cual indica que el plazo se cumplió el 27 de noviembre de 1984 y, por tanto, el derecho se extinguió en la misma fecha.

No se puede aducir que el permiso siga vigente porque el acto administrativo que declara terminada la actuación en el permiso no se halle ejecutoriado, puesto que tal acto es meramente declarativo de una situación que se produjo anteriormente por ministerio de la ley.

La terminación del plazo legal en la forma anteriormente enunciada no es ni siquiera discutible dado que es el ordenamiento legal el que establece como se cuentan tales términos. Efectivamente, el artículo 59 del Código de Régimen Político y Municipal dice: "Todos los plazos de días, meses o años, de que se haga mención legal, se entenderá que terminan a la media noche del último día del plazo", esto es que el término del permiso número 1414 venció a la media noche del 27 de noviembre de 1984, mucho antes de que se produjera el acto demandado.

No hay duda, por consiguiente, sobre la fecha en que terminó el permiso del actor.

Como la petición de conversión en contrato de concesión se hizo el 9 de septiembre de 1985 (fl. 8) tal solicitud se produjo cuando el permiso ya no existía y si bien es cierto que conforme al artículo 154 del Decreto 1275 de 1970 —modificado por el artículo 23 del Decreto 2181 de 1971— "El beneficiario de un permiso tendrá derecho preferencial para convertir tal permiso en concesión...", es apenas lógico que para que tal conversión se produzca es indispensable que el permiso exista, que no se haya extinguido.

También por este aspecto los actos administrativos acusados se encuentran dentro del marco de la ley.

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

Falla:

Niéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y publíquese.

Esta providencia fue discutida y aprobada en Sala de sesión de la fecha.

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

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

EMPLEADO PUBLICO. Estabilidad. INCAPACIDAD POR ENFERMEDAD. INSUBSISTENCIA.

La situación de incapacidad por enfermedad no confiere fuero de estabilidad en el empleo.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., veintisiete de enero de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

Referencia: Expediente número 336. Reconstrucción. Apelación sentencia. Actor: Sergio Calvo Tovar.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con apelación adhesiva del Fiscal Séptimo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, contra la sentencia de éste proferida en diciembre 9 de 1983.

Por haberse destruido el expediente en el Palacio de Justicia, fue reconstruido en los términos del Decreto 3825 de 1985.

La sentencia recurrida se apoyó sustancialmente en la siguiente consideración:

"Como en el presente proceso está demostrado que el actor fue separado del cargo cuando, víctima de una grave enfermedad, se encontraba incapacitado, debe accederse a las súplicas de la demanda con fundamento en los argumentos expuestos en la sentencia transcrita, lo cual releva a la Sala de estudiar los demás argumentos en que se funda la demanda" (fl. 10).

Allí se transcribe, en efecto, el fallo dictado por el mismo Tribunal en el proceso número 86-4648 que corresponde al caso de un guardián que, estando incapacitado por enfermedad, fue declarado insubsistente, lo que para el Tribunal configuró "el desconocimiento del derecho del demandante a no ser removido del cargo durante la licencia por enfermedad" (fls. 7-10).

Explicó el Tribunal su tesis en los siguientes términos:

"Si no se acordasen los deberes correlativos en las entidades públicas, en la práctica serían nugatorios los dere-

chos consagrados en las normas sobre protección a los trabajadores incapacitados por enfermedad. Por lo tanto, la salvaguarda de tales derechos impone necesariamente una limitación al ejercicio de la discrecionalidad del nominador.

"Si el empleado tiene derecho a licencia remunerada durante su incapacidad por enfermedad y a que se le considere dicho lapso como tiempo de servicio para efecto de reconocimiento de prestaciones, es apenas lógico concluir que no puede ser removido de su cargo durante su licencia por enfermedad" (fl. 8).

Agotado el trámite de rigor y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes

Consideraciones:

Según el texto de la demanda, el actor ingresó al servicio del Ministerio de Hacienda y Crédito Público el 3 de diciembre de 1970 en el cargo de abogado especializado 1-21 del Grupo de Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos de Girardot y, después de pasar por varios otros destinos en el mismo Ministerio y de haber tomado un curso en la Escuela Superior de Administración Pública, "habilitado para ingresar como por concurso a la Carrera Administrativa, según Resolución número 511 de 5 de agosto de 1974, dictada por el Departamento Administrativo del Servicio Civil, *sin haberse logrado materializar su ingreso a la misma,* ya que esta fue suspendida por Decreto número 2132 de 1976", fue comisionado para prestar sus servicios en la Sección de Visitaduría de Recaudo de la División de Recaudo de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, de donde se le declaró insubsistente cuando se encontraba incapacitado por bronconeumonía.

"Como fácilmente se puede observar —concluye el accionante—, la resolución de insubsistencia mencionada fue dictada mientras mi mandante se hallaba hospitalizado y, por lo tanto, en estado de indefensión" (fls. 13-21 cdno. núm. 2).

Se invocaron, como violadas, las normas contenidas en los artículos 26 de la Constitución Nacional, 26 del Decreto 2400 de 1968, 66 del Código Contencioso Administrativo y 10, 11 y 12 del Decreto 2733 de 1959.

Al expresar el concepto de la violación, el apoderado del actor, al paso que sostiene que éste se encontraba escalafonado en la carrera administrativa, afirma también lo contrario ("...*si no se alcanzó a materializar tal evento,* se debió a que mi poderdante estaba prestando sus servicios, por órdenes superiores, en la administración de impuestos de Cali, donde por esta época no existían oficinas del Ser-

vicio Civil e igualmente por estar suspendida la carrera administrativa por Decreto 2132 de 1976" (fls. 17-18).

Razón adicional para la acusación es, según la demanda, que "la Dirección General de Impuestos Nacionales del Ministerio de Hacienda creyó equivocadamente que mi poderdante no había cumplido con su trabajo en la comisión sobre retención en la fuente..." e igualmente que en la resolución enjuiciada "no se expresaron los recursos que proceden contra ella" (fl. 18).

Ahora bien, ninguna de las normas invocadas hace referencia a la situación de incapacidad por enfermedad, que es la circunstancia que sirvió de argumento al Tribunal para su pronunciamiento.

Así pues, no estando acreditada la pretendida vinculación a la carrera administrativa ni habiéndose probado que la separación del servicio obedeció al hecho a que se alude en la demanda, quedaría por definir si, por no expresarse en el acto acusado los recursos procedentes, este debería ser anulado. A este respecto, la Corporación ha tenido oportunidad de pronunciarse en muchos casos en el sentido de que tal requisito en manera alguna afecta la validez del acto administrativo y que, a lo sumo, implicaría para el responsable de la omisión alguna sanción administrativa: el acto administrativo está constituido por una decisión de la administración, no por el mecanismo utilizado para su notificación.

Dadas estas circunstancias, no ve la Sala cómo pudo el Tribunal acoger los planteamientos de la demanda mediante consideraciones extrañas al contexto de la misma, siendo rogada esta jurisdicción.

Por otra parte, es claro también que la situación de incapacidad por enfermedad no confiere fuero de estabilidad en el empleo frente a las disposiciones legales que consagran la discrecionalidad de la administración para retirar del servicio a un empleado a través de la declaración de insubsistencia.

La incapacidad, cierto es, da derecho al tratamiento asistencial correspondiente y, dado el caso, a las reparaciones pecuniarias que sean secuela de la incapacidad o invalidez, pero en modo alguno tiene incidencia en el vínculo jurídico propiamente dicho, el cual se rige por normas claras y perentorias que una circunstancia accidental, como la incapacidad, no puede quebrantar.

Sólo el escalafonamiento en una determinada carrera o el desempeño de un cargo de período fijo estructuran una relativa estabilidad en el servicio, frente a la facultad discrecional de que goza la administración en los casos de destinos que sean de libre remoción. La incapacidad es una situación circunstancial y transitoria que ciertamente no es causal de ruptura de la relación laboral si no es en el supuesto del artículo 18, parágrafo, del Decreto ley 3135 de 1968 ("el

empleado o trabajador será retirado del servicio") ni tampoco confiere *per se* alguno de estabilidad que pueda enervar la facultad discrecional de la administración cuando esta exista.

Dadas estas elementales consideraciones, resulta imperioso revocar la sentencia apelada para desestimar, en consecuencia, las pretensiones del accionante.

En mérito de lo expuesto, la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

1. Revócase la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el nueve (9) de diciembre de mil novecientos ochenta y tres (1983).

2. Deniéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 20 de enero de 1989.

Aydeé Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

EMPLEADO OFICIAL. Sanciones. DESTITUCION.

Afirmar que para sancionar a un empleado es necesario establecer primero su estado de salud, es algo perfectamente extraño a los mandatos legales que rigen la aplicación de sanciones disciplinarias, y denota total confusión de conceptos.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda. Bogotá, D. E., siete de febrero de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejera ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Proyectó: Víctor Manuel Ruiz magistrado auxiliar.

Referencia: Expediente número 949. Resoluciones Ministeriales. Actor: Francisco José Galindo Vargas.

En acción de plena jurisdicción y mediante apoderado, *Francisco José Galindo Vargas* pide al Consejo de Estado que declare nula la Resolución 07426 (noviembre 2) de 1981, mediante la cual el Ministro de Hacienda y Crédito Público lo destituyó del cargo de inspector 3025-06 de la División de Inspección de la Subdirección de Investigación y Control de la Dirección General de Aduanas del mencionado Ministerio. Solicita que como consecuencia de la nulidad antedicha se le restablezca en su derecho, y aún cuando no señala con precisión en qué forma procedería ese restablecimiento sí indica que a título de tal "...se ordene cancelar la indemnización correspondiente y que consiste en el pago total y completo en dinero efectivo de los sueldos, primas y demás prestaciones dejados de devengar por él y que corresponden al tiempo en que se produjo el desempleo ilegal, o sea, desde la fecha de la resolución acusada, hasta la fecha de reintegro...", además de "...la satisfacción plena de la prestación médico-laboral a que mi mandante tiene derecho y que establece el Decreto 1848 de 1969 artículos octavo y noveno y demás normas concordantes".

Como hechos en los cuales fundamenta su demanda, presenta, simplemente, estos: a) Que prestó servicios al Ministerio de Hacienda y Crédito Público —Dirección General de Aduanas— por un tiempo total y continuo de siete años y diecinueve días; y b) Que su situación médico-laboral no quedó definida ni solucionada pues que al ser destituido "...se violaron las normas legales pertinentes especialmente los artículos octavo y noveno del Decreto 1848 de 1969 y que

es reglamentario del Decreto 3135 de 1968 y demás normas concordantes vigentes, especialmente la Ley 167 de 1941 en sus artículos 66 y 67, por cuanto el acto administrativo que originó la destitución de mi mandante, fue expedido en forma irregular y con abuso o desviación de las atribuciones propias del funcionario que dictó la resolución impugnada, que violó la ley con el acto irregular que da origen a la acción subjetiva de mi poderdante".

Como normas superiores infringidas con el acto acusado, el demandante citó las ya relacionadas en la forma transcrita, es decir, los artículos 8º y 9º del Decreto 1848 de 1969 y los artículos 66 y 67 de la Ley 167 de 1941; expuso el concepto de la violación en los términos ya indicados.

Reconstruido el expediente, quedó en estado de proferir sentencia, y a ello procede la Sala mediante las siguientes

Consideraciones:

Estima oportuno la Sala advertir, en primer lugar, que el escrito demandatorio acusa notorias impropiedades de fondo y de forma y adolece de gran confusión en cuanto a lo que se pretende, pues la individualización de los actos acusados es deficiente y también la indicación de la forma de restablecimiento del derecho, las disposiciones violadas, y sobre todo, el concepto de la violación.

Sin embargo, obrando con criterio de amplitud y haciendo uso de la facultad de interpretar la demanda, la Sala procede a su estudio de fondo.

La controversia gira en torno a la legalidad de las Resoluciones 07426 de noviembre 2 de 1981 y 08215 de 3 de diciembre del mismo año, mediante las cuales el Ministro de Hacienda y Crédito Público dispuso: "Destituir al coronel (r) Francisco Galindo Vargas con cédula de ciudadanía 17016042 de Bogotá, del cargo de inspector 3025-06 de la División de Inspección de la Subdirección de Investigación y Control de la Dirección General de Aduanas del Ministerio de Hacienda y Crédito Público", inhabilitándolo por el término de un mes para el ejercicio de cargos públicos.

Los actos acusados, aparecen debidamente motivados y como por medio de los mismos se impuso al demandante la sanción de destitución, allí se hace mención de la investigación disciplinaria que se llevó a cabo tras habérsele corrido pliego de cargos por "Extralimitación de las funciones propias de su cargo toda vez que sin mediar acto administrativo u orden escrita o verbal de autoridad competente a *moto propio* (sic) decidió no darle cumplimiento a lo dispuesto en la Resolución número 328 de 14 de abril del año en curso, originaria de la Aduana Interior de Bogotá, acto que fue confirmado por la Dirección General de Aduanas con oficio número 09871 de mayo 5

de 1980, en relación con productos químicos sin valor comercial que se autorizaron donar a entidades de beneficencia, previa la formalidad del acta correspondiente; sin embargo usted determinó lo contrario y dispuso la incineración, pretermitiendo claros preceptos legales que rigen la vida de los actos jurídicos y jerarquía de la administración tal como lo afirma el almacenista..."

El contenido de la resolución acusada lleva en sí, de modo implícito, la presunción de legalidad. Y como en su texto aparece una motivación concreta y las razones por las cuales el Ministro creyó oportuno aplicar al demandante la máxima sanción de destitución, correspondía a este último demostrar en juicio que ese acto administrativo no se ajusta a la legalidad.

Mas, como se observa en el escrito demandatorio y en las diferentes piezas procesales, el actor enfiló sus ataques no precisamente contra el contenido mismo de la resolución acusada, sino contra algo perfectamente ajeno: la situación sicofísica de Galindo Vargas para la época en que se produjo su destitución.

Los artículos 8º y 9º del Decreto 1848 de 1969 nada tienen que ver con la aplicación de sanciones disciplinarias, pues regulan materia completamente distinta. Luego mal podrían haber sido violados por las resoluciones que destituyeron al actor, si sus preceptos no guardan relación con la decisión administrativa.

Afirmar como lo hace el demandante, que para sancionar a un empleado es necesario establecer primero su estado de salud, es algo perfectamente extraño a los mandatos legales que rigen la aplicación de sanciones disciplinarias, y denota total confusión de conceptos.

Las dolencias físicas que el demandante padeciera en el momento de ser destituido —hubiesen sido, o no, oportunamente atendidas por los pertinentes organismos de previsión social— no tienen nada que ver con el cargo que se le formuló y por el que fue sancionado.

El hecho de haberse diagnosticado dos días después de la destitución, que el señor Galindo Vargas padecía de una "hernia inguinal derecha de gran tamaño" no prueba nada contra la legalidad de los actos acusados. Cuando más, esa circunstancia podría dar lugar a determinadas prestaciones asistenciales, pero es ajena a la legalidad del acto mismo de destitución y al debate al cual debe circunscribirse este proceso.

Contra lo que sostiene el demandante, con su destitución no se violó el artículo 9º del Decreto 1848 de 1969, que se refiere a las prestaciones a que da derecho la incapacidad para trabajar, pues la destitución en este caso no se produjo, ni mucho menos, por razones de salud agravada sino porque el destituido fue encontrado culpable, a juicio de la administración, de faltas cuya gravedad ameritaba imponerle la más severa medida disciplinaria. De manera que, se repite,

el actor debió probar que las resoluciones demandadas no se ajustan a derecho, pero precisamente atacándolas a partir de su contenido, con el propósito de desvirtuar sus fundamentos, que llevan implícita la presunción de legalidad; no acudiendo a situaciones ajenas al acto controvertido. Como no lo hizo así, preciso es concluir que sus peticiones no están llamadas a prosperar.

Finalmente observa la Sala que el libelista no explica en qué forma la decisión administrativa acusada pudo infringir los artículos 66 y 67 de la Ley 167 de 1941, artículos que consagran: el 66, la acción de nulidad y las causales de anulación de los actos administrativos; y el 67 la llamada acción de restablecimiento del derecho.

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

Falla:

Niéganse las súplicas de la demanda presentada por Francisco Galindo Vargas contra la Nación —Ministerio de Hacienda y Crédito Público—.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada el día tres (3) de febrero de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

Aydeé Anzola Linares, ausente; *Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna.*

Miguel A. Perilla P., Secretario.

ACTO DE NOMBRAMIENTO. Funcionario competente. DIRECTIVA PRESIDENCIAL.

Si la investidura del demandante se constituyó en virtud de nombramiento por resolución del Ministerio, y la consecuente posesión, la misma investidura podía perderse mediante el nombramiento de otra persona efectuado por el mismo Ministro.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., ocho de febrero de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker.*
Proyectó: Doctor Antonio José Arciniegas Arciniegas, abogado asistente.

Referencia: Expediente número 1551. Actor: Germán Alfonso Oliveros Castro.

Germán Alfonso Oliveros Castro, mediante apoderado y en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, presentó demanda ante esta Corporación solicitando la declaración de nulidad de la Resolución número 800 de junio 11 de 1982, proferida por el Ministro de Desarrollo Económico, por la cual se nombró a la doctora Jazmín Rodríguez de Gutiérrez como directora general y representante legal de CORPORANONIMAS, en reemplazo del demandante y la declaración de nulidad del acta de entrega de ese cargo efectuada el 16 de junio de 1982 y que, como consecuencia, se ordene el reintegro del actor al mencionado cargo o a otro de igual o superior categoría, con el pago de los sueldos y prestaciones dejados de devengar, declarando la no solución de continuidad en sus servicios.

Esas pretensiones se apoyaron en los siguientes

Hechos:

Que el demandante fue nombrado en el cargo de director general de CORPORANONIMAS por Resolución número 56 de febrero 18 de 1980 y fue reemplazado en ese cargo mediante Resolución número 800 de junio 11 de 1982, ambas del Ministro de Desarrollo Económico y que la última no se le comunicó.

Que la doctora Jazmín Rodríguez de Gutiérrez, nombrada para reemplazar al actor se presentó el 16 de junio de 1982 con la resolución de nombramiento y el acta de posesión y ese día le hizo entrega real y material del cargo.

Que el Superintendente de Sociedades, en representación del Ministro de Desarrollo Económico, había solicitado al actor la renuncia de su empleo, la cual presentó el 5 de febrero de 1982 en comunicación dirigida al Ministro y en esa misma fecha, el actor avisó por circular su retiro a los empleados de CORPORANONIMAS y en los días siguientes recibió las renuncias de los jefes de división.

Que el término de 30 días hábiles para la aceptación de la renuncia se cumplió el 22 de marzo de 1982 sin que el ministro hubiera adoptado determinación alguna.

Que en el mes de marzo, el señor presidente de la República por "directiva presidencial" congeló la nómina oficial prohibiendo los nombramientos y las remociones hasta el 7 de junio de 1982.

Que, de conformidad con el artículo 28 del Decreto extraordinario 1050 de 1968, la facultad de nombrar al director general de CORPORANONIMAS, por tratarse de un establecimiento público, corresponde exclusivamente al presidente de la República.

En la demanda se citaron como normas violadas, los artículos 2º, 16, 17, 20, 26, 30, 45, 62, 120 numerales 2, 3 y 5 de la Constitución Nacional; 21 de la Ley 6ª de 1945; 6º del Decreto legislativo 142 de 1951; 26 del Decreto extraordinario 1631 de 1961; 23 del Decreto extraordinario 3161 de 1968; 1º del Decreto extraordinario 434 de 1971; 25, 26 del Decreto extraordinario 2400 de 1968; 105, 106 y 107 del Decreto extraordinario 1950 de 1973; 28 del Decreto extraordinario 1050 de 1968; 240, inciso 1º del Código de Régimen Político y Municipal.

El concepto de la violación de esas normas se hizo consistir en lo siguiente:

Que la resolución acusada violó tales normas en forma flagrante y contiene una evidente usurpación de funciones y un abuso o desviación de poder.

Que, teniendo CORPORANONIMAS la naturaleza jurídica de establicimiento público descentralizado del orden nacional, correspondía al presidente de la República nombrar y remover al director general de esa entidad y no al Ministro de Desarrollo Económico, de conformidad con el artículo 28 del Decreto extraordinario 1050 de 1968 que prevalece sobre el artículo 23 de los estatutos de CORPORANONIMAS, respecto del cual debe aplicarse la excepción de ilegalidad prevista

en el artículo 240, inciso 2º del Código de Régimen Político y Municipal. El señor Ministro no ha debido aplicar estos estatutos para retirar del servicio al actor y al hacerlo usurpó una función que es privativa del presidente de la República quedando la Resolución 800 de 1982 viciada de nulidad.

Que con el acto acusado no se aceptó la renuncia presentada por el actor, ni se declaró su insubsistencia, con manifestación clara y expresa de la administración en tal sentido, sino que se le nombró reemplazo dejándolo fuera de la administración. Se violó así el artículo 25 del Decreto 2400 de 1968, porque se retiró del servicio al actor utilizando una causal no prevista en esa norma.

Que el inciso 2º del artículo 107 del Decreto reglamentario 1950 de 1973 introdujo una causal o modalidad de retiro del servicio no prevista en el artículo 25 del Decreto extraordinario 2400 de 1968, desbordando la potestad reglamentaria con violación de la Constitución y de la ley.

Que la resolución acusada no se encausó hacia el logro del buen servicio público, sino que su motivación real y oculta fue la de satisfacer un capricho del ministro de Desarrollo Económico, incurriéndose en desviación de poder (fls. 7 a 12).

Reconstruido el proceso, por auto de 24 de febrero de 1988 se determinó que quedaba para fallo, a lo cual se procede no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado ,mediante las siguientes

Consideraciones:

Son varios los cargos elevados en la demanda contra la resolución impugnada.

En cuanto al cargo de que fue expedida por funcionario competente, con usurpación de funciones y abuso de poder, se tiene:

El demandante fue nombrado representante legal y director general de CORPORANONIMAS por Resolución número 056 de 18 de febreo de 1980 del ministro de Desarrollo Económico. Tomó posesión de este empleo el 12 de marzo del mismo año y, fue removido mediante Resolución número 800 de junio 11 de 1982 del ministro de Desarrollo Económico, por la cual se le reemplazó nombrando en dicho cargo a la doctora Jazmín Rodríguez de Gutiérrez, quien se posesionó el 15 de junio de 1982 (fls. 79, 80, 82, 83).

Si las dos resoluciones aludidas fueron expedidas por el ministro de Desarrollo Económico, en ejercicio de las facultades conferidas

por "el artículo 13 de los Estatutos de CORPORANONIMAS" (fls. 79 y 80), carece de fundamento jurídico la pretensión de restablecimiento del derecho a que se contrae la demanda, consistente ese fundamento en que con la resolución acusada se lesionó el derecho del actor a permanecer en el cargo mientras no fuera removido por el señor Presidente de la República, dejándose de aplicar los estatutos de CORPORANONIMAS: El actor fue nombrado y removido por actos equivalentes.

No demostrándose que la resolución impugnada lesione un derecho del demandante, carece de causa la pretensión de su anulación con el consecuente restablecimiento del derecho del actor a ser reintegrado a ese empleo (arts. 67 Ley 167 de 1941, 85 del Decreto ley 01 de 1984).

Es claro que, si la investidura del demandante como director general y representante legal de CORPORANONIMAS se constituyó en virtud de su nombramiento por resolución del Ministro de Desarrollo Económico en uso de las facultades del artículo 13 de los estatutos de esa Corporación y la consecuente posesión, la misma investidura podía perderse mediante el nombramiento de otra persona efectuado por el mismo Ministro y con el mismo fundamento jurídico para reemplazar al demandante en ese empleo, como fue hecho a través de la resolución acusada. Por esta razón no resultan lesionados los derechos alegados del demandante frente a la resolución impugnada y está desprovista de base jurídica la pretensión de su anulación mediante la acción de restablecimiento del derecho incoada en la demanda.

En cuanto a que al actor le había sido solicitada la renuncia que presentó el 5 de febrero de 1982, la Sala observa que la remoción del demandante en virtud de la Resolución número 800 de junio 11 de ese año aparece totalmente independiente de tal dimisión.

Respecto de la prohibición de remover empleados hasta el 7 de junio de 1982 impuesta por la "directiva presidencial" de 5 de febrero de ese año (fl. 74), se tiene que la resolución acusada fue proferida después de tal fecha, el 11 de junio de 1982, además de que, conforme a la jurisprudencia de la Sala, esas "directivas presidenciales" por ser de inferior categoría no derogan ni suspenden la facultad de nombrar y remover empleados consagrada en las normas legales.

También se afirma en la demanda que con la resolución acusada se violó el artículo 25 del Decreto 2400 de 1968, porque se retiró del servicio al demandante utilizando una causal no prevista en esa norma. La Sala anota que, como por esa resolución se reemplazó expresa y claramente al demandante en el cargo que desempeñaba, quedó implícita la declaración de insubsistencia de su nombramiento, prevista en el literal a) de la citada norma.

Finalmente se aprecia la no demostración dentro del acervo probatorio arrimado al proceso de la acusación por desviación de poder dirigida contra la resolución enjuiciada.

No apareciendo probadas las afirmaciones de la demanda contra el acto acusado, este permanece amparado por la presunción de legalidad, debiendo denegarse su anulación y el consecuente restablecimiento del derecho.

La petición de anulación del acta de entrega del cargo el 16 de junio de 1982, no es procedente debido a que en esa acta no se contiene acto administrativo alguno.

En virtud de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Deniéganse las súplicas de la demanda de anulación de la Resolución número 800 de junio once (11) de mil novecientos ochenta y dos (1982) del ministro de Desarrollo Económico y de restablecimiento de derechos del actor.

Declárase que no hay lugar a pronunciamiento de mérito sobre la petición de la demanda de anulación del acta de entrega del cargo efectuada el 16 de junio de 1982.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 3 de febrero de 1989.

Alvaro Lecompte Luna, Aydeé Anzola Linares, ausente; *Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro.*

Miguel A. Perilla P..Secretario.

INSUBSISTENCIA.

Carece de respaldo legal la consideración según la cual se tiene fuero de relativa estabilidad al momento de la desvinculación por insubsistencia, por estar el afectado en tratamiento médico.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., diecisiete de marzo de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

Proyectó: Doctor José Alberto Roldán B. Magistrado auxiliar.

Referencia: Expediente número 1130. Reconstrucción. Apelación sentencia. Actor: Gonzalo Pabón Rojas.

Reconstruido el expediente con arreglo al Decreto 3825 de 1985 y agotado el trámite de rigor sin que se observe causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a decidir el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia de 27 de agosto de 1982, por la que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca deniega las súplicas de la demanda, previas las siguientes

Consideraciones:

El actor *Gonzalo Pabón Rojas,* por conducto de apoderado, en ejercicio de la entonces llamada acción de plena jurisdicción, demandó la nulidad de la Resolución número 06903 de 4 de diciembre de 1980 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por la que se le declaró insubsistente en el cargo de técnico operativo 4080-09 asignado al Resguardo de la Aduana de Buenaventura, con el consiguiente restablecimiento del derecho (fls. 7-14 cdno. administrativo).

Para sustentar la decisión adversa a las pretensiones de la demanda, expresa el *a quo:*

> "No existe en los autos constancia alguna de la cual pueda deducirse que el demandante estuviera escalafonado en la Carrera Administrativa por lo cual se llega a la conclusión de que era un empleado de libre nombramiento y remoción, y de consiguiente, al tenor de lo dispuesto en el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968, el nominador podía declararlo in-

subsistente sin necesidad de motivar la respectiva providencia. El principal argumento de la demanda consiste en que cuando se produjo la Resolución 06903 de 4 de diciembre de 1980 el señor Gonzalo Pabón Rojas se encontraba en riguroso tratamiento médico el cual había sido iniciado desde el 23 de mayo de 1978.

"Ocurre, sin embargo, que tratándose de un empleado de libre nombramiento y remoción, tal circunstancia no es óbice para que el nominador, haciendo uso de la facultad que le confiere la ley, pueda separarlo del cargo cuando existen consideraciones atinentes al buen servicio que, la ley, presume que tuvo en cuenta para actuar de esta manera, pero subsistiendo la obligación de la administración de cubrir los servicios de asistencia conforme a lo dispuesto por el Decreto 1848 de 1969" (fls. 5-6 del expediente).

Pretendiendo redargüir los razonamientos del Tribunal, alega el apelante que en la sentencia no se tuvo en cuenta que con los actos acusados hubo violación de los artículos 26 y 61 del Decreto 2400 de 1968 (fl. 22) y que, por otra parte, hubo "persecución injusta" por parte de sus superiores inmediatos (fl. 23).

Como estos cargos no fueron planteados en la demanda, no es procedente su examen en esta etapa del proceso, pues, como es obvio, la sustentación del recurso no tiene la virtualidad de modificar el enfoque de la demanda incoactiva del proceso.

En cambio, lo que sí toca con el meollo de lo decidido en primera instancia es la argumentación que se consigna en el ordinal 4º de la sustentación, que es del siguiente tenor:

"Si bien es cierto y tal como lo dice el fallo recurrido, que mi mandante no era un empleado de carrera administrativa, no es menos cierto que para la fecha de su declaratoria de insubsistencia en su cargo se hallaba en pleno tratamiento médico, según constancias y certificados de orden de salubridad que aparecen vistos a los folios 3 al 9 del expediente, razón esta y por la que a la luz del literal b) del artículo 9º del Decreto 1848 de 1969, mi mandante tenía pleno derecho a que por la Caja Nacional de Previsión Social se le prestaran todos los servicios asistenciales de salud de que trata dicha norma, lo cual no se hizo, pese a su estado de salud que para la fecha en la que se produjo la resolución demandada tenía" (fls. 22-23 del expediente).

Por su parte, la apoderada de la Nación alega que "el señor Pabón Rojas no se encontraba inscrito en el escalafón de la carrera administrativa, su nombramiento era de carácter ordinario y por lo tanto podía ser declarado insubsistente por la autoridad nominadora sin motivar la providencia (art. 26 Decreto 2400 de 1968)" (fl. 38).

A estos respectos, puntualiza la Sala:

Admite el actor que "no era un empleado de carrera administrativa", pero que "no es menos cierto que para la fecha de su declaratoria de insubsistencia en su cargo, se hallaba en pleno tratamiento médico". Luego fácilmente se colige que el demandante considera que tenía fuero de relativa estabilidad al momento de la desvinculación, *por estar en tratamiento médico.*

Sin embargo, esta apreciación no tiene ningún respaldo legal.

En efecto: el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968 establece, sin restricción alguna, que el empleado "que no pertenezca a una carrera (que es el caso del actor), puede ser declarado insubsistente *libremente* por la autoridad nominadora, sin motivar la providencia".

En cambio, respecto de los empleados de carrera, esta norma preceptúa que "sólo podrán ser declarados insubsistentes *por los motivos* y mediante los procedimientos *establecidos en la ley* o reglamento que regule la respectiva carrera".

Por otra parte, la vocación de estabilidad o "el derecho de permanecer en el servicio" que consagra el artículo 46 *ibídem*, está reservado por esta disposición para los empleados de carrera.

Ahora bien, el artículo 18 del Decreto 3135 de 1968 del que hace parte el parágrafo que se dice violado por el acto acusado, no consagra ningún fuero de relativa estabilidad para el empleado de libre nombramiento y remoción. Lo que consagra, como su título lo declara, es un "*auxilio por enfermedad*", que es un asunto totalmente diferente.

Antes, por el contrario, en el caso de los empleados inscritos en la carrera, cuando la incapacidad laboral exceda de los ciento ochenta días que prevé el parágrafo de dicho artículo, aquella es uno de "los motivos... establecidos en la ley" a que alude el precitado artículo 26 del Decreto 2400, para el retiro del servicio, no obstante ser empleados de carrera.

Se duele el apelante, de que la Caja Nacional de Previsión Social no le prestó los servicios asistenciales de que trata el literal b) del artículo 9º del Decreto 1843 de 1969 (fl. 23). Pero, aún en el supuesto de que esto hubiera ocurrido, debe recordarse que no es el Ministerio de Hacienda el obligado a prestar tales servicios. Por lo demás tal omisión, de existir, es un hecho *posterior* a la separación del empleo que en nada incide en la legalidad del acto de insubsistencia, y, como es evidente, no tiene por qué dar lugar al reintegro y demás adehalas que se pretenden en la demanda a título de restablecimiento del derecho.

Por lo expuesto y dado que la presunción de legalidad del acto acusado se mantiene incólume en el *sub lite*, forzoso resulta confirmar la sentencia recurrida.

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:

Confírmase la sentencia apelada proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el veintisiete (27) de agosto de mil novecientos ochenta y dos (1982).

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 10 de marzo de 1989.

Alvaro Lecompte Luna, Aydeé Anzola Linares, ausente; *Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro.*

Miguel A. Perilla P. Secretario.

CONSEJO DE ESTADO. COMPETENCIA POR CUANTIA.

Si bien podría ser cuestionable el artículo 3º del Decreto 597 de 1988 respecto del criterio tradicional de la Ley 153 de 1887, es legalmente obligatorio como cualquiera norma vigente y a ella hay que atenerse a partir de su vigencia, siendo de aplicación inmediata dada su naturaleza procesal. Y, como la cuantía es factor de competencia, lógico es que la competencia que se defina por la cuantía al tiempo de la demanda, haya de conservarse a lo largo del proceso.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., diecisiete (17) de marzo de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

Consejero ponente: *Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

Referencia: Expediente número 3646. Apelación sentencia. Actores: César Guilombo Ramírez y otros.

Corresponde decidir el incidente de nulidad propuesto en el escrito de folios 201 respecto de la actuación surtida "a partir de la providencia del Tribunal que concedió el recurso de apelación interpuesto por algunos de los demandantes, sin que la nulidad cobije el auto del mismo Tribunal que ordenó enviar el expediente al Consejo para que se surtiera el trámite del recurso extraordinario de anulación, interpuesto por el suscrito".

Se sintetizan a continuación las razones del incidente.

1. Los procesos acumulados, que por haberse iniciado bajo la legislación anterior eran de dos instancias, quedaron de única instancia según el actual Código por cuanto la asignación mensual no alcanzaba la cuantía de $ 50.000.00, que luego se aumentó a $ 80.000.00 en el Decreto 3867 de 1985 y a $ 120.000.00 en el Decreto 2269 de 1987.

2. A pesar de lo dispuesto en el Decreto 597 de 1988, los procesos son de única instancia, conforme al artículo 131, numeral 6, del Código Contencioso Administrativo. Siendo de única instancia, la apelación es improcedente y la actuación surtida nula. Sólo procede, pues, el recurso de anulación (fls. 201-202).

Se pide oficiar al Ministerio de Hacienda para que certifique sobre la asignación mensual de los demandantes al momento de la separación del servicio.

Se considera:

No es el caso de oficiar al Ministerio de Hacienda para que certifique como se solicita, por cuanto obra en autos la constancia de que se trata (fls. 85 y 115, 101, 102 y 126, 108, 110, 112, 113, 117, 119, 121).

El Decreto 597 de abril 5 de 1988, cuyas normas se cuestionan ("no se aplican en el presente caso; pero aún en el evento de que fueran aplicables..."), preceptúa en su artículo 3º:

> "Los procesos *iniciados* con anterioridad a la publicación del presente decreto, continuarán tramitándose de acuerdo con lo establecido por las disposiciones vigentes *en ese momento*".

En este decreto, conviene recordarlo, aparte de suprimir el recurso extraordinario de anulación, se pretendió *ampliar* el recurso de apelación elevando cuantías (con lo cual se le restringió) y, además, estableció un sistema de reajuste bienal automático de cuantías en un 40%, a partir del 1º de enero de 1990.

Fácil es observar cómo en el artículo 3º, arriba transcrito, se consagró un sistema de excepción a la regla general del artículo 40 de la Ley 153 de 1887, que es del siguiente tenor:

> "Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban 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".

Según esta regla general, la supervivencia o ultractividad de la ley anterior sólo opera respecto de *los términos que hubieren empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas*.

Se mantuvo este criterio en el Código de Procedimiento Civil (art. 699) y en el 266 del Código Contencioso Administrativo, así como, respecto de los recursos ya interpuestos, en la Ley 22 de 1977 y en las Leyes 2ª y 11 de 1984, aunque en la Ley 2ª citada aparece definido, por primera vez, un criterio diferente en sus artículos 62 y 63, con relación a los procesos ya iniciados, así:

> "Artículo 62. Las cuantías previstas en los artículos anteriores se aumentarán en un veinte por ciento (20%) desde el primero (1º) de enero de mil novecientos ochenta y cinco

(1985) y se seguirán ajustando automáticamente, cada dos años, en el mismo porcentaje y en la misma fecha.

"Los aumentos aquí establecidos se aplicarán sobre los valores indicados en los artículos precedentes y su vigencia *no afectará la competencia en los procesos ya iniciados.*

"Artículo 63. Los procesos *iniciados* antes de la vigencia de la presente ley, *continuarán tramitándose* de acuerdo con las competencias establecidas en las Leyes 21 y 22 de 1977".

Por otra parte, el Código de Procedimiento Civil en su artículo 20, numeral 1, que se encuentra en el Libro Primero, Título II, sobre Jurisdicción y Competencia, expresa:

"*Determinación de la cuantía.* La cuantía se determinará así:

"1. Por el valor de las pretensiones *al tiempo de la demanda,* sin tomar en cuenta los frutos, intereses, multas o perjuicios reclamados como accesorios, que se causen con posterioridad a la presentación de aquella".

En tal virtud, si bien podría ser cuestionable el artículo 3º, del Decreto 597 de 1988 respecto del criterio tradicional de la Ley 153 de 1887, es legalmente obligatorio como cualquiera norma vigente y a ella hay que atenerse a partir del 7 de abril de 1988 en que entró en vigencia, siendo de aplicación inmediata dada su naturaleza procesal.

Y, como la cuantía es factor de competencia, lógico es que la competencia que se defina por la cuantía al tiempo de la demanda, haya de conservarse a lo largo del proceso.

Como tal es el caso del *sub lite,* no hay lugar a declarar la nulidad de la actuación.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda,

Resuelve:

No es el caso de acceder a la declaración de nulidad impetrada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 10 de marzo de 1989.

Alvaro Lecompte Luna, Aydeé Anzola Linares, ausente; *Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro.*

Miguel A. Perilla P., Secretario.

TEORIA DE LA IMPREVISION. EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO.

Si el cumplimiento del contrato para el contratista se hace más oneroso por situaciones imprevistas, éste no se exonera de cumplir pero puede pedir a la administración de la revisión del contrato en sus términos financieros. El derecho del contratista se limita entonces a lograr de la administración una ayuda parcial que equilibre el quebranto económico causado por dichas circunstancias. Pero ese acontecimiento excepcional que rompe el equilibrio financiero debe ser en un todo ajeno a la voluntad de las partes; y por ende, no ha debido entrar en las previsiones normales que tuvieron en cuenta al celebrar el contrato.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., dieciocho de abril de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente número 5426. Contratos. Actor: Sociedad Representaciones PRODEINCO Ltda.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de marzo 17 de 1988, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Mediante ese proveído, el *a quo* denegó las súplicas de la demanda, las cuales estaban concebidas en los siguientes términos:

> "*Primera.* Que son nulas las Resoluciones números 7014 de 8 de noviembre de 1984 y la 205 de 22 de enero de 1985 proferidas por el Ministerio de Defensa Nacional por las cuales la primera nombrada, declaró la caducidad administrativa del contrato de suministro número 076 CEITE-84, celebrado entre la Nación —Ministerio de Defensa Nacional— y la firma 'REPRESENTACIONES PRODEINCO Y CIA. LTDA. REPRESENTACIONES PRODUCTOS DE LA INDUSTRIA COLOMBIANA', el 24 de abril de 1984, por las consideraciones expuestas en la parte motiva de esa providencia, y la segunda por no acceder a revocar la caducidad administrativa del contrato de suministro número 076 CEITE-84, y en conse-

cuencia se confirma en todas sus partes la mencionada providencia.

"*Segunda.* Como consecuencia de la nulidad impetrada se revoque la pena pecuniaria de dos millones ochenta y un mil setenta y nueve pesos moneda corriente ($ 2.081.079.00) impuesta a la firma 'PRODEINCO y Cía. Ltda.' ".

Para fundamentar tales pretensiones fueron narrados, en síntesis, los siguientes hechos:

1. Que entre la Nación —Ministerio de Defensa— y Representaciones PRODEINCO y Cía. Ltda., se celebró el contrato de suministro número 076-Ceite 84 de 24 de abril de 1984, para la adquisición de 100.100 toallas para tropa por un valor de $ 20.810.790.00; contrato adjudicado mediante Resolución número 1971 de 2 de abril de 1984.

2. Que en dicho contrato se convino la entrega de anticipo hasta por un 25%.

3. Que dentro del término señalado para el cumplimiento del contrato (90 días calendarios) se presentaron hechos imprevisibles derivados de la difícil situación financiera nacional, ostensible en el sector bancario, y que impidieron la obtención del crédito con destino a la financiación de negocios con la Nación.

En el hecho quinto del libelo se detallan esas circunstancias imprevisibles así: a) Que la firma Giraldo Peláez y Cía. Ltda. de Medellín, quien se comprometió con PRODEINCO a suministrarle las toallas, no cumplió con lo ofrecido, por razones del aumento en los precios.

b) Que debió PRODEINCO, ante tales hechos, acudir a otros proveedores, quienes fijaron condiciones imposibles de cumplir.

c) Que acudió a textiles KONCORD Ltda., para salir del impase, con tal mala suerte que el Banco de Colombia surcursal CAN, negó el crédito pedido por PRODEINCO.

d) Que ante tales hechos, PRODEINCO solicitó un anticipo y un reajuste en los precios del contrato, lo que fue negado por la entidad contratante. Como también fue negada la petición de insistencia, en la que se solicitaba un reajuste de $ 67.00 por unidad.

En el capítulo "Concepto de la violación" se expone la fundamentación jurídica de la pretensión indemnizatoria en torno a los artículos 16 de la Constitución y 1º de la Ley 95 de 1890. Refuerza su argumentación con la teoría de la imprevisión y sus consecuencias en el derecho público, frente al equilibrio financiero del contrato (a fls. 54 y siguientes del cuaderno principal).

El Tribunal para tomar su decisión denegatoria, sostuvo en uno de los apartes del fallo recurrido:

"En cuanto al caso concreto la Sala entiende que la mayoría de los hechos propuestos por el actor como circuns-

tancias imprevisibles, encuentran ubicación teórica dentro de alguna de las figuras que según la doctrina y la jurisprudencia afectan el equilibrio financiero del contrato y que, en consecuencia, permitirían la revisión de los precios pactados en el contrato. Así, se encuentran dentro de la teoría de la imprevisión el alza del 30% en la industria textil, las alzas en las materias primas importadas, los recursos financieros costosos, los pagos de contado; son actos de la administración la restricción de las importaciones, los estímulos a las exportaciones, el anuncio sobre la crisis fiscal. Sin embargo ocurre que así como en teoría hechos de esa magnitud podrían dar lugar a la variación de los precios del contrato, en este caso la conclusión es la negativa, por las siguientes principales razones:

"1. Ninguno de los hechos alegados fue probado en el proceso, pues simplemente en la demanda se hicieron afirmaciones que no tuvieron corroboración en el desarrollo procesal. En efecto, no se demostraron las alzas en los textiles y en las materias primas requeridas para la elaboración de los elementos materia del contrato —toallas—; tampoco los estímulos ofrecidos para las exportaciones de los productos objeto del contrato, la restricción en las importaciones de las materias primas; 2. No se demostró la imprevisibilidad de las circunstancias aducidas, pues, por el contrario, varias de ellas son normales en los negocios dado el ritmo inflacionario creciente de nuestra economía y las cambiantes decisiones gubernamentales en el manejo económico; 3. No se demostró que hubiesen superado el alza normal del contrato, pues la mayoría de las circunstancias alegadas se presentan regularmente en los contratos; 4. La duración prevista en el contrato fue de un término corto —cuatro meses— y el plazo de entrega de las tollas aún menor —tres meses—, lo cual permitía prever razonablemente las incidencias que podrían traer las circunstancias alegadas alza en los precios, escasez y alza en las materias primas, restricción del crédito, etc. 5. No está demostrado que esas circunstancias alegadas se hubiesen presentado precisamente con posterioridad a la celebración del contrato o que por lo menos hubiesen tenido un exagerado pronunciamiento a partir de ese momento; 6. Al contrario de lo afirmado por el apoderado de la parte actora, lo expuesto en la junta de licitaciones del ejército —Acta número 029 de 25 de octubre de 1984 (fls. 5 a 15, cdno 2)— no demuestra que el incumplimiento del contrato se hubiese originado en acontecimientos imprevisibles, pues en esa sesión lo que se hizo fue exponer las razones para recomendar la declaración de caducidad del contrato.

"Otro planteamiento propuesto por la parte actora es el relativo a la negativa del contratante a acceder a la petición del anticipo y al reajuste de precios en cuanto esa conducta

hubiese influido en la situación que llevó al contratista al incumplimiento de sus obligaciones contractuales. Es decir que, según ese argumento, esta actitud encuadraría dentro de lo que se podría considerar como un incumplimiento de la administración a lo pactado. En cuanto al pago del anticipo se tiene que ciertamente el Decreto 222 de 1983 lo permite, sólo que viene a tener operación práctica en el evento de que se pacte en el contrato. Y es evidente que en el contrato materia de este proceso no se hizo estipulación en ese sentido; en el documento aportado por el demandante visible a folios 7 y 8 del cuaderno 1, relativo a 'Información y normas complementarias para el pliego de condiciones...' sólo se dice que el 'Ejército podrá pactar como mínimo un anticipo hasta de un 25% del valor total del contrato, teniendo en cuenta la reglamentación que sobre empresas de la pequeña y mediana industria establezca el Gobierno (art. 271 Decreto 222 de 1983)', lo cual le da la razón a la parte demandada, por cuanto al resolver el recurso de reposición en la vía gubernativa adujo la circunstancia de que no se había pactado y en este proceso anotó como el anticipo sólo se podía pactar con empresas de la pequeña y mediana industria, categoría en la cual no se demostró que estuviese ubicada la demandante.

"En relación con el reajuste de precios pedidos por la parte actora en varias oportunidades a la administración cabe señalar que ciertamente, como lo expresó el intendente general del ejército al negarlo mediante comunicación número 57019, (fls. 34-35, cdno. 1), en realidad no quedó pactado en el contrato, conforme lo exige el artículo 133 del Decreto 222 de 1983 para los contratos de suministro, como es el analizado en este proceso. Ahora, es cierto que dentro de las normas generales para todos los contratos se encuentra el artículo 58 del Decreto 222 de 1983 que permite la modificación del plazo o del valor convenido mediante contrato adicional y cuya aplicación es posible en los eventos en que se produzca una alteración en el equilibrio financiero del contrato. Esta posibilidad de reajuste la planteó el intendente general del ejército en la misma comunicación sólo que la condicionó —como era lo indicado— a la presentación de 'Los documentos probatorios que certifiquen oficialmente las alzas autorizadas en los precios de las materias primas requeridos para la confección de las toallas', lo cual no se demostró en este proceso que efectivamente se hubiese atendido en la vía administrativa, como tampoco en la jurisdiccional. La variación en los precios sólo se puede hacer en los eventos en que efectivamente se encuentren demostradas las circunstancias que justifican esa modificación y como en el caso de estudio no ocurrió así estuvo bien denegada la solicitud por el contratante".

Cumplido el trámite de segunda instancia, es oportuno entrar a decidir. Para ello, se considera:

Opina la señora fiscal que la sentencia merece ser confirmada. Así, en su vista de 27 de febrero de 1989 (a fls. 14 y siguientes), conceptúa:

> "Los hechos anteriores, calificados de imprevisibles, por el actor, en realidad no lo son; unos fueron el resultado de la imprevisión del propio contratista, otros fueron pretensiones no consignadas en el contrato, y otros gestiones tendientes a obtener unos créditos bancarios. Pero en verdad ninguno de los hechos anteriores presenta el carácter de excepcional, ni constituye hechos imposibles de ser previstos con anterioridad.
>
> "Como acertadamente lo analizó el Tribunal al referirse al artículo 868 del Código de Comiercio, los requisitos que se exigen para darle aplicación a la teoría de ia mprevisión no se cumplieron en el presente caso respecto de unos hechos calificados por el actor como imprevisibles y otros hechos como el alza de precios en la industria textil, que hubieran dado lugar a la revisión de precios del contrato, no se pueden aceptar por no tener un respaldo probatorio.
>
> "Al respecto dijo la sentencia: 'Así, se encuentran dentro de la teoría de la imprevisión el alza del 30% en la industria textil, las alzas en las materias primas importadas, los recursos financieros costosos, los pagos de contado; son actos de la administración la restricción de las importaciones, los estímulos a las exportaciones, el anuncio sobre la crisis fiscal. Sin embargo ocurre que así como en teoría hechos de esa magnitud podrían dar lugar a la variación de los precios del contrato, en este caso la conclusión es la negativa, por las siguientes principales razones':
>
> "1. Ninguno de los hechos alegados fue probado en el proceso, pues simplemente en la demanda se hicieron afirmaciones que no tuvieron corroboración en el desarrollo procesal. En efecto, no se demostraron las alzas en los textiles y en las materias primas requeridas para la elaboración de los elementos materia del contrato —toallas—; tampoco los estímulos ofrecidos para las exportaciones de los productos objeto del contrato, la restricción en las importaciones de las materias primas; 2. No se demostró la imprevisibilidad de las circunstancias aducidas, pues, por el contrario, varias de ellas son normales en los negocios dado el ritmo inflacionario creciente de nuestra economía y las cambiantes decisiones gubernamentales en el manejo económico; 3. No se demostró que hubiesen superado el álea normal del contrato, pues la mayoría de las circunstancias alegadas se presentan

regularmente en los contratos; 4. La duración prevista en el contrato fue de un término corto —cuatro meses— y el plazo de entrega de las toallas aún menor —tres meses—, lo cual permitía prever razonablemente las incidencias que podrían traer las circunstancias alegadas —alza en los precios, etc.—; 5. No está demostrado que esas circunstancias alegadas se hubiesen presentado precisamente con posterioridad a la celebración del contrato o que por lo menos hubiesen tenido un exagerado pronunciamiento a partir de ese momento".

Se observa que la parte demandada guardó silencio en esta segunda instancia. La actora, aunque no alegó, sí sustentó ampliamente el recurso interpuesto y cuestionó las afirmaciones hechas por el Tribunal dentro del fallo de primera instancia.

Para la Sala, la sentencia merece ser acogida por cuanto sus planteamientos se ajustan no sólo a la doctrina y a la jurisprudencia, sino también a la realidad procesal que muestra el expediente.

Bastaría para resolver este recurso prohijar las razones dadas por el Tribunal, reforzadas por la fiscalía de la Corporación.

No obstante esto, se anota:

Todo contrato de la administración se celebra para ser cumplido, porque con ellos está comprometida la satisfacción de un servicio público o de una necesidad igualmente pública.

Es por eso que la administración debe estar atenta a propiciar su adecuado cumplimiento y está dotada de los mecanismos coercitivos para lograrlo. Por su lado, el contratista que aspira a obtener un beneficio se constituye por esa vía en un colaborador suyo y mientras la administración contrata sin un afán de lucro o con fines superiores de interés general, el contratista lo hace para obtener un beneficio razonable, particular y concreto.

Si circunstancias extraordinarias e imprevistas entorpecen la obtención de ese beneficio porque hacen más oneroso el cumplimiento de la obligación, el contratista no se exonera de cumplir (el interés general impone ese cumplimiento) pero sí puede pedir a la administración la revisión del contrato en sus términos económicos. De no aceptarse esta solución se rompería el principio de igualdad frente a las cargas públicas.

El derecho del contratista se limita entonces, cuando se presentan esas circunstancias que hacen muy oneroso el cumplimiento del contrato, a lograr de la administración una ayuda parcial que equilibre el quebranto económico causado por dichas circunstancias.

Pero ese acontecimiento excepcional que rompe el equilibrio financiero del contrato debe ser en un todo ajeno a la voluntad de las

partes; y por ende, no ha debido entrar en las previsiones normales que tuvieron en cuenta al celebrar el contrato.

Lo precedente deja ver que, por ejemplo, un aumento en los precios tenido en cuenta dentro del contrato, ocurrido con posterioridad a la firma de este, no podrá invocarse como apoyo de la pretensión indemnizatoria basada en la imprevisión, si dicho aumento es consecuencia de un proceso inflacionario desatado con anterioridad y que mostraba una tendencia fácilmente detectable. Como realmente aconteció en el caso concreto.

Se hacen las observaciones precedentes para concluir con el Tribunal y con la Fiscalía que en el caso concreto no se dieron ni se probaron los supuestos para la prosperidad de la acción, porque:

a) La situación financiera difícil que venía soportando el país desde mucho antes del mes de abril de 1984 (época de la celebración del contrato) no sufrió agravación excepcional o anormal durante los 3 meses subsiguientes a dicha celebración, lapso en el que debía cumplirse el contrato de suministro de las 100.100 toallas. No existe prueba alguna que demuestre esas circunstancias especiales.

b) El incumplimiento de la firma Giraldo Peláez y Cía. Ltda., que según se dice se había comprometido con la demandante a suministrarle las toallas que debía entregar esta, es un hecho inoponible a la administración, la que no celebró contrato alguno con la mencionada sociedad.

Si el incumplimiento se dio, la actora debió demandarla en lugar de pretender configurar con ese hecho una circunstancia de imprevisión.

Debe recordarse que PRODEINCO celebró el contrato para suministrar al Ejército Nacional unas tollas para tropa. Contrajo la obligación directamente; y en el caso *sub judice* ni siquiera puede hablarse de estipulación por otro en los términos del artículo 1507 del Código Civil. Para la nación era indiferente el fabricante, siempre y cuando las toallas llenaran los requisitos exigidos en el pliego de condiciones en cuanto a calidad, color, resistencia, tamaño, etc., etc.

Baste leer el contrato para concluir que la demandante se obligó a hacer el suministro y no por otra persona.

No debe olvidarse tampoco que a la parte actora le incumbía la prueba de las circunstancias anormales imprevistas y que poco hizo para lograrlo. En efecto, tal como lo dice el Tribunal no se demostró el alza en los textiles ni en las materias primas, como tampoco la restricción en la importación de esas materias; ni la contratación en el crédito bancario.

Así mismo no probó que esas circunstancias fueron sobrevinientes o posteriores a la celebración del contrato y que fueran de tal

magnitud que rompieran en determinada proporción el equilibrio financiero del mismo.

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

Falla:

Confírmase en todas sus partes la sentencia de marzo 17 de 1988, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 14 de abril de 1989.

Gustavo de Greiff Restrepo, Carlos Betancur Jaramillo, Antonio J. de Irisarri Restrepo, Julio Cesar Uribe Acosta.

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

PROCESO DISCIPLINARIO. DESTITUCION.

Comprometida de manera grave, con una conducta irregular, la propia eficiencia y moral de la administración pública, la sanción destitutiva y la inhabilidad consiguiente para el desempeño de cargos públicos, fue legal y justa, adecuada a la gravedad de la falta cometida. No puede alegarse desconocimiento del derecho de defensa en el desarrollo de un proceso disciplinario, cuando se reconoce por el mismo administrado la comisión de la falta.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., diecinueve de abril de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejera ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Proyectó: Doctor Víctor Manuel Ruiz (magistrado auxiliar).

Referencia: Expediente número 692. Resoluciones ministeriales. Actor: Saín Aguirre.

Mediante apoderado, el señor *Saín Aguirre* demandó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca la nulidad de la Resolución 01438 de marzo 2 de 1981, en virtud de la cual se le destituyó del cargo que ocupaba en el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y pidió que como consecuencia de tal nulidad se le restableciera en su derecho, restablecimiento consistente en el reintegro al cargo o a otro de igual o superior categoría dentro de la carrera administrativa, al pago de las sumas dejadas de devengar por todo concepto durante el término de la desvinculación, y el cómputo del tiempo no servido como realmente trabajado sin solución de continuidad, para efectos de prestaciones sociales.

En síntesis expuso como *Hechos* sustentarios de sus peticiones, los siguientes: que trabajó durante más de nueve años al servicio del mencionado Ministerio; que por méritos, antigüedad y concurso, estaba inscrito en la carrera administrativa; que por presuntas irregularidades en la liquidación de impuesto a las ventas se le imputó falta grave por la comisión de personal; que él explicó en sus descargos a qué se debía la falta cometida, no dolosa sino achacable al cúmulo de trabajo que atendía; que personalmente reconoció haber cometido los errores denunciados en las respectivas liquidaciones, que a pesar

de tales descargos y de la comprobación de que se trataba de un simple error aritmético, el Ministerio resolvió destituirlo e inhabilitarlo para el desempeño de cargos públicos por el término de un (1) mes.

Como disposiciones violadas con el acto acusado citó el demandante: artículos 16, 20, 26 y 30 de la Constitución Nacional; artículos 150, 151, 152, 153, 154 y 156 y concordantes del Decreto reglamentario 1950 de 1973; 135 inciso a) y subsiguientes del mismo Decreto reglamentario; 136 y 148 *ibídem;* Decretos 2400 de 1968, 3074 de 1968, 342 de 1970, 2045 de 1969.

El Tribunal acogió las súplicas de la demanda en sentencia de septiembre 19 de 1983. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público apeló.

Reconstruido el proceso, por auto de 27 de mayo de 1987 se dispuso que quedaba en estado de correr traslado a la Fiscalía para concepto de fondo.

Se ha surtido el trámite correspondiente y no observándose nulidad alguna que pueda incidir sobre la validez de la actuación, debe la Sala proferir sentencia, a lo cual procede mediante las siguientes

Consideraciones:

El asunto se contrae a determinar la legalidad de la Resolución 01438 de marzo 2 de 1981, mediante la cual el ministro de Hacienda y Crédito Público dispuso, destituir al actor del cargo que ocupaba e inhabilitarlo temporalmente para el ejercicio de funciones públicas.

Independientemente de si el actor estaba debidamente inscrito, escalafonado y actualizado su escalafón dentro de la carrera administrativa —circunstancia no acreditada debidamente en la reconstrucción del proceso, pero sí mencionada en la sentencia apelada— importa en este caso, de manera esencial, verificar si fue destiuido de su cargo con estricto apego a la ley y previa la observancia del derecho de defensa.

El señor fiscal en su concepto hace un bien fundamentado estudio del caso debatido, que la Sala comparte.

Los pasos fundamentales del proceso disciplinario que necesariamente debe adelantarse para aplicar cualquier sanción, se relacionan con el respeto al derecho de defensa.

Por eso es indispensable que al inculpado se le formulen con toda claridad los cargos que contra él pesan, proporcionándole información acerca de los documentos y pruebas en que se sustentan.

Debe dársele oportunidad de rendir descargos y de solicitar la práctica de pruebas que pretenda hacer valer para desvirtuar las recogidas en su contra.

Es obvio que el decreto de estas se hará en la medida en que sean conducentes al esclarecimiento de los hechos. Concluido el proceso, el superior jerárquico competente para imponer la sanción escogerá la que sea adecuada a la gravedad de la falta cometida, teniendo en cuenta situaciones eximentes de responsabilidad, atenuantes o agravantes.

En el caso aquí debatido, la administración no erró al imponer la sanción máxima establecida.

En efecto, y como bien lo analiza el señor fiscal la falta cometida no era explicable ni mucho menos justificable por el exceso de trabajo que tenía el demandante, exceso que quiso demostrar sin ser necesario puesto que no era desconocido, con probanzas que la funcionaria investigadora estimó inconducentes; nadie discutió nunca que Aguirre revisara gran cantidad de liquidaciones; pero es claro que ese hecho no pudo haber aminorado la responsabilidad que tuviera por una conducta culposa como resultas de la cual sufrieron notoria mengua los intereses pecuniarios del Estado.

Ello por cuanto no se trató de un error intrascendente —aunque en apariencia lo fuera— sino de una irregularidad ya conocida en el Ministerio de Hacienda y hasta bautizada porque llegó a constituir práctica constante para defraudar al fisco.

No es explicable entonces que un funcionario con nueve años de servicio, al cumplir con su deber de revisar las liquidaciones dejara pasar inadvertida tal irregularidad suficientemente conocida en sus dependencias, y por virtud de la cual las cifras sufrían alteración sustancial en perjuicio del tesoro público.

Tampoco lo es, que la inadvertencia se repitiera en dos liquidaciones distintas y precisamente tratándose de idéntico error.

Este hecho es el que da pie para hablar de reincidencia, es decir de falta repetida, aun cuando con anterioridad el señor Aguirre no hubiera sido sancionado disciplinariamente.

Independientemente de la cantidad de trabajo que tengan, los servidores públicos están obligados por mandato legal a observar extremo cuidado en su desempeño; con mayor razón cuando en esas tareas se compromete el erario, como es justamente una liquidación de impuestos. Precedente funesto se sentaría si fuera excusable una falta tan grave como la cometida por el señor Aguirre, pues hay que pensar entonces en el resultado negativo que para los intereses de la Nación tendría el seguir cohonestando prácticas semejantes.

Puesto que en la conducta irregular del accionante se comprometió, de manera grave, la propia eficiencia y moral de la administración pública, la sanción destitutiva y la inhabilidad consiguiente para el desempeño de cargos públicos por un mes, fue legal y justa, adecuada a la gravedad de la falta cometida.

Y en cuanto al proceso disciplinario adelantado con anterioridad, dirá la Sala que se acomodó a la ley y que no le asiste razón al demandante cuando alega que en su desarrollo le fue negado el derecho de defensa. Mal pudo habérsele coartado si él mismo reconoció la comisión de la falta, cuya gravedad calificó oportuna y certeramente la administración.

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 el concepto fiscal,

Falla:

Revócase la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 19 de septiembre de 1983, para desatar la *litis* propuesta por el señor Saín Aguirre contra la Nación —Ministerio de Hacienda y Crédito Público—.

En su lugar, niéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y en firme esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada el día 10 de abril de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

Alvaro Lecompte Luna, Aydeé Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

MINISTRO. DELEGACION DE FUNCIONES.

El acto administrativo acusado cumplió con todas las exigencias legales, pues los ministros sólo podrán delegar su asistencia a las juntas que por mandato de la ley deban presidir, en los secretarios generales. El no haberse fijado término a la delegación ordenada en dicho acto administrativo, no amerita la nulidad de este, pues así las cosas, el término que se echa de menos se halla implícito en el tiempo durante el cual se entiende la delegación, esto es, hasta cuando se produzca, o el reemplazo, o la asunción de las funciones del ministro en la junta directiva.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., veintisiete de abril de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Simón Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Proceso número 17. Demandante: Alirio Martínez Serna.

El actor de la referencia, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, demandó la nulidad de la Resolución número 00374 de 4 de febrero de 1985 y del Acuerdo número 060 de 8 de noviembre de ese mismo año, expedidos, por el ministro de Hacienda y Crédito Público y por el presidente de la junta directiva del Fondo Rotatorio de Aduanas.

Actos acusados:

a) El primero de ellos dice así:

"Por el cual se confiere una delegación

"El ministro de Hacienda y Crédito Público en ejercicio de las facultades que le confieren los Decretos extraordinarios 1050 y 3130 de 1968 y 128 de 1976,

Resuelve:

"*Artículo 1º* Delégase en el doctor Jairo Iván Peña Ayazo, secretario general del Ministerio de Hacienda y Crédito Pú-

blico, la asistencia a la junta directiva del Fondo Rotatorio de Aduanas, que por mandato legal y estatutario debe presidir el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. La delegación que se confiere en el presente artículo comprende la actuación como presidente de la junta.

"*Artículo 2º* Esta resolución rige a partir de la fecha de su expedición.

"Comuníquese y cúmplase.

"Dada en Bogotá, D. E., a 4 de febrero de 1985.

"*María Mercedes Cuéllar de Martínez.*

"Ministerio de Hacienda y Crédito Público (e).

"*Jairo Iván Peña Ayazo.*

"Secretario General".

b) Y, en el Acuerdo número 060 de 1985 se dice lo siguiente:

"Por el cual se establecen procedimientos para la enajenación de mercancías.

"La Junta Directiva del Fondo Rotatorio de Aduanas en ejercicio de sus facultades legales y estatutarias, y

"*Considerando:*

"Que es función de la junta directiva controlar el funcionamiento del Fondo Rotatorio de Aduanas y verificar su conformidad con la política adoptada.

"*Acuerda:*

"Artículo 1º Los bienes entregados en custodia al Fondo Rotatorio de Aduanas, sólo podrán ser enajenados mediante subasta pública a través del Banco Popular, Martillo, conforme a las estipulaciones que actualmente rigen la materia.

"Artículo 2º Se exceptúan del artículo anterior aquellas mercancías que se hallen dentro de las circunstancias previstas en el artículo 79 del Decreto 955 de 1970, evento en el cual deberá comunicarse tal situación a la junta directiva a más tardar el día siguiente de la fecha en la cual la dirección del Fondo fue conocedora de dichas circunstancias. Esta

comunicación será un requisito previo que deberá cumplirse en todos los casos en los cuales se proyecten ventas directas.

"Artículo 3º Sin perjuicio de lo previsto en el artículo anterior, la dirección del Fondo deberá atender estrictamente las restricciones sobre ventas directas de licores, cigarrillos, textiles y cassettes y todas aquellas determinadas reiteradamente por la junta directiva de la entidad, de conformidad con la política de protección a la industria nacional.

"Artículo 4º Al tenor de lo preceptuado por el literal m) del artículo 10 de los estatutos del Fondo Rotatorio de Aduanas, toda venta o acto de la dirección relacionado con ella, deberá contar con la aprobación de la junta directiva, cuando su cuantía sea o exceda a $ 200.000.00.

"Artículo 5º Cuando las circunstancias de enajenación previstas en el artículo 79 del Decreto 955 de 1970 exijan reavalúos que modifiquen los valores establecidos en las actas de ingreso, estos se efectuarán con la intervención de aforadores que designe por sorteo el administrador de la aduana respectiva.

"Artículo 6º El presente acuerdo rige a partir de la fecha de su expedición y deroga los acuerdos que contraríen lo aquí establecido.

"Dado en Bogotá, D. E., a los 8 días del mes de noviembre de 1985.

"El presidente Jairo Iván Peña Ayazo. El secretario José Arturo Ospina".

Negada la suspensión provisional de los actos acusados por el consejero ponente (auto de 28 de junio de 1986, fls. 92 y 97) fue confirmada tal decisión por la Sala de Decisión en sede de súplica ordinaria(auto de 20 de febrero de 1987, fls. 111 a 116).

La demanda:

Pide el demandante que "se declare la nulidad de las normas contenidas en el Acuerdo número 060 de 8 de noviembre de 1985", por cuanto la delegación que por medio de la Resolución 00374 de 4 de febrero de 1985 se hizo en el secretario general del Ministerio de Hacienda y Crédito Público (Jairo Iván Peña Ayazo), para que asistiera a la junta directiva del Fondo Fotatorio de Aduanas (que por mandato legal y estatutario debe presidir el ministro), fue hecha por una persona(María Mercedes Cuéllar de Martínez) que no ostentaba, para la fecha de la mencionada resolución, el encargo de ministra de Hacienda y Crédito Público. Y, pide además, con el mismo argumento, la nulidad de la susodicha resolución.

Aduce también el demandante que la *derogación* contenida en la Resolución 00374 no es legalmente procedente por cuanto, como se dice en esta misma, la junta directiva del Fondo Rotatorio de Aduanas, por mandato legal y estatutario, *debe ser presidida* por el ministro de Hacienda y Crédito Público (subraya la Sala).

Además, en cuanto al Acuerdo número 060, sostiene que según el artículo 8º de los Estatutos del Fondo Rotatorio de Aduanas, para que su junta directiva pueda sesionar válidamente "requiere la asistencia de quien legalmente debe presidirla y de la mayoría absoluta de sus miembros, y sus decisiones se tomarán por mayoría absoluta entre los miembros asistentes". Y concluye en este punto que como dicha junta directiva se compone, según los artículos 6º y 130, *ibídem*, de 5 personas (incluido el ministro o su delegado), la mayoría absoluta queda conformada por cuatro personas (3 miembros y el ministro o su delegado), luego debe declararse la nulidad del mencionado acuerdo por cuanto la junta directiva del Fondo Rotatorio de Aduanas que lo expidió solamente contó con la asistencia del supuesto delegado del ministro, del director general de Aduanas y del jefe de la División Administrativa de Aduanas; es decir, sólo dos miembros con investidura.

Vuelve el demandante a la Resolución número 00374 para manifestar que sobre la delegación allí efectuada no se dijo si esta era permanente o de carácter temporal.

En síntesis, concluye el demandante que debe decretarse la nulidad de la Resolución número 00374 de 1985 y del Acuerdo número 060 de ese mismo año, acuerdo este que, por otra parte, no podía efectuar las reformas contenidas en sus artículos 2º y 4º por no haber sido aprobadas "conforme lo indica el artículo 8º de los estatutos", o sea, no haber sesionado válidamente la junta directiva, ya que no concurrieron sino tres miembros cuando debían hacerlo cuatro. También, que el mencionado artículo 4º se dictó desconociendo el numeral 1º del artículo 136 del Decreto ley 222 de 1983, norma esta que, en cuanto a las adquisiciones de bienes muebles, establece que si su valor "fuere inferior a la suma de quinientos mil pesos, requieren pedido de funcionario competente y se reconocerán contra factura de entrega". Y por último que el artículo 1º del acuerdo quebranta los artículos 72 y 82 del Decreto 955 de 1979.

Consideraciones de la Sala:

Vencido el término del traslado legal, dado a las partes para alegar, sin que ninguna de estas hubiera hecho uso de tal derecho, el señor fiscal primero de la Corporación, dentro de la debida oportunidad procesal, emitió concepto de fondo, al cual se referirá la Sala con posterioridad.

El proceso demuestra que la nulidad planteada contra la Resolución número 00374 de 4 de febrero de 1985, proferida por el Ministerio

de Hacienda y Crédito Público, y firmada por María Mercedes Cuéllar de Martínez, como ministro de dicho despacho, no tiene asidero legal por cuanto, para la fecha de expedición de la citada resolución, esta persona se encontraba en ejercicio de tales funciones para las cuales había sido *encargada* mediante Decreto 326 de 1º de febrero de 1985, y tomado posesión de las mismas un día después; hecho comprobado con la correspondiente acta de posesión y, además, con la certificación expedida por el subsecretario general del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, documentos visibles a los folios 162 y 90 de las presentes diligencias. Y esto no significa cosa distinta a la de que es legalmente válida la mencionada resolución y, en consecuencia, la *delegación* hecha a través de la misma al secretario general del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Jairo Iván Peña Ayazo, para que asistiera a la junta directiva del Fondo Rotatorio de Aduanas, como presidente de esta. En otras palabras, el acto administrativo referido cumplió con todas las exigencias legales, pues, además, de conformidad con los Decretos 128 de 1976 (art. 7º) y 1151 de 1978 (art. 6º), los ministros sólo podrán delegar su asistencia a las juntas que por mandato de la ley deban presidir, "en los... secretarios generales...", y la junta directiva del Fondo Rotatorio de Aduanas estará integrada por "el ministro de Hacienda y Crédito Público o su delegado, quien la presidirá". Y, por último, en cuanto a este punto se refiere la demanda, considera la Sala que el no haberse fijado término a la delegación ordenada en dicho acto administrativo, no amerita la nulidad de este, pues así las cosas el término que se echa de menos se halla implícito en el tiempo durante el cual se entiende la delegación, esto es, obviamente, hasta cuando se produzca, o el reemplazo, o la asunción de las funciones del ministro en la junta directiva.

El señor fiscal primero de la Corporación, teniendo en consideración la fotocopia debidamente autenticada del acta de posesión anteriormente citada, estimó que el señor secretario general del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a partir de 4 de febrero de 1985, "estaba legitimado, incluso hasta nueva orden porque nada se dijo en el acto de la delegación, para asistir y presidir la citada junta directiva, todo lo cual nos lleva a una primera gran conclusión cual es que resultan totalmente infundados los cargos que se hacen contra la Resolución 00374 de 4 de febrero de 1985".

Indica todo lo anterior que el susodicho secretario general estaba habilitado legalmente como miembro presidente de la junta directiva del Fondo Rotatorio de Aduanas, la cual requería de su presencia (como en efecto ocurrió) para que, al conformarse la mayoría absoluta de sus cinco miembros que la componen, o sea tres, pudiera sesionar válidamente con éstos, como ocurrió en el evento que ocupa la atención de la Sala. Y es que no otra cosa se desprende de la correcta interpretación del artículo 8º de los Estatutos del Fondo (Acuerdo núm. 017 de 11 de febrero de 1976), aprobados por medio del Decreto número 1151 de 7 de junio de 1976, puesto que si la junta directiva está integrada por cinco miembros (incluido el ministro de Hacienda o

su delegado), podrá sesionar válidamente con la mayoría absoluta, o sea con tres de sus miembros si dentro de éstos se cuenta con la asistencia de quien legalmente debe presidirla.

En relación con el aspecto anterior, para dilucidar la legalidad del Acuerdo número 060 de 8 de noviembre de 1985, dice el Ministerio Público:

> "...La junta directiva del Fondo Rotatorio de Aduanas podía sesionar válidamente con tres miembros siempre que se encontrara presente quien legalmente debiera presidirla, y tomar decisiones también con el voto de la mitad más uno de los asistentes.
>
> "El día en que se adoptó la decisión impugnada, 8 de noviembre de 1985 a las 9-3 a.m. se hicieron presentes: el delegado del Ministerio de Hacienda, quien presidió la reunión; el director general de Aduanas; el jefe de la División de Servicios Administrativos de la Dirección General de Aduanas...; es decir, que se cumplió el quórum mínimo para discutir y decidir..."

En lo atinente al quebranto del artículo 136 del Decreto 222 de 1983 por el artículo 4º del Acuerdo número 060, se observa que no existe tal, porque al paso el primero de dichos textos se refiere a "compras" de bienes muebles, el segundo prevé el caso de "ventas".

Por último y en argumentación un poco confusa alega el demandante que el artículo 1º del Acuerdo número 060 de 1985, desconoce los artículos 72 y 82 del Decreto 955 de 1970 (anterior Estatuto Penal Aduanero). Lo cual soslaya el orden de prelación de aplicación de normas previsto en el artículo 240 del Código de Régimen Político y Municipal.

Y al efecto ofrece el siguiente razonamiento:

> "La disposición aplicada, artículo 1º del Acuerdo número 060 de 1985 y el artículo 72 (sic) del estatuto penal aduanero, Decreto 955 de 1970, dictado con base a las facultades extraordinarias que le confirió el legislador, mediante la Ley 16 de 1968, se observa que con notorio abuso, la junta directiva, expresa:
>
> " 'Sólo podrán ser enajenados, los bienes entregados en custodia a través del Banco Popular, Martillo', cuando la norma superior expresa otro sentido sin restricción para el Fondo, atribución que no puede renunciar, sería como dejar de cumplir sus deberes que juraron prestar desde el momento de posesión de sus cargos el director del Fondo y otros funcionarios.

"La disposición superior infringida, artículo 82, expresa:

" 'Remate de mercancía, en firme la declaración de que una mercancía es de contrabando se procederá a su remate directamente por el Fondo Rotatorio de Aduanas o por el Martillo, legalmente autorizado siguiendo las formalidades establecidas por el Código de Procedimiento Civil" '.

... ...

"La junta directiva del Fondo Rotatorio de Aduanas, por medio del delegado del señor ministro de Hacienda y Crédito Público tomó funciones de legislador al señalar el reglamento o acuerdo expedido, al renunciar a uno de los deberes u obligaciones que le señala la ley, cuando dice:

" 'Sólo podrán ser enajenados" ', cuando la ley le impone al ente del cual hace parte, en referencia del remate de las mercancías se procederá directamente por el Fondo Rotatorio de Aduanas (sic).

"El legislador que se presume sabio, dejó esa libertad, pero no lo restringió ni lo obliga a renunciar a uno de sus deberes y menos cuando es de notorio conocimiento que en el denominado Martillo, se ha presentado corruptelas por gentes inescrupulosas que manejan hábilmente los remates. Debe dejarse en libertad, conforme las intenciones del legislador de enajenar las mercancías de contrabando y las abandonadas a favor del Estado.

"Claramente, es violatorio la ley (sic), la norma acusada por suprimir una de sus funciones de enajenar directamente o rematar. Es menester, que el Fondo Rotatorio de Aduanas, vuelva por sus fueros especiales respetando la ley".

Observa la Sala que el actor presenta un enfoque equivocado de la cuestión que plantea, ya que el artículo 1º del Acuerdo número 060 no dice que únicamente pueden ser enajenados los bienes entregados en custodia por medio del sistema de la subasta pública del Banco Popular, sino que en tratándose de tal clase de bienes su enajenación será en la forma dicha.

Además de que el artículo 82 del Decreto 955 de 1970 (reemplazado por el Decreto ley 051 de 13 de enero de 1987 o Nuevo Estatuto Penal Aduanero), debe entenderse dentro de todo el contexto del estatuto a que pertenece y particularmente en conexión con el artículo 73 *ib.* conforme al cual: "El Fondo Rotatorio de Aduanas tiene el deber de custodia de la mercancía que le haya sido entregada en depósito de conformidad con las disposiciones del Código Civil".

Finalmente estima la Sala que el artículo 72 del susodicho Decreto 955 citado en la anterior transcripción parece ser extraño al

tema examinado, porque se refiere al "inventario" de las mercancías aprehendidas de contrabando.

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, de acuerdo con el concepto del señor fiscal primero de la Corporación,

Falla:

Deniéganse las peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de la fecha.

Luis Antonio Alvarado Pantoja, Samuel Buitrago Hurtado, Guillermo Benavides Melo, Simón Rodríguez Rodríguez

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

SUSPENSION DEL CARGO. Reintegro.

Se trata de una suspensión ordenada por autoridad judicial; no es en verdad una suspensión de carácter disciplinario. Pero el Estado es uno solo y por tanto, la entidad a la cual estaba vinculado debe restablecerlo en su derecho, si a ello hubiere lugar, aun cuando de ella no hubiera emanado la voluntad de suspenderlo. Es la ley misma la que ordena que se cumpla la orden de suspensión. Y si el reintegro al cargo y pago de sueldos y prestaciones dejados de devengar, está previsto para el caso de suspensión preventiva con miras a iniciar una investigación de carácter disciplinario, no resulta lógico ni jurídico afirmar que si la suspensión obedece a una investigación de carácter penal, no se dan las mismas consecuencias. En donde existe la misma razón, debe existir la misma disposición.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección *Segunda.*— Bogotá, D. E., cinco de mayo de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

Proyectó: Doctor Antonio José Arciniegas Arciniegas, abogado asistente.

Referencia: Expediente número 707. Actor: Sigifredo Medina Bermúdez.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 10 de noviembre de 1982, que accedió a las súplicas de la demanda consistentes en la anulación, con restablecimiento del derecho, del acto administrativo contenido en el Oficio número 0777 de 24 de enero de 1977 de la jefatura de la División de Personal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por el cual se negó reconocer y pagar al actor los sueldos y prestaciones sociales dejados de percibir entre el 10 de noviembre de 1975 y el 14 de octubre de 1976, cuando fue suspendido en el ejercicio de las funciones de su cargo en cumplimiento del artículo 449 del Código de Procedimiento Penal por causa de la investigación penal, concluida con auto de cesación de todo procedimiento en contra del demandante.

Esa sentencia se fundamentó en las razones siguientes:

"...obra en autos copia auténtica de la sentencia del honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, cuya parte resolutiva es del siguiente tenor:

> "Por lo expuesto el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, en Sala Penal, de acuerdo con su colaborador fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *confirma* la providencia emanada del Juzgado Segundo Superior de esta ciudad, que decretó la cesación de todo procedimiento y lo eximió de responsabilidad, a Sigifredo Medina Bermúdez sindicado de falsedad.
>
> "En tal virtud *ordena* la *restitución* del funcionario Sigifredo Medina Bermúdez, para lo cual se oficiará al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, dado el sentido de la providencia que lo eximió de responsabilidad..."

Es verdad procesal que la entidad demandada, mediante Resolución número 14238 de 22 de octubre de 1976, revocó en todas sus partes la Resolución 13020 de 10 de noviembre de 1975, y ordenó el reintegro del demandante al cargo de recaudador de Impuestos Nacionales II-21 de la Recaudación de Impuestos Nacionales de Ciénaga (Magdalena), a partir de 15 de octubre de 1976.

Además, obra en autos en copia autenticada el acta de posesión del demandante fechada el 3 de noviembre de 1976, en la cual se lee:

> "De conformidad con los Decretos 1924 de 1976 y 174 de 1975, la presente posesión surte efectos fiscales a partir de 1º de marzo de 1976 con la siguiente asignación: $ 9.100.00 hasta junio 30 de 1976 y $ 9.800.00 a partir de julio 1º de 1976".

A pesar de lo anterior, la administración no le ha cancelado a Medina Bermúdez suma alguna correspondiente al tiempo durante el cual estuvo suspendido.

... ...

> "...la suspensión aplicada al actor no tuvo el carácter de disciplinaria, sino que fue solicitada por el Juez Unico Penal del Circuito de Ciénaga (Magdalena) a fin de hacer efectiva la detención preventiva dictada en su contra por los delitos de peculado y falsedad, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 449 del Código de Procedimiento Penal.

... ...

> "La detención del actor y su subsecuente suspensión, del cargo que desempeñaba fueron medidas irregulares pues la

misma administración de justicia concluyó que no había cometido el delito por el cual fue sindicado.

. . . . . .

"Para efectos del restablecimiento del derecho no importa entonces que el poder judicial hubiera ordenado la suspensión de Medina Bermúdez ni que el Ministerio de Justicia se hubiera limitado a cumplirla pues ambas son ramas del poder público del mismo Estado colombiano.

"Y como el restablecimiento debe ser completo, no es suficiente el reintegro al cargo que venía desempeñando sino que, además, le debe ser pagada la totalidad de los sueldos, primas, y demás prestaciones que dejó de devengar durante el tiempo que estuvo suspendido.

"La negativa a reconocerle al actor las sumas aludidas contraría en forma ostensible la garantía constitucional contenida en la norma citada, por lo cual el Oficio 0777 de 24 de enero de 1977 debe ser anulado.

"Cabe destacar que la administración posesionó al actor con carácter retroactivo al 1º de marzo de 1976 y que, inclusive, en la posesión se alude a las sumas exactas que tenía derecho a devengar a partir de esa fecha. En esta forma le reconoció parte de los sueldos y prestaciones a que tenía derecho Medina Bermúdez, pero no se los canceló habiendo debido hacerlo.

"El honorable Consejo de Estado en casos similares al debatido en el presente proceso ha sostenido el restablecimiento del derecho para el empleado suspendido. Así lo decidió en sentencia proferida por el doctor Alvaro Orejuela Gómez el 6 de noviembre de 1978 (Actor: Mercedes Pallares de V. Asuntos Departamentales. Exp. 009)", (fls. 6 a 7, 8, 10 y 11, cdno. ppal).

No obra en el expediente la sustentación del recurso de apelación, pero en el alegato de conclusión, la apoderada del Ministerio de Hacienda y Crédito Público pidió que se nieguen las súplicas de la demanda, en consideración a lo siguiente:

I. Que la administración suspendió provisionalmente al actor para facilitar la labor del juez penal, pues ya existía auto de detención en su contra. No lo suspendió por causas disciplinarias administrativas, sino por razones ajenas a las funciones del empleado.

II. Que si el actor no prestó sus servicios durante esa suspensión, no puede devengar salarios ni prestaciones (fls. 15 y 16 cdno. ppl.).

Reconstruido el proceso conforme a la solicitud del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por auto de 24 de noviembre de 1987

se determinó que debía correrse traslado para concepto del Ministerio Público, el cual fue emitido con solicitud de confirmación de la sentencia apelada.

Cumplido el trámite de ley y no observándose causal alguna de nulidad procesal, se decide mediante las siguientes

Consideraciones:

En su concepto de fondo, la distinguida señora fiscal quinta de la Corporación estudió cuidadosa y acertadamente el asunto debatido y la decisión del *a quo,* frente a los elementos de juicio del proceso, como se transcribe a continuación:

> "Sea lo primero anotar, que aun cuando el oficio demandado, no proviene del señor ministro de Hacienda y pudiera tenerse entonces como un acto de trámite, la Fiscalía estima que es demandable puesto que afectó al actor, respondió la petición que formuló éste a la administración y puso fin a la actuación administrativa.
>
> "Después de examinar cuidadosamente los elementos de juicio que obran en el proceso, la Fiscalía encuentra que los argumentos expuestos en la sentencia del Tribunal son acertados y jurídicamente válidos.
>
> "En efecto, la obligación de suspender a un empleado público del cargo que desempeña, a petición de un juez de la República, emana de la ley (Código de Procedimiento Penal).
>
> "Se trata entonces de una suspensión ordenada por autoridad judicial; no es en verdad una suspensión de carácter disciplinario. Pero el Estado es uno solo y por tanto, la entidad a la cual estaba vinculado debe restablecerlo en su derecho, si a ello hubiere lugar, aun cuando de ella no hubiera emanado la voluntad de suspenderlo. Ya vimos que es la ley misma la que ordena que se cumpla la orden de suspensión.
>
> "Y si el reintegro al cargo y pago de sueldos y prestaciones dejados de devengar, está previsto para el caso de suspensión preventiva con miras a iniciar una investigación de carácter disciplinario, no resulta lógico ni jurídico afirmar que si la suspensión obedece a una investigación de carácter penal, no se dan las mismas consecuencias. En donde existe la misma razón, debe existir la misma disposición.
>
> "Según las pruebas que tuvo a la vista el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y que no obran en este expedien-

te reconstruido, en el caso *sub judice* se dictó auto de detención contra el señor Sigifredo Medina Bermúdez por la presunta comisión de los delitos de peculado y falsedad; sin embargo posteriormente se ordenó la cesación de todo procedimiento, decisión que fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta.

"Así las cosas el Ministerio de Hacienda y Crédito Público mediante la Resolución número 14.238 de 22 de octubre de 1976 ordenó el reintegro del actor a su cargo, y en el acta de posesión número 84 de 3 de noviembre de 1976 se afirmó que tal posesión surtía efectos a partir de 1º de marzo de 1976.

"A juicio de este despacho la administración no restableció en forma completa el derecho del actor, pues sólo lo reintegró a su cargo pero no le pagó lo que había dejado de percibir por concepto de salarios y prestaciones durante el período que estuvo suspendido, es decir entre el 10 de noviembre de 1975 y el 14 de octubre de 1976.

"Es contradictoria la actitud de la administración, que ordena reintegro al cargo desde determinada fecha, pero no el pago de los sueldos dejados de devengar.

"Este despacho no comparte los argumentos expuestos por la doctora apoderada de la entidad demandada puesto que si el demandante no prestó sus servicios, ello obedeció a causas ajenas a su voluntad, y para esos casos la ley contempla el restablecimiento pleno del derecho.

Siendo suficientemente explícita y reiterada la jurisprudencia del honorable Consejo de Estado acogida por el Tribunal en la sentencia apelada, estima este despacho que no son necesarias mayores consideraciones para emitir concepto solicitando se confirme el fallo recurrido" (fls. 46 a 48 cdno. ppal).

La Sala acoge la argumentación de la vista fiscal que consulta acertadamente los elementos de juicio del proceso y la jurisprudencia reiterada de la Sala al decidir casos semejantes, como el del expediente número 514, actor: Luis Eduardo Adán Arévalo, cuando dijo:

"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)". (Sentencia de 31 de agosto de 1988; consejero ponente: Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker).

De acuerdo con lo expuesto, debe accederse a las pretensiones de la demanda, como fue resuelto en la sentencia apelada, que merece ser confirmada.

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:

Confírmase la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 10 de noviembre de 1982.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 28 de abril de 1989.

Alvaro Lecompte Luna, Aydeé Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Julio César Obando Correa, conjuez.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

ACTO ADMINISTRATIVO. Inexistencia. RETIRO DEL ACTO.

Un proyecto de resolución que no ha sido fechado, numerado, ni notificado, no constituye acto administrativo. Es verdad que la diligencia de notificación no hace parte del acto administrativo y que este ha de reputarse perfecto antes de darlo a conocer a los interesados, pero a la vez es cierto que ese acto sin fecha cierta y sin notificación puede ser retirado por la administración, sin que ello implique revocatoria.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., veintinueve de junio de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Guillermo Benavides Melo.*

Referencia: Expediente número 393. Actor: Jorge Ruiz Gutiérrez.

La Sección Primera de la Sala Contenciosa del Consejo de Estado entra a fallar el proceso de la referencia.

El petitum:

En su libelo de demanda (fls. 10 a 26), el mandatario judicial de la actora formula estas pretensiones en acción de restablecimiento:

a) Que se declare la nulidad de las Resoluciones 19259 de 16 de diciembre de 1985 y 02813 de 7 de marzo de 1986, mediante las cuales el ministro de Salud niega el permiso para ejercer la odontología al señor Jorge Ruiz Guitérrez. La última resolución resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la primera y la confirma.

b) Como consecuencia de la anterior pretensión, que se "declare que o bien se le conceda a mi poderdante (...) permiso para ejercer la odontología en Bogotá, D. E., o bien que continúa vigente la resolución sin número que antes de las dos anteriores había proferido el citado funcionario concediendo el precitado permiso, y que fue dolosamente sustraída por la jefe de la Sección de Profesiones Médicas de dicho Ministerio".

Admitida la demanda, practicadas las probanzas que fueron decretadas, traídos al proceso los correspondientes antecedentes adminis-

trativos, habiendo alegado de conclusión tanto la parte demandante como la demandada y producida la vista fiscal de fondo con pedimento de denegatoria de las peticiones de la demanda, es procedente desatar en el fondo este asunto, previas las siguientes

Consideraciones:

1. Según la parte actora, los actos acusados violan las siguientes disposiciones: artículos 73, 74, 28, 64, 35 del Código Contencioso Administrativo, 26 y 121 de la Constitución Nacional, 400 del Código Civil y 174 del Código de Procedimiento Civil.

2. Como punto fundamental de este proceso, el actor centra sus pretensiones y lo hace en forma reiterativa y por muchas veces en su libelo, en el a su juicio acto administrativo contenido en la "resolución sin número" de finales de 1955 del Ministerio de Salud, simple proyecto de resolución que jamás llegó a fecharse, numerarse y menos aún a notificarse, en el cual, afirma, se concedía a su poderdante "el permiso solicitado" para ejercer la odontología en el Distrito Especial de Bogotá. Además, sobre este simple proyecto de resolución, que nunca llegó a tener eficacia y consecuencialmente nunca pudo producir efecto jurídico alguno, el actor monta su tesis de haber sido objeto de revocatoria directa, sin el consentimiento expreso y escrito de su mandante, por parte de las Resoluciones 19259 y 02813.

El examen del expediente permite concluir que dicho acto administrativo no existió y que, por consiguiente, no es posible pronunciamiento alguno fundamentado en el mismo. En efecto, como vestigios de un proyecto en este sentido, aparecen constancias y comunicaciones elaboradas por diferentes empleados del Ministerio de Salud, que aluden a la tramitación del permiso para ejercer la odontología, iniciada por el actor ante las autoridades administrativas, sin que se halle agregado el proyecto mismo y que, como se anotó, constituye base fundamental para la demanda. Así, por ejemplo, a folio 65 corre oficio del jefe de la División de Instituciones y Profesionales dirigido al jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio, que contiene el siguiente texto: "Para su concepto, atentamente envío a usted el proyecto de resolución por el cual se concede permiso para ejercer la odontología en Bogotá, al señor Jorge Ruiz Gutiérrez...". Al folio 66: "para el trámite respectivo, atentamente envío a usted el proyecto de resolución en original y dos copias, con el expediente de 26 folios correspondiente al señor Jorge Ruiz Gutiérrez".

El documento que más se aproxima a la demostración de que el trámite del permiso estuvo a punto de culminar con decisión favorable para el peticionario, pero que no demuestra la existencia de resolución alguna, es el oficio dirigido por la jefe de la Sección de Profesiones al apoderado del actor, en el cual dice:

"Si bien es cierto que esta oficina preparó un proyecto de resolución que en un principio otorgaba dicho permiso, el que alcanzó

a cubrir algunos trámites, también lo es que antes de que se perfeccionara este acto y surtiera sus efectos (numeración y notificación) se observó que el peticionario no reunía los requisitos esenciales exigidos por las normas que reglamentan la materia y se procedió de inmediato a recoger el mencionado proyecto y a elaborar el que niega este permiso, tal como quedó expresado en la parte motiva de la providencia respectiva" (fl. 97).

Por manera que no es posible reconocer la existencia del pretendido acto administrativo cuya demostración no aparece. Pero asumiendo que efectivamente el proyecto de resolución a que se refiere la actora hubiera sido objeto de redacción y de firma por parte de los funcionarios a cuyo cargo estaba su expedición, la circunstancia de carecer de fecha y de notificación, la hubieran situado en simple estado de trámite válidamente suspendido, como lo dice el oficio de la jefe de la Sección de Profesiones ya citado. Es verdad que la diligencia de notificación no hace parte del acto administrativo y que este ha de reputarse perfecto antes de darlo a conocer a los interesados; pero a la vez es cierto que ese acto sin fecha cierta y sin notificación puede ser retirado por la administración, sin que ello implique revocatoria porque este es fenómeno jurídico de diferente naturaleza, que explica Stassinopoulus en los siguientes términos, válidos en el derecho administrativo colombiano:

"La interrupción del procedimiento previsto para la emisión del acto. En este caso, el acto no existe todavía y la administración, que cambia de opinión respecto a su oportunidad o su legalidad decreta el procedimiento de interrupción de su emisión en el momento en que el acto no es aún más que una actuación interior del servicio público. Esta interrupción, posible en principio, no constituye un retiro, ni siquiera un retracto en el sentido amplio de la palabra, como lo han pretendido ciertos autores. Citemos un ejemplo: el órgano competente da la orden de no publicar un acto ya emitido y que de acuerdo con la ley, debe ser publicado en el *Diario Oficial.* Por el contrario, la omisión de notificar un acto ya emitido y publicado, constituye un retracto tácito o indirecta ya que, desde su publicación el acto ha dejado de ser *"internum"* de la administración. La solución admitida por la jurisprudencia, según la cual el acto legal se vuelve irrevocable desde su publicación en el *Diario Oficial,* no es sino una ilustración de este mismo principio" (El acto administrativo, traducción del doctor Francisco Sierra J., 1981).

Puede afirmarse, en síntesis, que a través del proceso se demostró la existencia de una tramitación dirigida a resolver sobre la solicitud de permiso para el ejercicio de la odontología en la ciudad de Bogotá, por parte del actor y que esa actuación llegó hasta convertirse en un proyecto de resolución firmado por el ministro de Salud y el secretario general del Ministerio, proyecto que nunca fue fechado, ni numerado ni notificado conforme exige la ley para que surtiera los efectos correspondientes a la creación de una situación jurídica concreta en favor de una persona determinada.

La estructura del procedimiento administrativo, establecida en el Decreto 01 de 1984, supone precisamente un recorrido como el planteado en los párrafos anteriores. Así lo disponen los textos de la primera parte del Código Contencioso Administrativo, que en el Capítulo III del Título II, al reglamentar las "Decisiones en la vía gubernativa", concluye con el artículo 61 así: "Las decisiones se notificarán en la forma prevista en los artículos 44- inciso 4º y 45". A su turno, y para el caso que interesa en este proceso, el Capítulo X del Título I, que incluye las disposiciones mencionadas, regula el proceso de notificación de los actos administrativos, y terminantemente advierte en el artículo 48: "Sin el lleno de los anteriores requisitos no se tendrá por hecha la notificación ni producirá efectos legales de decisión, a menos que la parte interesada, dándose por suficientemente enterada, convenga en ella o utilice en tiempo los recursos legales.

"Tampoco producirán efectos legales las decisiones mientras no se hagan las publicaciones respectivas en el caso del artículo 46".

Solamente cuando todo este proceso interno se ha cumplido, y se ha puesto en conocimiento de los interesados, puede hablarse de "creación de situación jurídica concreta" imposible de desconocer por la misma administración a través de la revocatoria directa. En el caso del señor Ruiz Gutiérrez, según se ha visto, el proceso administrativo no concluyó y por tanto no pudo tener aplicación el artículo 64 del Código Contencioso Administrativo que autoriza el cumplimiento y ejecución de los actos administrativos cuando estos, por haber concluido el procedimiento previo a su elaboración, son firmes en virtud de haber sido notificados o publicados, sin que contra ellos se haya propuesto recurso alguno, o este no quepa, o hayan sido resueltos los interpuestos, o se renuncie expresamente a ellos, o cuando haya lugar a la perención, o se acepten los desistimientos (C. C. A., art. 62).

Vistos los anteriores planteamientos, la Sala encuentra que por no haberse producido acto administrativo de permiso, es improcedente el cargo de violación del artículo 73 del Código Contencioso Administrativo sobre revocación directa de actos particulares.

3. El otro punto en el cual hace radicar su *petitum* el actor, consiste en que la negativa de las Resoluciones 19259 y 02813 para concederle el permiso a su cliente para ejercer la odontología obedece a que el Decreto legislativo 124 de 1954 "prohíbe otorgar estos permisos a quien no hubiere cumplido la edad de 25 años como mínimo al entrar a regir el Decreto 124", y en que "de acuerdo con el oficio número 447 de junio 28 de 1985 de la Registraduría Nacional del Estado Civil el señor Jorge Ruiz Gutiérrez no había cumplido 25 años cuando comenzó a regir el Decreto 124 de 1954", como dice en su parte motiva la Resolución 19259. Al efecto el actor considera que esa negativa se tomó "como fundamento en una norma derogada hace casi treinta años (...). La norma derogada es el artículo 16 del De-

creto legislativo 1055 de 1954, el que por mandato constitucional quedó derogado al levantarse el estado de sitio vigente para la época en que se dictó el decreto en cuestión, lo mismo que el 124 de 1954 que reglamentó parcialmente".

Sobre este aspecto baste con expresar que de conformidad con el artículo 1º de la Ley 141 de 1961, se adoptaron como legislación permanente, con el carácter de leyes "los decretos legislativos dictados con invocación del artículo 121 de la Constitución, desde el nueve (9) de noviembre de mil novecientos cuarenta y nueve (1949) hasta el veinte (20) de julio de mil novecientos cincuenta y ocho (1958), en cuanto sus normas no hayan sido abolidas o modificadas por leyes posteriores".

Además, para la comprobación de la edad legalmente exigida por la ley material vigente entonces, el Ministerio de Salud, ante la falta de prueba que debía aportar el interesado, pidió a la Registraduría Nacional del Estado Civil certificación sobre la edad acreditada legalmente por Ruiz Gutiérrez para obtener su cédula de ciudadanía. A esta solicitud contestó la Registraduría Nacional con el oficio número RN.DC. 447 de junio 26 de 1985, en el cual expresa: "...le informamos que el señor Jorge Ruiz Gutiérrez, con cédula número 5.543.392 expedida en Bucaramanga, según consta en nuestro archivo, nació el siete (7) de noviembre de 1930, en San Vicente Chucurí Santander". Copia fotostática autenticada, traída de los respectivos antecedentes administrativos, obra al folio 58 fte. del expediente. En consecuencia, el aquí actor no tenía la edad legal exigida de veinticinco años cumplidos para poderle otorgar el permiso de ejercicio de la odontología cuando "el día 8 de julio de 1954 (...el demandante) presentó ante el Ministerio de Salud Pública solicitud de licencia o permiso para ejercer la dentistería en la ciudad de Bogotá", conforme asevera el actor en su demanda.

Una final acotación: como lo observa el fiscal primero de la Corporación en su concepto de fondo, no se puede pasar por alto el hecho protuberante de que el Ministerio de Salud haya tardado más de treinta años en responder un pedimento que formuló en el año 1954 el aquí demandante, lo cual, además de entrañar falta de atención y de respeto para con los gobernados, apareja palmario quebranto del derecho de petición.

Con fundamento en las precedentes consideraciones, la Sección Primera de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley y en consonancia con su colaborador del Ministerio Público,

Falla:

Niéganse las pretensiones de la demanda.

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 veintinueve de junio de mil novecientos ochenta y nueve.

Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Samuel Buitrago Hurtado, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

CADUCIDAD. DERECHO DE ACCION.

El derecho de acción en lo contencioso administrativo depende del querer del pretenso accionante. Si el actor deja transcurrir los términos sin presentar la demanda, el derecho de acción caduca, se extingue.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., doce de mayo de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente número 155 (12.187). Resoluciones Ministeriales. (Reconstrucción —D. e. 3825 (1985). Actora: Graciela Oviedo Oviedo.

Se decide la consulta de la sentencia de 25 de enero de 1985 proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda en el juicio tendiente a obtener la nulidad del acto administrativo de la Resolución número 2384 de 1982 (25 de mayo), expedido por la junta Seccional de Escalafón Docente del Departamento aludido. El proveído mencionado accedió a las peticiones de la demanda y, en tal virtud declaró nula la Resolución número 2384 de 25 de mayo de 1982, que ascendió al grado 8 del escalafón nacional a la licenciada Oviedo Oviedo "por no habérsele tenido en cuenta su experiencia docente anterior a su asimilación, con violación del artículo 73 del Decreto 2277 de 1979 y del parágrafo del artículo 2º del Decreto reglamentario 259 de 1981". También dispuso que la Nación colombiana —Ministerio de Educación Nacional— junta Seccional de Escalafón de Risaralda— debe ascender al grado once (11) del actual escalafón a la licenciada Graciela Oviedo Oviedo, de acuerdo con la precisión del artículo 4º de la Resolución 4925 de 6 de mayo de 1981 emanada del Ministerio de Educación Nacional, sin perjuicio de los ascensos a que tenga derecho con ocasión de la prestación del servicio". Y por último que "la Nación colombiana —Ministerio de Educación Nacional— Fondo Educativo Regional de Risaralda—, pagará a la licenciada Graciela Oviedo Oviedo la diferencia salarial existente entre el grado 7 y el grado 11, lo mismo que los aumentos salariales respectivos, primas, bonificaciones y demás prestaciones sociales a que tenga derecho a partir de 20 de abril de 1982, dentro del término previsto en el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo y en la forma dis-

puesta en el artículo 178 *ibídem*. Para tal fin se enviará copia de este fallo al Ministerio Público".

Por auto calendado a veintiocho (28) de septiembre de mil novecientos ochenta y siete (1987) se decretó la reconstrucción del proceso —destruido durante los acontencimientos del 6 y 7 de noviembre de 1985 en el Palacio de Justicia de Bogotá—, de conformidad con el Decreto extraordinario 3825 de 1985 y a petición de la Nación, Ministerio de Educación Nacional, es decir, de la parte demandada, y con la anuencia tácita de la actora, quien, al ser notificada personalmente de la solicitud (fl. 116 v.) no hizo manifestación alguna.

En el alegato de conclusión que la demandada presentó en su oportunidad judicial anterior, impetró la revocatoria del fallo llegado en consulta, por cuanto, sostiene, la tesis que sirvió de apoyo al *a quo* para despachar favorablemente las súplicas del libelo, contraría la letra y el espíritu de normas relacionadas con los "requisitos NO utilizados" (art. 73 del Decreto ley 2277 de 1979), "estructura del escalafón" (art. 10 *ibídem*) y otras, por cuanto la licenciada Oviedo no llena los tres requisitos que debe tener para ascender al grado a que aspira, como son "el título exigido", el "curso de capacitación", especialmente a lo que predican los artículos 26, 27 y 31 del Decreto 2762 de 1980. Se remite también a criterios sentados por el Consejo de Estado a través de su Sala de Consulta y Servicio Civil en cuanto a los alcances de los regímenes antiguo y actual del escalafón docente, así como a través de jurisprudencias de esta Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo, que resultan contradichas por el fallo allegado ahora en grado de consulta.

A su turno, al descorrer la Fiscalía Quinta del Consejo de Estado el traslado de rigor, manifestó:

> "El presente caso, consiste en dilucidar si la Resolución número 2384 de 25 de mayo de 1982, proferida por la junta Seccional del Escalafón Docente del Departamento de Risaralda, se ajusta a derecho.
>
> "El Tribunal en la sentencia accedió a las súplicas de la demanda.
>
> "Opina la Fiscalía que la providencia debe ser revocada por cuanto en el presente caso se configuró la caducidad de la acción.
>
> "En efecto, el acto demandado o Resolución número 2384 de 25 de mayo de 1982 fue notificado personalmente a la señora Marcela (sic) Oviedo Oviedo, el día 24 de junio de 1982 (fl. 132) y la presentación de la demanda ocurrió el 4 de mayo de 1984 (fl. 129) pasados cuatro meses contados a partir de la notificación del acto.

"Como la acción en el presente caso es la de restablecimiento del derecho, ha debido ser presentada oportunamente a términos del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.

"Por lo expuesto. esta agencia del Ministerio Público se permite solicitar se revoque la sentencia y en su lugar se declare la caducidad de la acción".

De esta suerte, al no hallar la Sala vicio alguno que afecte la validez de lo actuado, pasa a resolver, previas las siguientes

Consideraciones:

I. De la caducidad de la acción.

Plantea pues la colaboradora fiscal, en guarda del orden jurídico, el aspecto de *la caducidad de la acción que,* de darse, enervaría a la Sala para ocuparse del fondo de la litis. Es por ello que, por sobre todo, conviene y es necesario el estudio y análisis de tal fenómeno jurídico y si el mismo, de acuerdo con los postulados de la ley, de la jurisprudencia y de la doctrina, al tenor de los elementos que aparezcan en autos, se estructura en el caso *sub lite.*

Ahora bien, de conformidad con el artículo 135 del Código Contencioso Administrativo vigente —Decreto ley 01 de 1984—, para que sea posible la ocurrencia de los particulares ante los organismos de la jurisdicción contenciosa administrativa, a fin de solicitar "la nulidad de actos administrativos unilaterales (?) y definitivos de carácter particular y concreto", será necesario: 1º que se haya agotado la vía gubernativa, o 2º que las autoridades no hubieren dado la oportunidad de ejercer los recursos existentes, o 3º que se haya operado el fenómeno del silencio administrativo frente a los recursos interpuestos. Pero el cumplimiento de esos requisitos claramente disyuntivos no basta, porque es indispensable que no haya vencido el lapso que la ley ha fijado para que pueda demandarse en uso de las acciones, según lo que establezca la norma para cada tipo o clase de "medio de control", que así mismo han sido frutos de creación legislativa. Es lo que igualmente la ley, de una manera algo confusa y con utilización indiscriminada de vocablos que la doctrina y la jurisprudencia han tratado de aclarar, ha llamado "prescripción" o "caducidad", aunque son bien netas las diferencias que existen entre las dos palabras, que se refieren a fenómenos distintos y de efectos evidentemente diversos, no obstante que ambos giren en la noción de tiempo o paso de tiempo.

No cabe aquí, en aras de la brevedad, hacer estudios profundos sobre ambos tópicos, máxime cuando la Corte, el Consejo y los autores los han realizado en tantas ocasiones. Es suficiente que se diga que, en sentido estricto, la "prescripción" se refiere a la extinción

de los derechos subjetivos, en tanto que la "caducidad" se predica de la extinción del derecho de acción, del derecho de acudir ante el órgano correspondiente de la jurisdicción, a recabar de él la definición, mediante sentencia, de ese derecho subjetivo que cree tener. O para decirlo con mayor precisión "la caducidad consiste en la extinción del derecho a la acción o al recurso, por vencimiento del término concedido para ello, institución que se justifica ante la conveniencia de señalar un plazo invariable para que quien se pretenda titular de un derecho opte por ejercitarlo o renuncie a él, fijado en forma objetiva sin consideración a situaciones personales del interesado, no susceptible de interrupción ni de renuncia por parte de la administración, al contrario de lo que sucede con la prescripción extintiva de derecho" ("Anales", Tomo LXIII, núms. 392-396, pág. 847; cfr. "Diccionario jurídico", Tomo I, A-C, pág. 368).

Sentado lo anterior, se tiene que para lo que atañe a la acción de restablecimiento del derecho (art. 85 del C. C. A.), por regla general, el término de caducidad de la misma, es de cuatro (4) meses cuando quien la incoa un particular, lapso que se cuenta a partir del día de la publicación, comunicación, notificación o ejecución del acto, según el caso (art. 146, 2º inciso, *ibídem*). Y como la acción que dio origen a este proceso fue presentada el 4 de mayo de 1984, esas son las normas legales aplicables a este asunto, dado que ya estaban en vigencia, puesto que el nuevo Código comenzó a regir el 1º de marzo de dicho año y que las normas de procedimiento, de orden público, son, salvo disposición en contrario, de aplicación inmediata (art. 40, Ley 153 de 1887), si bien "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". Además, de todas maneras, ya sea bajo la égida del antiguo Código (Ley 167 de 1941), ya bajo la del actual, la acción encaminada a obtener una reparación por lesión de derechos particulares mediante un acto administrativo "prescribe" al cabo de la publicación, notificación o ejecución del mismo, salvo disposición legal en contrario (art. 83 C. C. A., antiguo).

Como es sabido, el derecho de acción en lo contencioso administrativo depende del querer del pretenso accionante. Si el actor deja transcurrir los términos sin presentar la demanda, el derecho de acción caduca, se extingue. Por lo tanto, quien se crea con derecho a accionar contra el acto administrativo que le ha creado una situación jurídica subjetiva, debe hacerlo antes de que transcurra el lapso legal "para no correr el riesgo de que se le extinga el plazo concedido". (Auto. febrero 29 de 1972, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, consejero ponente: Doctor Eduardo Aguilar Vélez) "Anales", primer semestre 1972, Tomo LXXXII, números 433-434, pág. 239).

En este punto, pues, asiste razón a la agencia del Ministerio Público. La Resolución número 0384 de 25 de mayo de 1982 fue noti-

ficada personalmente a la hoy actora el 24 de junio de 1982 (fl. 132) y la presentación de la demanda, como ya se dijo, sucedió el 4 de mayo de 1984, o sea, superados con creces los cuatro meses a que tantas veces se ha hecho alusión en estas consideraciones. Además, en el caso de autos no es aplicable el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 que establece una "prescripción" de tres años para las acciones que emanen de los derechos consagrados en dicho estatuto, el que, como es obvio, sólo opera con respecto a "prestaciones sociales", sin incluir lo relacionado con salarios, reintegros u otros derechos laborales administrativos, amén de que bajo la vigencia del nuevo Código, ya esto no es posible, por cuanto el artículo 136 no permite excepciones al respecto cuando se trata de particulares, como sí lo permitía el tercer inciso del artículo 83 de la Ley 167 de 1941.

Por las razones anteriores, la Sala —haciendo propio el concepto fiscal—, habrá de revocar la sentencia consultada y, en su lugar, habrá de declararse inhibido para conocer en el fondo por caducidad de la acción.

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 de 25 de enero de 1985, dictada por el Tribunal Administrativo de Risaralda en este asunto y, en su lugar, declárase la inhibitoria para conocer en el fondo por caducidad de la cción.

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 5 de mayo de 1989.

Alvaro Lecompte Luna, Aydeé Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO. EXPEDIENTE. Reconstrucción.

Aunque en el expediente no aparece copia del memorial presentado por el demandante ante la administración, quizá a causa de la imposibilidad de recuperarlo, ante la destrucción del mismo, la Sala acepta el dicho del demandante de haberlo presentado en el sentido también por él expresado, máxime cuando el mandatario de la Nación —Ministerio de Defensa— se ha abstenido de rebatirlo o de oponerse ante la ausencia de dicha prueba.

PENSION DE INVALIDEZ. Reconocimiento. INDEMNIZACION. Reajuste.

Se configura el derecho a la pensión de invalidez, equivalente, al tenor de lo dispuesto en el artículo 4º del Decreto 2728 de 1968, al sueldo básico de un cabo segundo o marinero. En cuanto al reajuste de la indemnización, como se trata de una pensión unitaria, al quedar ella definida por la Resolución 2012 de 17 de julio de 1981, que no fue recurrida en vía gubernativa y que tampoco fue demandada de nulidad oportunamente, ella cobró plena firmeza y fuerza ejecutoria.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda. Bogotá, D. E., doce de mayo de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente número 1786. Resoluciones Ministeriales. (Reconstrucción Decreto extraordinario 3825 de 1985). Actor: Oscar Iván Retallack Silva.

Se decide la demanda presentada, mediante apoderado, por el señor Oscar Iván Retallack Silva, la que fuera incoada estando en vigencia la Ley 167 de 1941 (antiguo Código Contencioso Administrativo) haciendo uso de la acción de plena jurisdicción (hoy "de restablecimiento del derecho", art. 85, Decreto ley 1º de 1984) y en la cual impetró:

"*Primero.* Que con fundamento en los artículos 80 del Código Contencioso Administrativo y 18 del Decreto 2333 de 1959, declare el silencio administrativo en que ha incurrido el Ministerio de Defensa Nacional y, por consiguiente, agotada la vía gubernativa y desestimadas las peticiones que en nombre y representación del exsoldado Oscar Iván Retallack Silva le presenté en los siguientes términos, según memorial de fecha 16 de agosto de 1982:

> " 'Que a mi mandante, soldado Oscar Iván Retallack Silva se le reconozcan y paguen las siguientes *prestaciones sociales:*
>
> " 'A) Pensión vitalicia de invalidez, en cuantía del 100 x 100 del sueldo básico de un cabo segundo del Ejército, en razón de haberse invalidado en forma absoluta y permanente para el ejercicio de cualquier actividad remunerativa, tanto militar como civil, que deberá hacerse efectiva a partir de la fecha de su baja del servicio.
>
> " 'B) Reajuste de la compensación por invalidez a 36 meses del salario básico de un cabo segundo del Ejército por haber sido dado de baja en las condiciones anteriores...' "

"*Segundo.* Que como consecuencia de la declaratoria del silencio administrativo y agotamiento de la vía gubernativa pedidos, y para restablecer a mi mandante en sus derechos, se condene a la Nación colombiana a pagar al exsoldado Oscar Iván Retallack Silva, por intermedio del Ministerio de Defensa Nacional, con cargo a su propio presupuesto y dentro del término improrrogable señalado en el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo, el valor de las siguientes prestaciones sociales:

"a) Pensión mensual vitalicia de invalidez en cuantía del ciento por ciento (100 x 100) de los haberes que en todo tiempo fije la ley para un cabo segundo del Ejército, por haberse incapacitado en forma absoluta y permanente para el desempeño de actividades remunerativas, tanto militares como civiles, cuando prestaba el servicio militar obligatorio y haber sido esa la causa única de su baja del Ejército.

"b) Reajuste de la indemnización que le fue reconocida mediante Resolución del Ministerio de Defensa número 2012 de 17 de julio de 1981, a 36 meses del sueldo de un cabo segundo del Ejército, por haberse incapacitado en forma absoluta y permanente para el desempeño de actividades remunerativas y haber sido esa la causa de su baja del Ejército.

"Subsidiariamente solicito que el reajuste de la indemnización se reconozca y ordene pagar en el porcentaje de disminución de la capacidad laboral que para el efecto fijen las autoridades de Medicina

Laboral del Ministerio de Trabajo, y que el reajuste de la indemnización y de las mesadas pensionales adeudadas se liquiden sobre la asignación básica que la ley señale para un cabo segundo o marinero en la fecha de la sentencia que esa honorable Corporación profiera en este juicio.

"*Tercero.* Que de los valores que se reconozcan y ordenen pagar al exsoldado Oscar Iván Retallack Silva, como resultado de la presente gestión, se ordene descontar lo que él hubiere percibido por el mismo concepto".

Las dichas peticiones fueron fundamentadas en los siguientes hechos, descritos, así mismo, el correspondiente libelo:

"1º Oscar Iván Retallack Silva, una vez reunidos los requisitos de aptitud sicofísica como conscripto, por haber aprobado los exámenes médicos de reclutamiento ,de incorporación y de comprobación de aptitud, exigidos por el reglamento de aptitud sicofísica para el personal del ramo de Defensa, fue seleccionado por el Servicio de Reclutamiento del Ejército para prestar el servicio militar obligatorio, habiendo sido incorporado en el Batallón de Infantería Número 17 'General Caicedo' el 16 de agosto de 1979.

"2º Cuando mi mandante Oscar Iván Retallack Silva prestaba el servicio militar obligatorio como soldado del Ejército Nacional, fue atacado de grave enfermedad mental que obligó su internamiento en el Hospital Militar Central y en clínicas de reposo que, en definitiva le dejó como secuela permanente e irreversible una disminución total de su capacidad de trabajo, no obstante los tratamientos siquiátricos a que fue sometido.

"Así lo demuestran las Actas de Junta y Consejo Técnico Médico Laboral y de Policía números 783, 784 y 784 bis de 26 de junio, 14 de julio de 1980 y 28 de enero de 1981, respectivamente, en las cuales la sanidad militar llegó a la conclusión de que el exsoldado Retallack Silva padecía de una sinoneurosis grave, habiéndole fijado un índice de lesión 12.

"3º Posteriormente a su desacuartelamiento, Oscar Iván Retallack Silva no mostró ninguna mejoría y, antes por el contrario, presentó grave deterioro en su salud mental por lo que se ha visto obligado a recibir atención permanente, con especialidad del Hospital Mental de Armero.

"4º Para indemnizar al exsoldado Retallack Silva el Ministerio de Defensa expidió la Resolución número 2012 de 17 de julio de 1981, por medio de la cual ordenó pagarle el valor de 11.50 meses de sueldo básico de un cabo segundo de $ 4.900.00 mensuales, cuando

lo legal y justo hubiera sido otorgarle el derecho a pensión de invalidez y una indemnización unitaria a 36 meses de la asignación básica de un cabo segundo o marinero.

"5º Por cuanto los padres del soldado Retallack Silva no estuvieron conformes con el reconocimiento anterior, optaron porque su hijo, demandara por mi conducto el reconocimiento de pensión de invalidez y el reajuste pertinente, lo que hice al Ministerio de Defensa, por medio de escrito presentado el 16 de agosto de 1982, sin que hasta esta fecha haya habido decisión siendo, por ello, procedente declarar el silencio administrativo y la consecuencial negativa en que ha incurrido el citado Ministerio, al dejar transcurrir un plazo mayor del que disponía para resolver las peticiones formuladas, quedando así agotada la vía gubernativa".

Como disposiciones violadas, amén del artículo 80 del Código Contencioso Administrativo (Ley 167 de 1941) y 18 del Decreto 2733 de 1959, cita: artículos 17 y 169 de la Constitución; artículos 9º del Código Sustantivo del Trabajo; 2º 3º y 4º del Decreto 2728 de 1968; el Reglamento de Aptitud Psicofísica para el personal de las fuerzas militares, adoptado mediante Resoluciones números 4029 bis de 1961 y 9823 de 1968. Reglamento general de incapacidades, invalideces e indemnizaciones para el mismo personal, aprobado mediante Decreto 1836 de 1979. A continuación, da su concepto acerca de esa violación (fls. 5 a 8).

Quepa anotar que este proceso ha sido objeto de reconstrucción, a solicitud del interesado, por cuanto el expediente destruyóse durante los acontecimientos de 6 y 7 de noviembre de 1985 en el Palacio de Justicia de Bogotá, siguiéndose las pautas del Decreto extraordinario 3825 de 1985. Así se dispuso por auto calendado a nueve (9) de abril de mil novecientos ochenta y siete (1987 (fls. 79 y 80).

Concepto del Ministerio Público:

A continuación se transcribe el concepto rendido por la Fiscalía Quinta del Consejo de Estado. Dice a la letra, en lo pertinente:

> "Se analizarán separadamente las dos peticiones de la demanda:
>
> "1. Solicitud de reajuste de la indemnización:
>
> "En la Resolución número 2012 de 17 de julio de 1981 el Ministerio de Defensa le reconoció al demandante la indemnización que le correspondía de acuerdo a los índices fijados por la sanidad militar en Actas de Junta y Consejo Médico.
>
> "En la demanda se afirma que mediante memorial de 16 de agosto de 1982 se solicitó el reajuste de la indemni-

zación reconocida mediante la Resolución número 2012 de 17 de julio de 1981; se ve claramente que al no haber sido controvertido ni por vía gubernativa, ni por vía jurisdiccional y en forma oportuna, tal acto quedó ejecutoriado y en firme.

"Así las cosas, no es posible invocar el silencio administrativo a fin de que se conceda el reajuste de la indemnización, pues lo que hace relación a esa prestación quedó definido al haberse ejecutoriado la Resolución número 2012 de 17 de julio de 1981, la que no se ha demandado.

"2. Reconocimiento y pago de la pensión de invalidez:

"Aquí sí se configuró el silencio administrativo negativo y de conformidad con lo que disponía el Decreto 2733 de 1959, quedó entonces el actor habilitado para acudir a la vía jurisdiccional.

"En el caso en estudio, de la Resolución número 2012 de 17 de julio de 1981 (fls. 90 y 91) se infiere que la situación médico laboral del actor quedó definida en '...Actas de Junta y Consejo Técnico Médico Laboral Militar y de Policía números 783, 784 y 784 bis de 26 de junio, 14 de julio de 1980 y 28 de enero de 1981, respectivamente; teniendo en cuenta en cuenta (sic) su edad de 22 años, el índice de lesión 12..." (La Fiscalía anota que se transcribe esa parte de la citada resolución por no obrar en este expediente reconstruido copia de las Actas de Junta y Consejo Médico que definieron la situación del señor Retallack Silva).

"A folio 14 obra copia auténtica del dictamen número 060-MJ rendido por el médico de la Sección de Medicina del Trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social en el que se dice lo siguiente:

"'...una vez realizado un estudio minucioso y exhaustivo del total del informativo puesto a consideración de esta jefatura así como también practicado un análisis a fondo de la anamnesis del actor y del correspondiente historial clínico y elaborada la evaluación en este despacho y las correspondientes interconsultas, dictaminar que, el cuadro clínico actual que presenta el señor Oscar Iván Retallack Silva de veinte (20) años de edad como es el denominado como: *'Esquizofrenia crónica indiferenciada y fármaco dependencia a psicodislépticos'*. Esta fármaco dependencia a psicodislépticos no debe ser considerada como fármaco dependencia en sí, sino como un epifenómeno de un cuadro clínico. Este cuadro clínico actual es de carácter evolutivo y crónico y requiere de cuidados y tratamientos médicos continuos y le determina un índice lesional de *veinte* (20) equivalente a una disminución de la capacitad laboral del *noventa y dos por ciento*

(92%) para todo tipo de actividad laboral y para las funciones como soldado al servicio de las fuerzas militares'.

"El señor Oscar Iván Retallack Silva según el dictamen citado presenta una disminución de la capacidad laboral del 92% lo que implica que tiene derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez.

"Más aún, a folios 71 y 72 obra copia del alegato de conclusión presentado por la señora apoderada del Ministerio de Defensa Nacional, en el que manifiesta que no se opone al otorgamiento de tal pensión, pero siempre y cuando se tenga en cuenta el artículo 4º del Decreto número 2728 de 1968 en cuanto dispone que las pensiones de invalidez de los soldados se liquidan solamente con el 'sueldo básico que corresponde en todo tiempo a un cabo segundo o marinero'.

"En razón de lo expuesto, esta agencia del Ministerio Público se permite conceptuar solicitando se profiera fallo inhibitorio en relación con el reajuste de la indemnización por las razones anotadas, y se acceda al reconocimiento de la pensión de invalidez conforme a lo que dispone el Decreto 2728 de 1968" (fls. 103 a 106).

Para resolver se considera:

Es indubitable que la figura jurídica del silencio administrativo encuentra su génesis en el denominado "derecho de petición" que garantiza el artículo 45 de la Constitución política, bien a la luz del artículo 8º del viejo Código Contencioso Administrativo (Ley 167 de 1941), bien a la del Decreto extraordinario 2733 de 1959, bien a la del artículo 40, concordante con el artículo 135, del Decreto ley 1º de 1984 (Código Contencioso Administrativo vigente); por lo tanto, sólo puede surgir respecto a peticiones que realmente hayan sido elevadas a la administración activa y que, en el plazo correspondiente, no hayan sido resueltas por medio de acto expreso.

Como se ha visto arriba, la petición que elevara el apoderado del actor al Ministerio de Defensa, se limitó a dos puntos: 1º El reconocimiento y pago de pensión vitalicia de invalidez, en cuantía del 100 x 100 del sueldo básico de un cabo segundo del ejército, en razón de haberse invalidado en forma absoluta y permanente en el ejercicio de cualquier actividad remunerativa, tanto militar como civil, que deberá hacerse efectiva a partir de la fecha de su baja del servicio y 2º El reconocimiento y pago de reajuste de la compensación por invalidez a 36 meses del salario básico de un cabo segundo del Ejército, por haber sido dado de baja en las condiciones anteriores.

Aunque en el expediente no aparece copia del memorial con fecha 16 de agosto de 1982, según se lee en el escrito que obra a folio 11,

quizá a causa de la imposibilidad de recuperarlo, ante la destrucción del mismo, la Sala acepta el dicho del demandante de haberlo presentado en el sentido también por él expresado, máxime cuando el mandatario de la Nación —Ministerio de Defensa— se ha abstenido de rebatirlo o de oponerse ante la ausencia de dicha prueba.

Presentado el memorial petitorio el 16 de agosto de 1981 y el libelo el 6 de julio de 1983, es de concluir que el "silencio administrativo" de carácter negativo se da en el caso *sub lite*.

Ahora bien, se trata de dilucidar si, en el presente caso, el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de pensión mensual vitalicia de invalidez equivalente al 100% de los haberes que devengue en todo tiempo un cabo segundo del ejército, y desde la fecha en que fue dado de baja, previa continuidad de tres meses de alta, así como el reajuste de la indemnización por incapacidad laboral absoluta y permanente adquirida estando al servicio de las fuerzas militares, a 36 meses de sueldos liquidados en la misma forma.

De los elementos de juicio que obran en el expediente se desprende lo siguiente:

1. El demandante fue dado de baja como soldado con ocasión de las conclusiones sentadas en actas de junta y consejo médico laborales 783 de 1980, 784 de 1980 y 784 bis de 1981, determinando sanidad militar que padece una psicosis asociada a retardo mental, fijándole un índice de lesión 12.

2. El Ministerio de Defensa Nacional reconoció y pagó al hoy actor una compensación por su incapacidad psicofísica, mediante la Resolución número 2012 de 17 de julio de 1981.

3. Obran dentro del proceso una serie de dictámenes relacionados con la progresión de la enfermedad psiquiátrica que padece Retallack Silva (fls. 14 a 59), que revela el carácter de su historial clínico y de la "esquizofrenia crónica indiferenciada y fármaco dependencia a psicodislépticos", cuadro que hace requerir cuidados y tratamientos continuos y le determina un índice lesional de veinte (20) equivalente a una disminución de la capacidad laboral de noventa y dos por ciento (92%) para todo tipo de actividad y para las funciones como soldado al servicio de las fuerzas militares (16 de marzo de 1985), historial que se inicia con el momento y con el motivo por el cual fue dado de baja como soldado.

De lo que acaba de expresarse se colige que en verdad el señor Retallack Silva es inválido absoluto y que ya lo era cuando fue retirado del servicio. Si ya padecía esquizofrenia y por ello fue retirado del servicio, sin que se le notara tal mal cuando fue conscripto, es lógico pensar que su ineptitud para realizar ninguna actividad, debido a las características de dicha enfermedad, se evidenció como consecuencia de haber servido como soldado.

Para la Sala, pues, es evidente que se configura el derecho a la pensión de invalidez, equivalente, al tenor de lo dispuesto en el artículo 4º del Decreto 2728 de 1968, al sueldo básico de un cabo segundo o marinero, tal como se pide en la demanda.

En cuanto hace al reajuste de la indemnización, ha de decirse que como se trata de una pensión unitaria, al quedar ella definida por la Resolución 2012 de 17 de julio de 1981, que no fue recurrida en la vía gubernativa y que tampoco fue demandada de nulidad oportunamente, ella cobró plena firmeza y fuerza ejecutoria. La nueva petición elevada a la administración en tal sentido no tiene virtualidad de revivir términos, y por dicha razón habrá que denegar la solicitud en torno a la misma.

Quepa explicar, finalmente que, para obtener el restablecimiento de un derecho supuestamente afectado por un acto administrativo (en este caso la Resolución 2012 de 17 de julio de 1981) es indispensable obtener la nulidad de este acto, y que ello no es posible en este proceso, en primer lugar porque no fue demandada ante esta jurisdicción eminentemente rogada, y, en segundo, porque de haberlo sido en el libelo que dio origen al *sub judice*, la acción correspondiente habría caducado. Y, se repite, la simple formulación de petición ante la autoridad administrativa para la reliquidación, no revive los términos.

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

Falla:

1º Declárase configurado el silencio administrativo frente a la petición formulada ante el Ministerio de Defensa por el apoderado judicial del señor Oscar Iván Retallack Silva el 16 de agosto de 1982.

2º Condénase a la Nación —Ministerio de Defensa— a reconocer y pagar al exsoldado del Ejército Oscar Iván Retallack Silva una pensión mensual de invalidez equivalente al sueldo básico que corresponda en todo tiempo a un cabo segundo o marinero, efectiva a partir del vencimiento de los tres meses de alta que le fueron concedidos desde cuando se dispuso su retiro del servicio.

3º Niéganse las demás súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y una vez ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente. Cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 9 de mayo de 1989.

Alvaro Lecompte Luna, Aydeé Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, con aclaración de voto; *Clara Forero de Castro.*

Miguel A. Perilla P., Secretario.

ACLARACION DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR REYNALDO ARCINIEGAS BAEDECKER

INDEMNIZACION. Reajuste. (Aclaración de voto).

No se comparte de que, por no haber sido acusada la resolución que reajustó la indemnización "habrá que denegar la solicitud en torno a la misma" ya que el actor lo que impetra es un reajuste *de la suma que allí se le asigna, no rechazando tal suma sino pidiendo que se incremente. No hay lugar a invalidar ese acto administrativo, que se ajusta a derecho.*

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., dieciséis de mayo de mil novecientos ochenta y nueve.

Referencia: Expediente número 1786. Reconstrucción. Unica instancia.

Actor: Oscar Iván Retallack Silva.

Mi aclaración de voto se contrae a lo que en la sentencia se dice respecto del reajuste de la indemnización. No comparto el criterio de que, por no haber sido acusada la Resolución 2012 de julio 17 de 1981 "habrá que denegar la solicitud en torno a la misma", ya que el actor lo que impetra es un *reajuste* de la suma que allí se le asigna, no rechazando tal suma sino pidiendo que se incremente.

Es obvio que no habría lugar a invalidar este acto administrativo que ciertamente se ajusta a derecho, pues, como se lee en la vista fiscal "en la Resolución número 2012 de 17 de julio de 1981 el Ministerio de Defensa le reconoció al demandante la indemnización que le correspondía de acuerdo a los índices lesionales fijados por la sanidad militar en Actas de Junta y Consejo Médico" (fl. 103).

Además, la "serie de dictámenes relacionados con la progresión de la enfermedad" a que hace alusión la sentencia, son posteriores al dictamen de la Junta y Consejo Médicos de la sanidad militar. Estos dictámenes posteriores son los que determinan la disminución de la capacidad laboral en un 92% como lo dice el fallo.

Por otra parte, si en el fallo se da plena validez a la petición del demandante formulada en agosto 16 de 1982 respecto de la pensión

de invalidez y *también respecto del reajuste de la indemnización* hasta el punto de aceptar que se configura el silencio administrativo para ambas peticiones (fl. 114), no es lógico desestimar esta segunda petición porque "no tiene la virtualidad de revivir términos".

Pienso, en suma, que no se podía pedir la nulidad de la Resolución 2012 de 1981 pues lo que se demanda es el reajuste de la suma que en ella se otorgaba y que simplemente es el *mayor valor,* sin rechazar obviamente la diferencia o *menor valor,* el que se perdería de anularse la resolución pidiéndose, como se pide, solamente esa diferencia. Todo reajuste presupone la existencia de una suma inferior que se acepta como tal.

Reynaldo Arciniegas Baedecker.

CAPITULO V

RESOLUCIONES MINISTERIALES

NULIDAD

EXPLOTACION DE MINAS. Trámite administrativo.

El artículo 11 de la Ley 20 de 1969 no impone a la administración a proceder a determinar contra la propiedad privada y es obvio que éste debe determinar si lo mismo está dentro de la regla general de la propiedad nacional o dentro de la excepción de "las situaciones jurídicas objetivas y concretas debidamente perfeccionadas y vinculadas a yacimientos descubiertos".

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., veintiséis de enero de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Carlos Ramírez Arcila.*

(Proyectó magistrado auxiliar: Doctor Héctor Alvarez Melo).

Referencia: Expediente número 2873. Actor: Municipio de Toluviejo.

Una vez reconstruido el proceso, que se hallaba en trámite cuando se produjo el incendio del Palacio de Justicia, y no observándose causal alguna que invalide lo actuado, es oportuno entrar a decidir.

Por intermedio de apoderado del Municipio de Toluviejo, en ejercicio de la acción de plena jurisdicción que consagra el artículo 67 del antiguo Código Contencioso Administrativo, solicita que, previos los trámites pertinentes, se hagan las siguientes declaraciones:

"1º Que es nula la Resolución número 339, de 9 de marzo de 1979, como también lo es la número 1449 de 3 de septiembre del mismo año, dictadas por el Ministerio de Minas y Energía, por medio de las cuales se abstuvo de tramitar y admitir la oposición que dicho municipio presentó a la solicitud de licencia número 7407, y, en cambio, otorgó dicha licencia a la empresa *'Cales y Cementos de Toluviejo S. A.* (TOLCEMENTO)' para la exploración técnica de las calizas y demás minerales, de sediciente propiedad nacional, que existen en una zona de terreno, cuya alinderación describo más adelante, y que forma parte del globo de terreno de propiedad de Toluviejo, en toda la extensión de su subsuelo mineral, tal y como se describe en los hechos de esta demanda.

"2º Que, como consecuencia de la nulidad impetrada, se ordene al Ministerio de Minas y Energía que admita la oposición formulada

por el Municipio de Toluviejo, y, en tal virtud, rechace o, si fuere procesalmente necesario cancele la licencia de exploración número 7407, anteriormente mencionada, restituyendo al Municipio de Toluviejo la zona de terreno correspondiente a aquella, en el evento de que ya se le hubiese entregado a TOLCEMENTO S. A." (fl. 1 cdno. 1).

Como fundamento de sus pretensiones procesales, expone los hechos que a continuación se transcriben:

"A) El 3 de noviembre de 1977 la sociedad 'Cales y Cementos de Toluviejo S. A. (TOLCEMENTO)' formuló una solicitud de licencia para la exploración técnica de un yacimiento de arcilla y caliza, ubicado en jurisdicción del Municipio de Toluviejo, Departamento de Sucre.

"Esta solicitud fue radicada bajo el número 7407; se le dio el trámite correspondiente a las solicitudes para explorar y explotar minas de propiedad de la Nación y fue así como, por medio de la Resolución número 01531 de 3 de julio de 1978, se ordenó que se hicieran 'las publicaciones de que trata el artículo 65 del Decreto 1275 de 1970'.

"B) Estando dentro del término correspondiente, el doctor Alejandro Alvarez, en su calidad de apoderado del Municipio de Toluviejo, formuló oposición a dicha solicitud de licencia, por considerar que la zona materia de esta se superpone totalmente al globo de terreno correspondiente al antiguo resguardo indígena de Toluviejo, cuyo dominio, tanto en el suelo como en el subsuelo, con sus minerales y sustancias orgánicas allí existentes, pertenecen hoy al Municipio de Toluviejo de conformidad con la cesión hecha a este por la Nación, de conformidad con la Ley 55 de 1905, así como de acuerdo con la sentencia definitiva y ejecutoriada, de fecha 30 de septiembre de 1938, proferida por la honorable Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales—.

"C) No obstante la perentoriedad de la prueba así aducida frente a la regla contenida en el ordinal b) del artículo 32 del Decreto 2181 de 1972, ya que no se trata de un *particular* sino de una entidad pública menor, el Ministerio se abstuvo de considerar y tramitar esa oposición. Y por medio de la Resolución número 000339 de 9 de marzo de 1979, ordenó devolver los documentos correspondientes a la oposición del municipio y a renglón seguido, otorgó la licencia a TOLCEMENTO, como si se tratara de minerales de propiedad de la Nación, en lugar de ordenar dar aplicación a la regla del artículo 198 del Decreto 1275 de 1970.

"D) Contra esta providencia interpuso el suscrito el recurso de reposición. Al desatarlo, el Ministerio confirma la resolución recurrida, dejando al paso las siguientes significativas constancias: 1º que 'la providencia impugnada no resolvió en ninguna forma la oposición planteada', es decir, que violó el artículo 32 del Decreto 2181 de 1972;

2º 'que fuese el Contencioso Administrativo quien declarase la validez jurídica de los títulos base de la pretensión del municipio opositor', con lo cual violó los claros alcances del artículo 332 del Código de Procedimiento Civil y ratificó su atropello al citado artículo 32 del Decreto 2181 de 1972.

"E) Así quedó agotada para el opositor la vía gubernativa" (fl. 2, cdno. 1).

Cita la demanda como disposiciones violadas los artículos 11, letra b) del Decreto 1620 de 1976; 198 del Decreto 1275 de 1970; 8º de la Ley 20 de 1969 y 29 del Decreto 1275 de 1970; 332 del Código de Procedimiento Civil; 30 y 183 de la Constitución Nacional.

Al exponer el concepto de la violación de las normas, dice el demandante:

"I. Para sustentar el cargo que le hago a las resoluciones demandadas de ser violatorias del artículo 11, letra b) del Decreto número 1620 de 1978, me permito hacer una síntesis de lo argumentado por mí ante el propio Ministerio de Minas y que no mereció el homenaje de ser siquiera considerado: 'El régimen de las oposiciones en el Derecho Minero vigente debe dividirse en dos períodos, así: a) el que corresponde a la vigencia del Decreto 1275 de 1970; y, b) el aplicable después del Decreto 2181 de 1972.

"Bajo la influencia de la Ley 85 de 1945 y del Decreto 3050 de 1956, se incluyó en la Ley 20 de 1969 la regla contenida en su artículo 11, a fin de evitar la tramitación administrativa de las oposiciones basadas en el dominio privado de las minas, como paso previo al juicio pertinente, ante el honorable Consejo de Estado, conforme el Decreto 528 de 1964. La situación aquí contemplada, a la luz de sus normas de origen, era la de quien se opone alegando propiedad privada, pero sin tener la sentencia definitiva' de que trata el artículo 3º del 1275 de 1970, la cual tendría que ser buscada por medio del aludido juicio ante el honorable Consejo de Estado.

"Por eso, en el artículo 192 del mentado decreto, al reglamentar las oposiciones, no se mencionó para nada al evento del dominio o propiedad privada sobre ciertas minas, basada en el principio de la accesión, con anterioridad al 28 de octubre de 1873. Pero, al mismo tiempo, y por su generalización, se pudo permitir el absurdo de que se rechazaran oposiciones basadas en sentencias definitivas y se ordenara su remisión al honorable Consejo de Estado, para que dictara sentencia sobre lo ya sentenciado.

"Esta situación se modificó y remedió al expedirse el artículo 32 del Decreto 2181 de 1972, que fue sustituido por el artículo 11 del Decreto 1620 de 1978, por medio de los cuales se dio plena validez a las situaciones amparadas con sentencias definitivas, que dan derecho a oponerse. Y la razón es simple: si la nación sólo puede otor-

gar licencias y celebrar contratos para la explotación de sus minas, cuando se le presente —como en el caso de tales sentencias— la prueba de que se trata de minas de propiedad privada, no puede el gobierno ni torgar tales licencias ni mucho menos celebrar aquellos contratos. Debe, pues, prosperar la oposición, con apoyo en el Decreto 2181 de 1972.

"Sin que valga alegar aquello de la 'validez del título', que más técnicamente sería decir 'la vigencia del título', también por la elemental razón de que tal condición, establecida en el inciso 2º del artículo 3º del 1275 de 1970, tiene que ser considerada, analizada y apreciada a la luz del enunciado sustancial del artículo 8º de la Ley 20 de 1969, cuando, al establecer el sistema o extinción de los derechos de propiedad privada y, consecuencialmente, la no vigencia de los respectivos títulos, expresamente dice que se trata de 'los derechos que tengan los particulares', con lo cual se están excluyendo las entidades públicas menores (departamentos, municipios, intendencias, comisarías), que no son *particulares*, de acuerdo con el sentido natural y obvio de esta palabra usada por la ley.

"Queda, así puesto en evidencia la violación que el Ministerio hizo, por medio de las resoluciones acusadas, de la doctrina del artículo 11, letra b) del Decreto 1620 de 1978, no aplicándolo al caso del Municipio de Toluviejo, por haber confundido la situación procesal de este con la del opositor que se opone, alegando propiedad privada, pero sin tener la sentencia definitiva y en vigencia que sí tiene y exhibe el municipio precitado. Se podría decir, de la mano de la jurisprudencia contencioso administrativa, que se incurrió en una desviación de poder, a causa de una falsa motivación, en virtud del error de hecho en la apreciación de la aludida situación procesal del municipio. Y cabría hasta agregar que se incurrió en error de derecho, al aplicar a un caso tan sencillo y claro como el del Municipio de Toluviejo, que tiene su sentencia ejecutoriada y vigente, una norma (el artículo 11 de la Ley 20 de 1969), establecida para situaciones diferentes, que han quedado analizadas anteriormente.

"II. Afirmo que las resoluciones acusadas violan el artículo 198 del Decreto 1275 de 1970 porque este contiene una regla que, en presencia de las pruebas exhibidas por el municipio, ha debido ser aplicada, inclusive de oficio; y, en consecuencia, eliminada la superposición de zonas o, como ha debido suceder en este caso, ordenado el archivo de la solicitud, al no quedarle a esta zona libre para eventual reducción de su área. Este mandato perentorio no fue obedecido y, en consecuencia, las resoluciones acusadas lo violaron y deben ser anuladas.

"III. Los artículos 8º de la Ley 20 de 1969 y 29 del Decreto número 1275 de 1970 contienen las reglas básicas de la política minera del Estado, al indicar los sistemas por medio de los cuales puede el gobierno permitir la exploración y la explotación de las minas de propiedad del Estado. Pero si al gobierno se le presenta la prueba plena

de que un determinado yacimiento minero no es de propiedad de la nación, mal puede el Ministerio del ramo admitir siquiera una solicitud al respecto y, mucho menos, otorgar licencias para la exploración. Al proceder las resoluciones acusadas a no darle trámite a la oposición del Municipio de Toluviejo, sustentadas en plena prueba de su dominio privado, y, en cambio a otorgar licencia para la exploración de sus minerales, como si se tratara de bienes de la nación, se le dio a las normas comentadas un alcance jurídico del cual carecen y, por eso mismo, se las violó, originando así, la nulidad de aquellas resoluciones" (fls. 3 a 5, cdno. 1).

La demanda solicitó la suspensión provisional de los actos acusados, petición que fue resuelta favorablemente por medio del auto de febrero 19 de 1980.

Terminado el período probatorio, dentro del cual se aportaron múltiples documentos, se procedió a dar traslado a las partes para que presentaran sus alegatos. La parte actora no hizo uso del término.

El representante de TOLCEMENTO presentó un alegato de conclusión al cual agrega copia del que había presentado en el proceso original. Dice tal escrito en lo que se refiere al problema de estudio:

"Lo demandado por el Municipio de Toluviejo, por una parte es que se declaren nulas las resoluciones mediante las cuales el Ministerio del ramo se abstuvo de tramitar una supuesta oposición formulada por el Municipio de Toluviejo a la solicitud de licencia 7407 de que es titular TOLCEMENTO. Por otra parte y como consecuencia de esa primera petición, que se ordene al Ministerio admitir la que el propio demandante denomina oposición.

"El representante del municipio ha afirmado que el fundamento de sus pretensiones radica en que el área de la licencia 7407 se encuentra dentro de la que fue del Resguardo Indígena de Toluviejo la cual, junto con los minerales que en ella se encuentren o puedan encontrarse, expresa ser propiedad del municipio demandante.

"Las resoluciones objeto de la demanda de nulidad fueron provisionalmente suspendidas. Necesariamente influyó en esa determinación la afirmación expresada en el escrito de petición de suspensión en el que se lee:

"Constituye grave perjuicio para los intereses del fisco y del mismo patrimonio municipal el hecho de la exploración en la escala industrial en que se viene haciendo, de las arcillas y calizas que son de propiedad exclusiva del Municipio de Toluviejo, sin que este reciba compensación alguna por parte del explotador que es el mismo beneficiario de la licencia de exploración otorgada por medio de las resoluciones cuya nulidad aquí demando" (renglones 8 inclusive al 14 inclusive del escrito de petición de suspensión).

"TOLCEMENTO no ha explotado siquiera un gramo de mineral dentro del área objeto de la licencia 7407. De ahí que, llegado el término probatorio, ni leve alusión se hizo a lo afirmado.

"*Afortunadamente el proceso surtido ante ese honorable Consejo no se redujo, como hubiera sido lo técnico, a debatir, la legalidad de la actuación ministerial, o sea a despejar* el interrogante de si el Ministerio estaba obligado o no a dar curso a la denominada oposición. Ante esa Corporación se tocaron algunos de los aspectos que en el remoto evento de que se ordene al Ministerio dar curso a la pretendida oposición municipal, será necesario ventilar.

"*El hecho de habernos salido ampliamente del estadio al cual legalmente nos circunscribía la demanda permite entender muy bien la determinación ministerial consistente en no dar curso a los escritos en los que se manifestó oposición a la licencia 7407.* (El subrayado es de la Sala).

"El Ministerio de Minas y Energía, principalmente en lo que toca con las minas, está literalmente invadido de 'oposiciones'. Todos los días se presentan escritos auto denominados 'oposición' contra casi todas las cuestiones en curso. El día en que se entienda que una 'oposición' no puede consistir en la caprichosa afirmación de que *me opongo,* podrá el Ministerio evacuar regularmente las peticiones mineras.

"Una oposición tiene que ser un acto serio, consistente desde luego en la manifestación de voluntad de estar en contra del objeto de la oposición pero, como sabiamente lo manda la ley, esa manifestación tendrá que acompañarse de pruebas de las afirmaciones.

No ante el Ministerio, tampoco ante el honorable Consejo se pudieron demostrar los siguientes hechos:

"Cuál el área del que fuera Resguardo Indígena de Toluviejo.

"Ciertamente el Instituto Agustín Codazzi levantó un mapa que se adujo ante el Ministerio, se adujo en la demanda y se adujo en la reconstrucción del proceso como demostrativo de los linderos del resguardo. En todos los casos se omitió por la parte demandante mostrar el origen de tales hechizos linderos aunque estaban en su poder. En efecto, no se mostró el oficio del Instituto fechado el 3 de noviembre de 1976 en el que se deja la constancia de que el mapa del cual resultan los linderos fue levantado con base en unos mojones 'colocados previamente *por el Municipio*...'

"Por esa razón para el Ministerio no fueron prueba de alinderación alguna como tampoco lo pueden ser para el honorable Consejo y ello es fundamento suficiente para que el Ministerio no tenga como oposición el escrito así denominado por el Municipio.

"Además esa falta de alinderación impide establecer como no está establecido, si el área de la licencia 7407 está o no está dentro de la que fue la del Resguardo.

"Sobre la misma ausencia de alinderación procede agregar que, además de artificial y hechiza, es posterior (noviembre 3 de 1976) a la fecha de vigencia de la Ley 20 de 1969 de donde, aún en el evento de ser legalmente aceptable, que no lo es, tal alinderación demuestra que al principiar a aplicarse esa Ley 20 no habría una situación *jurídica concreta.*

"La sentencia de la Corte de 1938 a la cual se le quiere derivar la virtud de haber reconocido en forma *'definitiva y ejecutoriada'* el derecho exclusivo de Toluviejo a lo que fuera el Resguardo, no tiene ese valor. Tan sólo fue confirmatoria de otra sentencia, la del Tribunal de Cartagena de 14 de septiembre de 1929. Esta última recayó sobre un litigio que giró sobre un contrato de arrendamiento que tuvo por objeto un área cuyos linderos también se desconocen. Adicionalmente en los Resguardos de San Sebastián de Urabá y San Nicolás de Bary; por ninguna parte los de Toluviejo.

"Claro que la sentencia de la Corte de 1938 permitió a los catedráticos magistrados tocar temas generales pero expresamente reconocieron un aspecto fundamental:

" 'Respecto a los títulos en favor del Municipio de *Toluviejo,* anteriores a la cesión que se le hizo en virtud de la Ley 55 de 1905, es de observarse que *tales titulaciones no se trajeron a los autos'* (subrayo).

"Es que la demanda que dio origen a la sentencia de 1938 no versaba sobre la titularidad del municipio sobre todo lo que fue el Resguardo.

"Es tan cierta la afirmación de que la sentencia de 1938 no tiene las consecuencias que pretende darle el municipio demandante que veinticinco años después se produce otra sentencia de la misma Corte. Me refiero a la de 4 de diciembre de 1963. En este caso, que no se pedía la nulidad de un contrato de arrendamiento sino que se declarara en favor del Municipio de Toluviejo la titularidad sobre minerales.

"La Corte resolvió en contra de Toluviejo y en favor de la Nación.

"Respecto de la propiedad sobre la superficie del área de la licencia 7407 es completamente explicable que el municipio no haya hecho el más mínimo esfuerzo por acreditarla. Sencillamente, no obstante lo afirmado, no es dueño de un sólo metro cuadrado de esa tierra.

"Con los certificados de libertad y tradición que se allegaron y dentro de la diligencia de inspección que se practicó; quedó plena-

mente demostrado que los propietarios son en su totalidad personas jurídicas o naturales diferentes al Municipio de Toluviejo" (fls. 140 a 145 cdno. 1).

"... ... ...".

"En la demanda de nulidad de las Resoluciones 339 y 1449 de 1979, proferidas por el Ministerio de Minas y Energía ('el Ministerio') se afirma que el Ministerio no atendió a una oposición que contra la solicitud 7407 formuló el Municipio de Toluviejo ('el Municipio').

"Una de las pruebas que obran en el expediente del que hará parte este escrito es precisamente la copia completa de la actuación seguida ante el Ministerio con la licencia 3632 de que también es titular TOLCEMENTO. Consta en ese voluminoso expediente que la aparente oposición del municipio a la 3632 fue la misma que presentó posteriormente contra la 7407 y consta que el Ministerio oyó y atendió al municipio, no de cualquier manera, sino mucho más allá de donde la ley lo tolera y lo reglamenta en protección de los intereses de la comunidad y de la economía general. Tanto es así que debido a las reiteradas intervenciones del municipio, la tramitación de la 3632 se inició en el Ministerio desde el mes de enero de 1970 o sea hace más de trece años. No era entonces necesario que al formularse idéntica oposición dentro de la 7407 otra vez se requirieran más de diez años para resolver el punto de si conforme a los documentos allegados, los minerales solicitados por TOLCEMENTO y que se lleguen a descubrir dentro del área de la licencia 7407 pertenecen a la Nación o al municipio.

"Desde el punto de vista de que la discusión es entre la Nación y el municipio, TOLCEMENTO viene a ser ajena al litigio planteado y le sería indiferente contratar con cualquiera de las dos entidades siempre y cuando lo hiciera, como está segura de haberlo hecho, con la verdadera titular del derecho objeto de la contratación o licencia o sea la Nación.

"Algunas actuaciones del municipio y principalmente algunos documentos allegados a título de pruebas obligan a preguntarse si indirectamente el municipio lo que pretende es que ahora, en 1983, el honorable Consejo de Estado venga a declarar por sentencia que es Toluviejo el titular del derecho de dominio sobre el territorio que fue del Resguardo Indígena de Toluviejo, sobre su subsuelo y sobre los minerales que en él puedan hallarse. Si es esa la pretensión municipal, debe ser descartada rotundamente, al extremo de que su demanda ha debido rechazarse de plano o al menos, este proceso debe culminar con una sentencia mediante la cual se nieguen tales pretensiones de la manera como ya le fueron negados al mismo municipio en 1963 por la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, fechada el 4 de diciembre de ese año, que obra en este expediente y que obra también en el de la licencia 3632 que es prueba en este proceso" (fls. 146 a 148 cdno. 1).

El alegato se extiende a través de 69 páginas haciendo un exhaustivo estudio de los posibles títulos de Toluviejo sobre el subsuelo del que fue resguardo del mismo nombre, pero tales situaciones no son materia que se deba tratar en el caso *sub examine* porque lo que aquí se discute se refiere únicamente a si el Ministerio de Minas obró legalmente o no, al negarse a tramitar la oposición que el Municipio de Toluviejo formuló a la solicitud de licencia número 7407 presentada por la empresa "Cales y Cementos de Toluviejo S. A.", para la exploración de calizas y demás minerales en terrenos cuyo subsuelo considera el municipio de su propiedad.

El concepto fiscal:

La Fiscal Segunda de la Corporación se remite al concepto que había rendido antes de incinerarse el expediente, el cual dice así en lo pertinente:

"La sociedad Cales y Cementos de Toluviejo S. A., formuló ante el Ministerio una solicitud de licencia para exploración técnica de yacimiento de arcilla y caliza, ubicado en jurisdicción de Toluviejo (departamento) de Sucre. Estando dentro del término legal el municipio formuló oposición por considerar que la zona objeto de la licencia se superpone al globo de terreno correspondiente al antiguo Resguardo Indígena de Toluviejo, cuyo dominio tanto en el suelo como en el subsuelo pertenecen al municipio, de conformidad con la cesión hecha p éste (sic) por la Nación y reconocida por sentencia definitiva de septiembre 30 de 1938 de la Corte Suprema de Justicia. No obstante lo anterior, el Ministerio de (sic) abstuvo de tramitar la oposición" (fl. 75 cdno. 1).

"... ...".

"*En este juicio no se trata de resolver un mejor derecho a la propiedad de acuerdo con el artículo 11 de la Ley 20 de 1969, sino simplemente de si se debió admitir o no lo oposición presentada por el Municipio de Toluviejo en el proceso administrativo, argumetado como lo hizo que era propietario del subsuelo con base en la sentencia judicial proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, confirmada por la Corte Suprema de Justicia* (el subrayado es de la Sala).

"El Ministerio confundió la oposición a que se refiere el artículo 11 de la Ley 20 de 1969 con la que hace el municipio cuando dice tener declaración judicial que afirma su derecho.

"Durante el trámite administrativo de licencia de exploración de concesión de aporte o permiso, es cuando deben presentarse y tramitarse las oposiciones, y según lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2181 de 1972 las oposiciones pueden ser presentadas por las siguientes personas:

"a) ...

"b) El que tenga título de adjudicación o sentencia judicial de reconocimiento de la propiedad del subsuelo, que conserven su validez jurídica.

"Basándose en esta disposición el municipio presentó su oposición,, la que ha debido ser resuelta por el ministerio, lo que no sucedió así pues el acto acusado no resuelve la oposición del municipio sino que se abstiene de darle curso para que el interesado promueva acción ante el Consejo de Estado.

"Habiéndose demostrado que la oposición del municipio tiene un fundamento diferente del contemplado por el artículo 11 Ley 20 de 1969, debe declararse la nulidad del acto acusado para que resuelva administrativamente la mencionada oposición.

"Por otra parte, el Consejo de Estado no podría pronunciarse sobre el fondo de esa oposición mientras el Ministerio no la resuelva.

"El auto que dispuso la suspensión provisional de los actos acusados tienen fundamentos semejantes a los expuestos en este concepto y en consecuencia debe mantenerse.

"Por lo anterior esta Fiscalía solicita a la honorable Sala se declare la nulidad de los actos acusados y se ordene al Ministerio la admisión y trámite de la oposición presentada por el Municipio de Toluviejo" (fls. 76 a 77 cdno. 1).

Consideraciones de la Sala:

Dentro del proceso se decretaron y practicaron, como ya se dijo, multitud de pruebas tendientes a demostrar por una parte la propiedad del subsuelo de los terrenos que pertenecieron al antiguo resguardo de Toluviejo, y por otra a desvirtuar las afirmaciones del municipio.

La parte demandante allegó al proceso los siguientes documentos:

a) Copia de las Resoluciones 1531 de 1978, 339 de 1979 y 1449 de 1979, todas ellas originarias del Ministerio de Minas y Energía (fls. 14 y ss. 38 y ss. 47 y ss. del anexo núm. 2);

b) Escritura 1069 de 12 de agosto de 1957 de la Notaría Primera de Cartagena (fls. 75 y ss. del anexo núm. 2);

c) Copia de la sentencia proferida por la honorable Corte Suprema de Justicia de 30 de septiembre de 1938 que, según el demandante, reconoce la propiedad del Municipio de Toluviejo sobre el suelo, subsuelo y minerales del antiguo resguardo indígena del mismo nombre (fls. 93 y ss., anexo núm. 2);

d) Del plano de las tierras de dicho resguardo, levantado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi (anexo núm. 3).

Cales y Cementos de Toluviejo aportó los siguientes documentos:

a) Copia de la escritura número 15 otorgada en Sincelejo el 20 de febrero de 1896 (fls. 1 y ss., anexo 1);

b) Copia de la escritura 76 de junio 29 de 1907, otorgada en Sincelejo, por la cual el personero de Toluviejo comparece para perfeccionar la cesión que la Nación hace a ese municipio de los terrenos que formaban el resguardo indígena del mismo nombre (fl. 14 y ss. anexo 2);

c) Copia de la escritura 1069 de 12 de agosto de 1957, otorgada ante el Notario Primero de Cartagena por medio de la cual el fiscal del Circuito Judicial y el personero del Municipio de Toluviejo comparecen para perfeccionar la cesión que la Nación hizo al municipio de los terrenos que componían el antiguo resguardo del mismo nombre (fls. 45 y ss., anexo núm. 1);

d) Copia de la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena de septiembre 14 de 1929, por la cual se niegan las pretensiones de la Nación en el sentido de desconocer los derechos del Municipio de Toluviejo sobre el subsuelo de los terrenos que correspondían al antiguo resguardo de su nombre (fls. 76 y ss., anexo núm. 1);

e) Copia del plano elaborado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi (fls. 86 y 87 anexo núm. 1);

f) Copia de la diligencia de inspección judicial practicada dentro del proceso reconstruido en la cual se estableció que los terrenos correspondientes a la licencia 7407 no coinciden con los que se refieren a los permisos 240, 241 y 243 (fls. 91 y ss. Anexo núm. 1);

g) Copia del dictamen pericial, rendido dentro del mismo proceso, en el cual se establece que el globo de terreno relativo a la licencia 7407 no se superpone a los que corresponden a los permisos 240, 241 y 243 (fls. 94 y ss., anexo núm. 1);

h) Copia del certificado expedido por el registrador de Instrumentos Públicos de Sincelejo, en el cual consta el registro de la sentencia de la honorable Corte Suprema de Justicia de 11 de marzo de 1970, por la cual se niegan unas pretensiones del Municipio de Toluviejo (fls. 125 y ss., cdno. 1);

i) Doce folios de matrícula inmobiliaria correspondientes a predios ubicados dentro del antiguo resguardo (fl. 110 y ss., cdno. 1).

Tiene razón la colaboradora fiscal cuando afirma que en este proceso no se trata de resolver sobre el derecho de propiedad de ya-

cimientos mineros (art. 20 Ley 11 de 1969) sino de establecer si se debió admitir y tramitar por parte del Ministerio de Minas, dentro del trámite administrativo de concesión de un permiso para la explotación de sustancias minerales, la oposición formulada por el Municipio de Toluviejo con fundamento en ser el propietario del subsuelo en que se realizaría la explotación según sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, confirmada por la Corte Suprema de Justicia, a pesar de que, como lo afirma el señor apoderado de TOLCEMENTO "el proceso surtido ante el honorable Consejo de Estado no se redujo, *como hubiera sido lo técnico,* a debatir, la legalidad de la actuación ministerial, o sea a despejar el interrogante de si el Ministerio estaba obligado o no dar curso a la denominada oposición" (fl. 142). El subrayado es de la Sala.

Efectivamente, como ya se dijo, dentro del proceso se practicaron multitud de pruebas conducentes a establecer si el subsuelo donde se pretende explotar minerales a que se refiere el permiso 7407, es de propiedad o no del Municipio de Toluviejo, problema que no es materia de debate en este caso porque las pretensiones de la demanda se contraen a solicitar la nulidad de unos actos administrativos por que no se le dio trámite a una oposición y el restablecimiento del derecho solicitado consiste exactamente en que se ordene dar trámite a dicha oposición. Es decir, lo que se debe establecer es si legalmente el Ministerio de Minas estaba obligado a dar trámite a la oposición presentada por Toluviejo, o no.

Los actos acusados se fundamentan en la aplicación del artículo 11 de la Ley 20 de 1969 en cuanto expresa que no había lugar a oposiciones fundadas en la propiedad de los yacimientos pero que los interesados podrán ejercitar ante el Consejo de Estado las acciones pertinentes, pero olvidó entre otras la preceptiva del artículo 1º del mismo estatuto el cual indica que no "todas las minas pertenecen a la Nación, sin perjuicio de los derechos constituidos a favor de terceros" y precisamente uno de estos derechos ya constituidos y reconocido por sentencia judicial era lo que alegaba el Municipio de Toluviejo.

Con respecto a lo anterior ya esta Corporación se pronunció por medio del auto de febrero 19 de 1980, el cual suspendió provisionalmente los actos acusados con argumentos que la Sala comparte y que se expresaron en su oportunidad así:

"Como puede verse de la transcripción de los actos acusados, el Ministerio aplicó literalmente el artículo 11 de la Ley 20 de 1969, que dice: 'En la tramitación administrativa de los aportes de las concesiones y de los permisos no habrá lugar a la presentación de oposiciones fundadas en la propiedad de los yacimientos, pero los interesados podrán ejercitar ante el Consejo de Estado las acciones pertinentes hasta un año después de la entrega material de la zona respectiva. Vencido el término indicado, prescribirá todo derecho'.

" 'El ejercicio de las acciones no suspende el proceso administrativo de las solicitudes y propuestas ni impide el otorgamiento, celebración y ejecución de los actos correspondientes'.

" 'Las oposiciones que se funden en razones distintas a la propiedad de los yacimientos se presentarán y decidirán de conformidad con los reglamentos que dicte el Gobierno'.

"Empero no hay que hacer mayor esfuerzo, distinto al natural y obvio *prima facie,* si se quiere —que siempre hay que hacer frente a la norma de derecho positivo para desentrañar un mandato, la hipótesis general y abstracta que conlleva— pues 'Saber las leyes no está en saber dibujar sus letras' para llegar a la convicción de que tal artículo no impulsa ni impone a la administración a proceder a sabiendas contra la propiedad privada, sino que, en aras del buen servicio público y de la realización de la política de fomento minero, no puso en trabas tales procedimientos mineros con controversias de dominio del subsuelo cuya decisión compete al Consejo de Estado.

"Pero obvio que la administración lo primero que tiene que hacer frente al artículo 1º de la Ley 20 de 1969, es determinar si la mina de que se trata, está dentro de la regla general de la propiedad Nacional, o dentro de la excepción de 'Las situaciones jurídicas subjetivas y concretas debidamente perfeccionadas y vinculadas a yacimientos descubiertos', pues en este último caso, de oficio debe ordenar el archivo de la solicitud, 'si tiene en sus archivos todos los elementos de juicio para ello', lo que no puede entenderse, ni más faltara, que si no los tiene pero se los pone de presente el legítimo propietario, deba rechazarlos para consumar el atropello.

"No, si en los términos del artículo 192 del Decreto 1275 de 1970, tal como quedó con las subrogaciones de los artículos 32 del Decreto 2181 de 1972 y 'del Decreto 1610 de 1978, dentro de la oportunidad señalada en este mismo artículo, alguien se opone con base en título de adjudicación o sentencia judicial de reconocimiento de la propiedad del subsuelo, que conserva su validez jurídica', es decir, que se haya demostrado, en los términos los artículos 3º de la Ley 20 de 1969 y 8º y siguientes del Decreto 1275 de 1970, la explotación económica de la mina, todo lo cual se acredita con documentos, en su mayoría del Ministerio o de los jueces de la República.

"Por tanto, por fuera de esos casos 'título de adjudicación' o 'sentencia judicial', la controversia no puede ser planteada como 'oposición' y debe aplicarse, en todo su rigor, el artículo 11 de la Ley 20 de 1969.

"La violación de las normas comentadas, resulta 'directa', 'manifiesta', 'ostensible' y deberán suspenderse los actos acusados para evitar los graves perjuicios que el despojo pueda causar" (fls. 15 a 17 del cdno. 1).

Como dentro del plenario no se desvirtuaron las bases y razonamientos jurídicos que sirvieron de fundamento para decretar la suspensión provisional la Sala los acoge en su totalidad y en razón de ello declarará la nulidad de los actos acusados y el consiguiente restablecimiento del derecho conforme a las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo —Sección Tercera—, de acuerdo con su colaboradora fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Primero. Declárase la nulidad de las Resoluciones números 339 de marzo 9 de 1979 y 1449 de 3 de septiembre del mismo año, originarias del Ministerio de Minas y Energía, por medio de las cuales dicho Ministerio se abstuvo de tramitar la oposición formulada por el Municipio de Toluviejo a la solicitud de licencia número 7407.

Segundo. Como consecuencia de la anterior declaración y para restablecer el derecho del demandante se ordena al Ministerio admitir la oposición y darle el trámite legal correspondiente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue discutida y aprobada en Sala en sesión de fecha veintiséis de enero de mil novecientos ochenta y nueve.

Carlos Ramírez Arcila, presidente Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Antonio J. de Irisarri Restrepo,* ausente; *Julio César Uribe Acosta.*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

MINISTERIOS. POTESTAD REGLAMENTARIA. RADIODIFUSION.

Las facultades que se le asignan a los Ministerios para reglamentar, no pueden atribuirle una competencia igual a la facultad que corresponde al presidente de la República en virtud del numeral 3º del artículo 120 de la Constitución y hay que entenderlas en un ámbito administrativo inferior a la facultad reglamentaria de la suprema autoridad administrativa de la Nación.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., dos de marzo de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja.*

Referencia: Expediente número 519. Actor: Ciro Alfonso Gómez Rodríguez.

El ciudadano Ciro Alfonso Gómez Rodríguez demanda del Consejo de Estado en ejercicio de la acción pública, la nulidad del artículo 3º de la Resolución número 1634 de 21 de abril de 1986 proferida por el Ministerio de Comunicaciones, en la parte que asigna funciones para emisoras de la tercera clase con canales de radiodifusión sonora de frecuencia modulada, en la zona que comprende el Distrito Especial de Bogotá.

Los fundamentos de hecho de la acción según la demanda, pueden sintetizarse así:

El artículo 1º del Decreto ley 3418 de 21 de noviembre de 1954 dispuso que todos los canales radioeléctricos son de propiedad exclusiva del Estado correspondiéndole en consecuencia al Gobierno determinar el número de estaciones de radiodifusión que pueden funcionar en cada región o localidad del país.

Por medio del Decreto 2085 de 1975 en el ordinal E) del artículo 128 se dispuso que en los municipios con población mayor a dos millones de habitantes podrían funcionar hasta diez estaciones y únicamente de primera y segunda clase, cupo ampliado a dieciséis por el Decreto 1757 de julio de 1982.

En el Decreto 1245 de abril de 1986 se conservó la limitación anterior relacionada con las emisoras de tercera clase, no obstante lo cual el Ministerio de Comunicaciones determinó modificar la Resolución 2186 de 1976 mediante el artículo 3º de la Resolución número 1634 de 21 de abril de 1986, objeto de la presente demanda, en la cual se asignaron canales para la explotación comercial de emisoras de tercera clase en la zona de Bogotá.

El demandante apoya fundamentalmente sus pretensiones en los siguientes conceptos en derecho:

"El artículo 39 de la Resolución 1634 de 21 de abril de 1986, proferida por la señora ministra de Comunicaciones, en la parte que asigna frecuencias para el Distrito Especial de Bogotá para la explotación de emisoras de *clase tercera* (subrayo) en canales de radiodifusión sonora en frecuencia modulada (FM), quebranta en forma ostensible el artículo 57 de la Constitución Nacional, pues solamente corresponde al Gobierno —presidente de la República—, la asignación o distribución de frecuencias cuando las normas del Estatuto de radiodifusión lo autoricen para tal efecto.

"En el caso *sub judice* se observa, que de conformidad con los terminantes mandatos del artículo 34 del Decreto ley 3418 de 1954, el Gobierno constituido por el presidente de la República y su ministro de Comunicaciones, no tiene poder para determinar caprichosamente el número de estaciones de radiodifusión que puedan funcionar en cada región o localidad del país. En esta materia, el Gobierno carece entonces de facultades discrecionales y está sometido a una facultad reglada por el estatuto de radiodifusión, para otorgar la concesión de frecuencias para su explotación, a personas naturales o jurídicas.

"En desarrollo de este mandato matriz, tanto en el Decreto 2085 de 1975, artículo 128 numeral 2º literal E) como en el Decreto 1757 de 1982, artículo 3º numeral 2 literal E) el Gobierno limitó el número de emisoras para el Distrito Especial de Bogotá en diez (10) y diez y seis (16) estaciones, respectivamente, pero *únicamente* (subrayo) de primera y segunda clase, con exclusión de las de clase tercera.

"Estos mandatos de jerarquía superior, fueron acatados por el artículo 69 de la Resolución 2186 de 1976, pero mediante la Resolución 1634 de 21 de abril de 1986, con la sola firma de la señora ministra de Comunicaciones, se hizo tabla rasa de dichos preceptos y en el artículo 3º del citado acto administrativo se asignaron siete (7) frecuencias de radiodifusión sonora en frecuencia modulada (FM) para ser explotadas por estaciones de *clase tercera*, en la zona número 1 que comprende el Distrito Especial de Bogotá, con lo cual se quebrantan las normas de carácter superior, que radica como violadas en forma manifiesta la demanda".

II. El acto acusado:

La Resolución número 1634 de 21 de abril de 1986 del Ministerio de Comunicaciones en su encabezamiento y considerandos expresa:

"Por la cual se modifican los artículos 1º 4º, 5º, 6º y 20 de la Resolución número 2186 de 27 de agosto de 1976.

"La ministra de Comunicaciones

"En uso de sus facultades legales y en especial de las que le confiere el Decreto 2085 de 1975, el Decreto ley 129 de 1976 y el Decreto 1245 de 1986.

"Considerando:

"1. Que con la distribución actual de canales para el servicio de radiodifusión sonora en frecuencia modulada (FM) existe congestión de las mismas en las principales zonas del país.

"2. Que la subbanda de 88 a 108 Mhz permite una mayor y más adecuada distribución de canales para el servicio de radiodifusión sonora en frecuencia modulada (FM).

"3. Que el servicio de radiodifusión sonora en frecuencia modulada presenta grandes demandas para su prestación en todas las zonas del territorio nacional.

Y en la parte a la cual se contrae la acusación demandatoria, dice:

"El artículo 6º de la Resolución 2186 de 1976, quedará así:

"Establécese la siguiente distribución regional de los canales de radiodifusión sonora en frecuencia modulada (FM):

"Zona número 1

"Esta zona comprende el Distrito Especial de Bogotá.

"Canal Número	*Frecuencia*	*Clase de Estación*
9	88,9 Mhz	2ª
14	89,4 Mhz	3ª
19	88,9 Mhz	1ª - 2ª
24	90,4 Mhz	3ª
29	90,9 Mhz	2ª
39	91,9 Mhz	1ª - 2ª

49	92,9 Mhz	2ª
59	93,9 Mhz	2ª
64	94,4 Mhz	3ª
69	94,9 Mhz	2ª
79	95,9 Mhz	1ª - 2ª
84	96,4 Mhz	3ª
89	96,9 Mhz	2ª
94	97,4 Mhz	3ª
99	97,9 Mhz	2ª
104	93,4 Mhz	3ª
109	93,9 Mhz	1ª - 2ª
119	99,9 Mhz	1ª - 2ª
124	100,4 Mhz	3ª
129	100,9 Mhz	2ª
139	101,9 Mhz	1ª - 2ª
149	102,9 Mhz	2ª
159	103,9 Mhz	2ª
169	104,9 Mhz	2ª
179	105,9 Mhz	1ª - 2ª
189	106,9 Mhz	2ª
199	107,9 Mhz	2ª".

III. Alegato de la parte demandada:

El Ministerio de Comunicaciones se hizo presente en el proceso por conducto de apoderada, quien en su alegato de conclusión sostuvo que con la resolución demandada no se violó ningún ordenamiento superior y al respecto argumenta así:

"Si bien es cierto que mediante Decretos 2085 de 1975, 1757 de 1982 al reglamentar los servicios de radiodifusión sonora, estableció en sus artículos 128, numeral 2, ordinal e y 3º, numeral 2 ordinal e, 'que en los municipios con población superior a dos millones de ha-

bitantes (2.000.000) podrán funcionar hasta diez y seis (16) estaciones y únicamente de primera o segunda clase. Si analizamos detenidamente el Decreto 1245 de 18 de abril de 1986 se da libertad al Ministerio de Comunicaciones para reglamentar la distribución nacional de las frecuencias centrales para operación de las estaciones de radiodifusión sonora en frecuencia modulada (F.M.) y fijará la relación de protección en radiofrecuencia que se deberá mantener entre portador y las transmisiones.

"Precisamente el gobierno al dejar en libertad al Ministerio de Comunicaciones para que realizara esa distribución le concedió la oportunidad legal desarrollándola al expedir la Resolución 1634 de 1986".

IV. El concepto del fiscal:

El señor Fiscal Primero de la Corporación en su escrito de fondo hace eco de las decisiones asumidas en proveídos anteriores que será objeto de estudio más adelante, y concluye diciendo que como los hechos que dieron origen a las decisiones anteriores no han cambiado y es claramente manifiesta la violación del Decreto 1757 de 1982, lógico es concluir que la resolución acusada debe ser anulada.

V. Consideraciones de la Sala:

Está en lo cierto el señor fiscal de la Corporación cuando anota en su concepto que las circunstancias del proceso no han cambiado desde cuando se dispuso la suspensión provisional de la resolución demandada del Ministerio de Comunicaciones. Por esto cobran actualidad las apreciaciones de la Sala Unitaria y de la Sección al resolver tal suspensión en virtud de haber encontrado que aquel acto administrativo violaba abiertamente las disposiciones del Decreto 1757 de 1982 el cual en su artículo 3º dispuso:

"El artículo 128 del Decreto número 2005 de 1975, quedará así:

"La expedición de licencias para estaciones de radiodifusión sonora en frecuencia modulada (F.M.) se hará teniendo en cuenta el número de habitantes de los municipios y el carácter de la estación según su programación, así:

"... ... ...

"e) En los municipios con población superior a dos millones (2.000.000) de habitantes podrán funcionar hasta diez y seis (16) estaciones y *únicamente de primera o segunda clase*" (subrayas de la Sala).

La Sala al resolver el recurso de súplica interpuesto contra el auto del consejero sustanciador que accedió a suspender el acto demandado, dijo, al efecto:

"A primera vista pareciera como si la Resolución de que hace parte el artículo atacado sólo derogara, sustituyéndolas, algunas disposiciones contenidas en otro acto de la misma naturaleza y jerarquía, como que ambas fueron expedidas por el Ministerio de Comunicaciones sobre idéntica materia. Pero es evidente que las dos resoluciones encuentran su apoyo en norma superior consignada en los Decretos 2085 de 1975 reglamentario del Decreto legislativo 3418 de 1954 y de la Ley 74 de 1966 y 1757 de 1982 (adicional al anterior), normas en las cuales el Gobierno consignó su voluntad de que en municipios de población superior a dos millones de habitantes no pudieran funcionar sino estaciones de radiodifusión de primera y segunda clase.

"Lo cierto es que la Resolución número 2186 de 1976, al establecer la distribución regional de los canales de radiodifusión sonora, se ajustó estrictamente a las disposiciones que en materia de clases de estación podrían operar en las diferentes zonas, según lo dispuesto por el artículo 128 del Decreto 2085 de 1975, adicionado por el Decreto 1757 de 1982. Así las cosas, si bien el Ministerio de Comunicaciones está facultado para modificar por acto de igual categoría aquella resolución, no puede a través de dicha competencia, ir más allá del decreto reglamentario que precisamente sirve de fundamento a tales resoluciones.

"Por otra parte, ninguna de las normas que invoca el Ministerio para sustentar la súplica está dirigida a derogar el artículo 128 del citado Decreto 2085 de 1975, tal como quedó después de expedida la norma que lo adicionó, porque todas las facultades que se le asignan para 'reglamentar' no pueden atribuirle una competencia igual a la facultad que corresponde al presidente de la República en virtud del numeral 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional y hay que entenderlas, como lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en un ámbito administrativo inferior a la facultad reglamentaria de la suprema autoridad administrativa de la Nación. Bien sabido es que esta última competencia, sólo puede delegarse en los ministros y jefes de departamento administrativos, como jefes superiores de la administración, y en los gobernadores como jefes de la administración departamental, en las condiciones que establece el artículo 135 de la Constitución Política, delegación que no es ciertamente la consignada en el Decreto 1245 de 1986 que invoca el Ministerio entre las fuentes de su competencia. Mucho menos lo son, el Decreto 2820 de 1983 por medio del cual se expide el plan general de radiodifusión, ni el Decreto 129 de 1976 que reestructuró el Ministerio de Comunicaciones, porque ninguna de las disposiciones contenidas en tales estatutos derogó expresa o tácitamente el tantas veces citado artículo 128 del Decreto 2085 de 1975, que sigue en plena vigencia".

Ahora, la Sala al ratificar estas apreciaciones en relación con el caso controvertido, reitera lo dicho sobre el Decreto 1245 de 1986

en el cual sustenta la parte demandada la defensa de la Resolución número 1634 de abril de ese mismo año, dado que aquel ordenamiento no le dio la competencia al Ministerio para modificar el Decreto 2085 de 1975 en su artículo 128 y el Decreto 1757 de 1982 que lo adicionó; de tal manera que el artículo 3º de la Resolución 1634 acusada, en la parte pertinente desconoció la norma superior a la cual estaba sujeto, de donde corresponde acceder a la pretensión de la demanda.

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:

Declárase la nulidad del artículo 3º de la Resolución número 1634 de 21 de abril de 1986, proferida por el Ministerio de Comunicaciones, en la parte que asigna frecuencias para emisoras de la clase tercera, en canales de radiodifusión sonora en frecuencia modulada (F.M.), en la zona que comprende el Distrito Especial de Bogotá.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha dos de marzo de mil novecientos chenta y nueve.

Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Samuel Buitrago Hurtado, Simón Rodríguez Rodríguez, ausente.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

MINISTERIO DE SALUD. Facultades. PRECIO DE MEDICAMENTOS.

El procedimiento señalado por el Ministerio de Salud para la fijación de precios máximos de medicamentos, no fue tenido en cuenta en la resolución demandada. Se estableció el precio "por nivelación"; sistema que no era pertinente en este caso.

DECLARASE LA NULIDAD de las Resoluciones números 16718 de noviembre 17 de 1987 y 1178 de febrero 11 de 1988 del Ministerio de Salud.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., diecinueve de mayo de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Samuel Buitrago Hurtado.*

Referencia: Expediente número 944. Autoridades nacionales. Actor: Sociedad Mead Johnson International Ltda.

La Sociedad Mead Johnson International Ltda., por intermedio de apoderado, demanda ante esta Corporación, en ejercicio de la acción de nulidad y de restablecimiento del derecho, la declaratoria de nulidad de las Resoluciones números 16718 de 17 de noviembre de 1987 y 1178 de 11 de febrero de 1988, expedidas por el Ministerio de Salud.

El proceso ha cumplido todos los requisitos de ley y mediante esta providencia se procede a su fallo.

La demanda se fundamenta en los siguientes

Hechos:

1. Mead Johnson International Ltda., en cumplimiento de lo dispuesto en la Resolución 6376 de julio de 1980, que establece la política de fijación de precios a los medicamentos, presentó al Ministerio de Salud la solicitud de precio máximo de venta al público para el producto CEMAFOX 500 mg. caja x 12 cápsulas. Con dicha solicitud presentó todos los estudios requeridos por la ley para los productos que pertenecen al régimen de libertad vigilada de precios.

2. La Resolución 16718 del Ministerio de Salud, expedida el 17 de noviembre de 1987, fijó a los productos CEMAFOX 500 mg. caja x 12 cápsulas, por nivelación, un precio de $ 3.358.20. El día 25 del mismo mes y año la firma demandante interpuso recurso de reposición contra dicha resolución.

3. Por medio de la Resolución número 1178 de febrero 11 de 1988, el Ministerio resolvió el recurso decidiendo no reponer la Resolución 16718 con fundamento en que los precios fueron fijados "por nivelación" con el producto igual DURACEF caja x 12 cápsulas del laboratorio Bristol Farmacéutica S. A., informándose, en su notificación, que contra ella no procede ningún recurso, quedando agotada la vía gubernativa.

Las normas violadas y el concepto de la violación:

El actor, no obstante pluralizar las hipotéticas normas violadas, expone solamente una: El artículo 20 del Capítulo III de la Resolución 6376 de 1980 del Ministerio de Salud que dice: "El precio máximo al público para los medicamentos en libertad vigilada se obtendrá multiplicando el costo de producción por el factor 3.4". Manifiesta el demandante que dicha norma fue violada por cuanto el artículo 43 de la misma disposición contiene un listado de los "principios activos que clasifica a los medicamentos de control directo de precios"; que el principio activo utilizado en la elaboración del medicamento CEMAFOX 500 mg. es el "CEFRADOXYLO", no incluido en la lista de control directo, razón por la cual le corresponde el régimen de libertad vigilada. Al asignar el Ministerio de Salud a este producto un precio con factor inferior al 3.4, está violando, dice el actor, el espíritu consagrado en su propia disposición.

La intervención de las partes:

La demanda fue notificada personalmente al señor ministro de Salud quien, en la misma fecha, según se deduce de la incompleta diligencia, visible a folio 18 vto., designó un apoderado que no solamente no firmó aceptando dicho poder sino que no se hizo presente en el proceso. Por lo tanto, para alegar en conclusión, se presentó solamente el demandante insistiendo, a través de su apoderado, en los argumentos ya expresados en la demanda y señalando la violación de la norma superior por parte de la resolución demandada pues, según él, la competencia de la administración en este caso es reglada y el Ministerio debió fijar el precio solicitado de acuerdo a la cuantía señalada en dicha norma, es decir, en el artículo 20 del Capítulo III de la Resolución 6376 del Ministerio de Salud.

El concepto del Ministerio Público:

Al correrse traslado al señor fiscal primero de la Corporación, éste conceptuó que "la parte actora no logró desvirtuar la presunción

de legalidad que ampara a todos los actos administrativos, y que quienes los profirieron se ajustaron al marco de la ley que los reglamentos les señala", para terminar solicitando que se nieguen las peticiones de la demanda.

Consideraciones de la Sala:

Analizando la Resolución 6376 de 1980 "por la cual se establece el procedimiento para fijar y revisar los precios de los medicamentos", así como las otras disposiciones que la complementan, entre ellas la Resolución número 12700 de 1987 por la cual el Ministerio de Salud modifica la Tabla de Costos Fabriles que había sido establecida mediante la Resolución número 11168 de 1968, a fin de que los laboratorios farmacéuticos fijaran el costo de fabricación de sus productos, se observa que esta dispone, en forma clara y detallada, los pasos a seguir y los requisitos que se deben tener en cuenta para la fijación y revisión de los precios de los medicamentos. La Resolución número 16718 de 17 de noviembre de 1987 por medio de la cual el Ministerio de Salud, en respuesta a una solicitud de la firma Mead Johnson International Ltda., fijó el precio máximo de venta al público para el producto CEMAFOX 500 mg. caja x 12 cápsulas, no parece haber tenido en cuenta los lineamientos trazados por la norma expedida con ese propósito sino que, según reza en el inciso final de su parte considerativa: "Que el Comité Asesor de Política de Precios de Medicamentos del Ministerio de Salud, según consta en el acta número (confuso el número en la copia aportada), correspondiente a la sesión verificada el día 7 de octubre de 1987, recomendó fijar los precios objeto de la presente resolución teniendo en cuenta los precios de los medicamentos iguales existentes en el mercado".

La Sociedad Mead Johnson International Limited, había presentado, según se dice en la demanda, solicitud de precio máximo de venta al público para el producto mencionado y con dicha solicitud presentó, en cumplimiento de lo ordenado por la Resolución 6376 de 1980, los estudios de costos respectivos con la discriminación de los elementos esenciales para fijar los precios máximos de venta. El artículo vigésimo de la resolución establece que "El precio máximo al público para los medicamentos en libertad vigilada, se obtendrá multiplicando el costo de producción por el factor tres punto cuatro (3.4). Este factor, según el texto del acto demandado, no parece haberse tenido en cuenta, lo que indica que, efectivamente, se desobedeció lo ordenado por la Resolución número 6376 con la cual dicho acto dice haber obrado 'de conformidad'. Y es el mismo acto demandado el que indica que se ignoraron adrede los patrones legales a que estaba obligado cuando expresa que lo que se tuvo en cuenta para el establecimiento de dicho precio fue el de 'los medicamentos iguales existentes en el mercado' ".

La actitud del Ministerio es ratificada posteriormente cuando, al ser recurrida en reposición la Resolución número 16718 de 1987, se

resuelve no reponerla mediante Resolución número 1178 de 1988 aduciendo que "se pudo determinar que el precio fue fijado por nivelación con el producto igual DURACEF, caja x 12 cápsulas de Bristol Farmacéutica S. A.". Incurre así el Ministerio en una nueva violación de la norma superior ya que el establecimiento del precio "por nivelación" no era pertinente en este caso. Y la razón es sencilla: Define la Resolución 6376 la nivelación en el parágrafo primero del artículo 7º como "la igualación del precio de los productos del mismo principio activo e igual forma farmacéutica". Y ya el texto del mismo artículo había adelantado el concepto cuando prescribe: "Los productos de laboratorios *nacionales* que teniendo el mismo principio e igual forma farmacéutica que productos de otros laboratorios, tendrán derecho a la nivelación de sus precios, siempre y cuando el precio de los segundos haya sido fijado por el Ministerio de Salud (la subraya no es del texto)". Sin entrar a analizar los principios activos ni las formas farmacéuticas que asimilen los productos cuya fijación de precio se ha pedido con aquellos con los que se pretenden nivelar, ni tampoco si el precio de estos había sido fijado previamente por el Ministerio de Salud, es de reseñar la precisión que establece la norma al especificar que se trata de *laboratorios nacionales*, yendo más allá cuando define, en el parágrafo segundo, que se entiende por "laboratorio nacional aquel que posea el 80% o más de capital colombiano".

La "Mead Johnson International Limited" es una sociedad extranjera, domiciliada en Toronto, Ontario, Canadá, con una sucursal establecida legalmente en Colombia según las pruebas constantes a folios 2, 3 y 4 del expediente expedidas por la Cámara de Comercio de Bogotá. No existe indicio alguno que pueda sugerir una participación colombiana en el capital de esa sociedad lo que hace imposible que se tipifique en ella el carácter de laboratorio nacional, aun menos, con el elevadísimo porcentaje de acciones que exige la norma citada. Sentada entonces esta precisión en la dicotomía que establece la ley y con fundamento en los postulados que ella misma traza, aparece más claro aún lo que ya lo era; no puede aplicársele a la Mead Johnson International Ltda., el sistema de nivelación para la fijación del precio de sus productos.

Deberá entonces el Ministerio de Salud ser consecuente con sus propias normas y aplicarlas con el criterio con que estas fueron hechas y obedeciendo a su tenor literal que no se presta a confusión alguna. Es así como esta sentencia definirá el proceso. Independiente de que el resultado de su análisis coincida o no con el precio solicitado por la peticionaria, el Ministerio deberá aplicar la reglamentación contenida en los capítulos III, IV y concordantes de la Resolución número 6376 de 1980 así como las normas posteriores que la complementan y actualizan, verbi gratia, las citadas al comienzo de estas consideraciones.

Se concluye que sí hubo violación, por parte de los actos acusados, de una norma superior; pero antes de declarar su nulidad, se

quiere hacer resaltar la incuria del Ministerio de Salud como parte principal en este proceso pues si es censurable la actitud de indiferencia de un particular a quien se vincula como parte en un proceso, lo es más aun cuando se trata de funcionarios que tienen la obligación de velar por la cosa pública y hacerse responsables de sus actos máxime, como en el caso *sub juris*, cuando se trata de representantes del presidente de la República. La ausencia de los representantes legales del Ministerio en el proceso, consecuente con la deplorable diligencia de designación de apoderado constante a folio 18 vto. sin fechas, sin sellos y con ausencia de firmas es índice, no sólo del desacato a las autoridades judiciales, sino de desgreño en el cumplimiento de las funciones.

Expuesto lo anterior, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, en desacuerdo con el concepto del señor fiscal primero de la Corporación,

Falla:

1º *Declárase* la nulidad de las Resoluciones números 16718 de 17 de noviembre de 1987 y 1178 de 11 de febrero de 1988 del Ministerio de Salud.

2º En consecuencia de lo anterior, procédase por el mismo Ministerio, cumpliendo las normas pertinentes, a la fijación del precio máximo de venta al público del producto CEMAFOX 500 mg. caja x 12 cápsulas. La autoridad aquí señalada dictará, dentro del término de treinta (30) días contados desde la comunicación de esta sentencia, la resolución correspondiente adoptando las medidas necesarias para su cumplimiento.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La providencia anterior la discutió y aprobó la Sala en su reunión celebrada el día dieciocho de mayo de mil novecientos ochenta y nueve.

Luis Antonio Alvarado Pantoja, Samuel Buitrago Hurtado, Guillermo Benavides Melo, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

CAPITULO VI

RESOLUCIONES MINISTERIALES

SUSPENSION PROVISIONAL

SUSPENSION PROVISIONAL EN PREVENCION. SUBSIDIO DE TRANSPORTE.

En virtud de la declaratoria de inexequibilidad de los Decretos 1277 de 1971 y 588 de 1978, el Gobierno nacional perdió la atribución de regular todo lo relativo al subsidio de transporte puesto que este desapareció de la escena jurídica por esa determinación de la Corte y así, mal podía el Ministerio de Obras Públicas disponer por resolución (acto preparatorio en este caso orientado a producir actos definitivos ilegales e inconstitucionales) una carga pública con respaldo en normas inexequibles y derogadas.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., diecinueve de enero de mil novecientos ochenta y nueve.

Referencia: Expediente número 1040. Actora: Martha Rueda Ardila.

La doctora *Martha Rueda Ardila* en su condición de ciudadana colombiana solicitó se decrete con observancia de los trámites del Título XVII del Código Contencioso Administrativo la suspensión provisional en prevención de la Resolución número 8400 expedida por el señor ministro de Obras Públicas y Transporte el 8 de septiembre de 1988, resolución "Por la cual se fijan unos valores de *subsidio al transporte colectivo urbano y se retiran del programa algunos buses subsidiados por el Estado*". Esa fue su petición principal. Sin embargo, el suscrito consejero inadvertidamente dispuso no dar curso a la demanda por carencia de algunos requisitos y formalidades, los cuales debían corregirse en el término de cinco días. La demandante cumplió los requerimientos de la providencia, insistiendo además en su petición principal de suspensión provisional en prevención de la resolución cuestionada y formulando especial demanda de nulidad de la misma.

Consecuencialmente, se procede a resolver en torno de la suspensión provisional en prevención solicitada, para lo cual se hacen las consideraciones que siguen:

Dice la demandante que mediante sentencia de 8 de septiembre de 1988, la honorable Corte Suprema de Justicia ejerciendo el control constitucional, decidió:

"1. Declarar inexequible el artículo 1º del Decreto 1277 y en todas sus partes el Decreto 588 de 7 de abril de 1978, por el cual se dictan algunas disposiciones sobre el subsidio al transporte colectivo urbano".

"2. *Inhibirse,* por sustracción de materia, para fallar respecto de la constitucionalidad del Decreto 1277 de junio 26 de 1971 en sus restantes disposiciones".

Que los decretos declarados inexequibles creaban y regulaban el llamado subsidio al transporte colectivo urbano, como un gasto público a cargo de los presupuestos nacionales y pagadero por la Corporación Financiera del Transporte a los propietarios de los buses urbanos inscritos en tal programa, cuyo carácter fue precisado por la Corte en su fallo, entidad que indicó así mismo que no existía ley alguna que creara el subsidio o que facultara al Gobierno para ello.

Que el mismo día de la declaratoria de inexequibilidad el señor ministro de Obras Públicas y Transporte dictó la resolución que acusa fijando unos valores de subsidio al transporte colectivo urbano y retirando del programa algunos buses subsidiados por el Estado. Su texto, anota, reproduce las normas que la honorable Corte encontró inexequibles, pues dispone que la Corporación pagará el subsidio regulándolo tal como lo hacían los Decretos 1277 de 1971 y 588 de 1978.

Que el Ministerio para dictar la resolución que impugna, invoca las facultades que generalmente le confiere la ley y en especial las siguientes normas: a) La Ley 64 de 1967 en el parágrafo 2º de su artículo 5º, b) La Ley 30 de 1982 en su artículo 7º y c) el Decreto reglamentario 1013 de 1982 en su artículo 3º.

Dice por último, que aunque la resolución en su artículo 6º indica que regirá a partir de su expedición, su publicación se hizo el mismo día 8 de septiembre en el Boletín Oficial del Ministerio conforme la Ley 57 de 1985.

La demandante pide la suspensión provisional en prevención fundamentándose en el hecho de que la Resolución 8400 de 1988 demandada está encaminada a la producción por parte de la Corporación Financiera del Transporte, de un acto definitivo abiertamente inconstitucional e ilegal como es el pago de un subsidio de transporte que no ha sido reconocido ni creado por ley anterior, tal como lo exigen los artículos 207 y 210 de la Constitución Nacional. Ese pago además, dice, no tiene recurso alguno en cuanto significa la entrega a los particulares de unos dineros públicos sin respaldo legal. Por ello considera la resolución como un acto preparatorio dirigido a producir dos actos inconstitucionales e ilegales posteriores como son el traslado de unos dineros a la Corporación Financiera del Transporte, en lugar de enviarlos a la Tesorería General de la República y el pago ilegal de un subsidio que ha sido declarado inexequible por la Corte Suprema de Justicia, o sea realizar un gasto público no autorizado por ley anterior del Congreso.

El artículo 153 del Código Contencioso Administrativo preceptúa que la suspensión provisional procederá también:

"1. Contra actos preparatorios o de trámite cuando se dirijan a producir un acto definitivo inconstitucional o ilegal que no sería susceptible de ningún recurso.

"2. Contra los actos de ejecución cuando el definitivo no haya sido notificado legalmente, cuando los recursos interpuestos contra él no hayan sido resueltos ni siquiera en forma presunta o cuando las autoridades hayan impedido que se recurra. En este caso el proceso y la suspensión terminarán cuando se cumpla con los requisitos omitidos.

"La suspensión impedirá completar o ejecutar los actos defitivos".

Sobre la anterior figura jurídica ya esta Corporación ha tenido oportunidad de pronunciarse, y es así como en providencia de 23 de marzo de 1988 el suscrito consejero se expresó así en lo pertinente:

"Este artículo vino a establecer en el medio jurídico colombiano una nueva modalidad de suspensión provisional para actos preparatorios o de trámite, denominándole suspensión provisional en prevención. Es una modalidad de suspensión que suscita dudas en cuanto a su constitucionalidad, siendo así que a términos del artículo 193 de la Constitución la suspensión provisional sólo cabe contra actos administrativos definitivos, no contra los de trámite. Sin embargo, ya la honorable Corte Suprema de Justicia al hacer la revisión del artículo 153 del Código Contencioso Administrativo por vía de la acción, la encontró exequible como consta en la sentencia número 82 de agosto 16 de 1984. Además, vistos los términos de la redacción misma del artículo 153, bien puede afirmarse que allí no se consagra en verdad una medida cautelar, una auténtica suspensión provisional supeditada a una petición principal de nulidad de un acto administrativo sino una petición principal *sui generis* de suspensión provisional en prevención de un acto preparatorio o de trámite, petición cuya finalidad exclusiva es evitar que se expida el acto principal. Es una petición que en puridad de verdad pocos puntos de convergencia guarda con la suspensión provisional de tipo general regulada en el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, relievándose por el contrario su clara autonomía como institución hoy específica del Derecho Contencioso Administrativo colombiano, con elementos que difieren de los elementos tradicionales de ese instituto excepcional que tiene carácter cautelar.

"En efecto, fuera de lo antes dicho, hay que tener en cuenta lo siguiente:

"a) Que la suspensión provisional según el claro texto del artículo 193 de la Constitución Nacional, sólo puede recaer sobre actos

de la administración como consecuencia directa de la actividad jurídica de esta y según las reglas que rigen esa medida provisoria, al paso que la suspensión provisional en prevención sólo recae sobre actos preparatorios o de trámite, o sobre los actos de ejecución.

"b) La suspensión provisional de que habla el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo es una acción accesoria que no puede impetrarse de la jurisdicción contencioso administrativa en forma libre, independiente o autónoma, y cuando de ella se solicita su planteamiento debe hacerse dentro del ejercicio de las acciones legalmente pertinentes y en las oportunidades que taxativamente ha fijado la ley. Sin la existencia de una demanda desaparece la base, el sustentáculo que hace viable el pedimento de suspensión. La suspensión provisional en prevención en cambio, se solicita en forma libre, independiente o autónoma, no estando subordinada a ningún otro planteamiento, ni requiere simultaneidad con una demanda, por cuanto ciertamente que ese evento no se manifiesta en la suspensión en prevención.

"c) La suspensión provisional, tal como está reglada en nuestro sistema, es un recurso de emergencia eminentemente transitorio, característica que por su finalidad misma no reviste la suspensión provisional en prevención, que sólo pretende evitar la producción de un acto definitivo que se juzga inconstitucional o ilegal y no susceptible de ningún recurso" (expediente núm. 830).

Acorde con las ideas anteriores debe concluirse que la petición que formula la actora en el caso presente, tiene un carácter de petición principal de suspensión provisional, como ella misma lo expresa, obviamente no supeditada a una petición principal de nulidad, y que por tal razón en su definición bien pueden estudiarse todos los extremos jurídicos por ella planteados en su escrito.

La peticionaria al abordar el análisis del acto acusado expresa que el respaldo legal que tenía el subsidio de transporte se encontraba en los Decretos 1277 de 1981 y 588 de 1978 que fueron declarados inexequibles por la Corte Suprema de Justicia el 8 de septiembre de 1988 y así, al desaparecer la causa legal del gasto público, desaparece igualmente toda norma o acto que disponga u ordene cancelarlo con los dineros del erario público. Que la resolución acusada ordena a la Corporación Financiera del Transporte pagar un "subsidio mensual" a los propietarios de buses que presten regular y exclusivamente el servicio de transporte público colectivo urbano señalando las condiciones y los controles de su pago a cargo de la Corporación y del Instituto Nacional del Transporte, y que esa resolución se respalda en un decreto reglamentario que no le confiere a un ministro la potestad legislativa en el parágrafo 2º del artículo 5º de la Ley 64 de 1967, derogado expresamente por el artículo 8º de la Ley 30 de 1982 y en el artículo 7º de esta última ley, que no autoriza la creación del subsidio ni su regulación. Igualmente argumenta la memoria

lista, que el parágrafo del artículo 7º de la Ley 30 de 1982 tampoco le atribuye al Ministerio de Obras la facultad de reglamentar el pago del subsidio, pues la norma habla del Gobierno que es de acuerdo con el artículo 57 de la Carta el presidente y los ministros y además el parágrafo habla de una facultad meramente reglamentaria de un subsidio que dejó de tener vigencia a partir de 8 de septiembre de 1988, fecha de la sentencia de la Corte. Es necesario distinguir, dice, entre la creación del gasto público hecha por los Decretos 1277 de 1971 y 588 de 1978 y el arbitrar los recursos financieros y el destino de unas sumas de dinero provenientes de impuestos para pagar un gasto ya reconocido; la Ley 30 cumple con destinar unos ingresos para satisfacer una obligación previa, la cual si desaparece por virtud de la determinación de la Corte, es apenas lógico que los mecanismos del pago y el destino especial de los dineros desaparecen igualmente, pero de todas maneras una ley posterior, así "hable" del subsidio como la Ley 30 de 1982, dependen por orden expresa de los artículos 207 y 210 de la Constitución, de la ley previa. Concluye la demandante expresando que el acto acusado es un acto preparatorio que se dirige a producir actos definitivos ilegales e inconstitucionales como son los pagos de sumas de dinero a título de subsidio que la ley no ha creado previamente y con unos dineros que perdieron esa destinación y deben ser entregados a la Tesorería General con aplicación a fondos comunes de la Nación.

Con fundamento en la Ley 15 de 1959 "Por la cual se da mandato al Estado para intervenir en la industria del transporte, se decreta el auxilio patronal de transporte, se crea el fondo de transporte urbano, y se dictan otras disposiciones", el Gobierno nacional expidió primero el 26 de junio de 1971 el Decreto 1277, por el cual creó el subsidio de transporte colectivo urbano y señaló los procedimientos fundamentales para su operancia en la práctica; luego expidió el Decreto 1824 de 1975 regulando íntegramente la materia atinente al subsidio, y por último el Decreto 588 el 7 de abril de 1978 "Por el cual se dictan algunas disposiciones sobre el subsidio al transporte público colectivo urbano". Este decreto igualmente reguló íntegramente la materia del subsidio y, por ende, a términos del artículo 3º de la Ley 153 de 1887, derogó el estatuto anterior, esto es, el Decreto 1824 de 1975.

Tanto el Decreto 1277 de 1971 como el Decreto 588 de 1978 fueron demandados por inconstitucionalidad ante la honorable Corte Suprema de Justicia, entidad que en sentencia de 8 de septiembre de 1988 declaró inexequible el artículo 1º del Decreto 1277 de 1971 y en todas sus partes el Decreto 588 de 1978. Así mismo se inhibió, por sustracción de materia para fallar respecto de la constitucionalidad del Decreto 1277 en sus restantes disposiciones, por razón de la sus tracción de materia, pues se trataba de disposiciones que ya no estaban dentro del ordenamiento jurídico en virtud de la derogatoria operada por el Decreto 1824 de 1975 que reguló íntegramente la materia de que trataba el Decreto 1277 de 1971.

La Corte Suprema de Justicia al hacer en su sentencia el análisis del subsidio como gasto público expresó lo siguiente:

"El subsidio gubernamental u oficial al transporte público colectivo urbano fue primero establecido por el Decreto de estado de sitio 624 de 16 de marzo de 1966, el cual fue prorrogado hasta el 31 de diciembre de 1967 o hasta que se levantara el estado de excepción, mediante el Decreto 3038 de 22 de diciembre de 1967; levantada la emergencia mediante Decreto 3070 de diciembre 16 de 1968, el subsidio no fue recibido como legislación permanente y cesó de regir.

"Luego, el Decreto 1277 de 1971, ordenó en su artículo 1º: 'Créase un subsidio diario al transporte público colectivo urbano a cargo del Gobierno nacional, pagadero en la forma que más adelante se indica, a partir del veinticinco (25) de julio del presente año'.

"A su vez, el Decreto 588 de 1978 establece que el Gobierno nacional fijará las sumas mensuales que, 'con sujeción a las apropiaciones presupuestales de cada vigencia', se pagará por concepto del subsidio al Transporte Público Colectivo Urbano para compensar el valor total de la tarifa real que deberían pagar los usuarios de este servicio (art. 1º), no ya únicamente para absorber el mayor costo de la gasolina, como lo previó la legislación anterior, sino el alza de toda clase de costos y gastos como el propio decreto lo especifica.

"El artículo 4º del decreto señala que dicho subsidio será administrado por la Corporación Financiera del Transporte, pero indica que 'el Gobierno nacional reconocerá mensualmente a la Corporación Financiera del Transporte el costo de la administración del subsidio', es decir ochocientos pesos mensuales ($ 800.00) por vehículo inscrito en el programa, según lo dispone el parágrafo de dicho artículo. El artículo 5º, por su parte, establece: 'Los remanentes que se presenten en la aplicación de los recursos entregados por el Gobierno nacional a la Corporación Financiera del Transporte, para el pago del subsidio, se reintegrarán a la Tesorería General de la República'.

"Se trata, pues, como surge de las disposiciones en mención y del concepto mismo del subsidio —el cual implica un pago efectuado por el Estado a particulares para sostener o incentivar determinada actividad— de un típico gasto público cuya creación ha debido someterse a las normas constitucionales pertinentes.

"El inciso 3º del artículo 210 de la Carta, referente al presupuesto nacional, prohíbe que en la ley de apropiaciones se incluya partida alguna 'que no haya sido propuesta a las respectivas comisiones y que no corresponda a un crédito judicialmente reconocido, o a un gasto decretado *conforme a ley anterior* (subraya la Corte), o destinado a dar cumplimiento a los planes y programas de desarrollo de que trata el ordinal 4º del artículo 76'.

"Por su parte, el artículo 207 de la Carta Política señala perentoriamente: 'No podrá hacerse *ningún gasto público* (subraya la Corte)

que no haya sido decretado por el Congreso, por las Asambleas Departamentales o las Municipalidades...'

"Además, es competencia del Congreso 'establecer las rentas nacionales *y fijar los gastos de la administración*' (art. 76-13) y le está prohibido 'decretar en favor de ninguna persona o entidad gratificaciones, indemnizaciones, pensiones ni otra erogación que no esté destinada a satisfacer créditos o derechos reconocidos con arreglo a la ley preexistente, salvo lo dispuesto en el artículo 76, inciso 20' (art. 78-5 Const. Nal.).

"En consecuencia, el subsidio, que es una carga pública no se podía 'asumir por el erario nacional' a través de un decreto del presidente de la República, ni aún revestido de autorizaciones especiales del artículo 76, ordinal 11 de la Carta, como lo estaba para dictar el Decreto 1277 de 1971, pues esta es una función de la ley, ordinaria o habilitada debidamente no susceptible de ser ejercida por el ejecutivo como tal, según claro mandato del artículo 207 de la Constitución".

A pesar de la determinación de la honorable Corte Suprema de Justicia y el mismo día en que se produjo su decisión, el señor ministro de Obras Públicas y Transporte profirió la Resolución número 8400 acusada con fundamento en la ley y en especial en las facultades conferidas por la Ley 64 de 1967, artículo 5º, parágrafo 2º, la Ley 30 de 1982, artículo 7º y el artículo 3º del Decreto reglamentario 1013 de 1982, fijando los valores del subsidio al transporte colectivo y urbano y retirando del programa algunos buses subsidiados por el Estado. Es decir, esa resolución constituye una clara reproducción por parte de un ministro del despacho de normas que fueron declaradas inexequibles por la honorable Corte Suprema de Justicia, lo que en cierta forma implica situarse en rebeldía frente a una determinación de una corporación judicial cuya decisión de 8 de septiembre de 1988 en verdad aparece desconocida a través de ese acto administrativo.

El señor ministro dice apoyarse en el parágrafo segundo del artículo 5º de la Ley 64 de 1967, norma que fue derogada expresamente por el artículo 8º de la Ley 30 de 1982, y en el artículo 7º de esa misma ley que evidentemente no autoriza al señor ministro para crear el subsidio y regular su operancia, ya que esa disposición solamente dice que "el Fondo Vial Nacional pagará a la Corporación Financiera del Transporte una suma no superior al cinco por ciento (5%) de la participación de que habla el artículo segundo de esta ley con destino al subsidio del transporte urbano colectivo". Pero ese destino del 5% al subsidio del transporte es obvio que está supeditado, como bien lo explica la honorable Corte Suprema de Justicia en su sentencia, a la existencia, de la ley previa que lo consagre a términos de los artículos 207 y 210 de la Constitución Nacional. Se requiere el soporte legal, que hoy no existe, por virtud de la inexequibilidad de los Decretos 1277 de 1971 y 588 de 1978.

Basta leer la Ley 30 de 1982 para apreciar que ella no crea el subsidio del transporte urbano colectivo ni tampoco la obligación o

la causa de su cubrimiento por parte de la Nación; y lógicamente que lo previsto en su artículo séptimo depende de la ley anterior que haya decretado el gasto, puesto que mal puede pensarse que esa ley reemplazó las normas declaradas inexequibles por la honorable Corte.

Lo cierto es que el Gobierno nacional en virtud de la declaratoria de inexequibilidad de los Decretos 1277 de 1971 y 588 de 1978 perdió la atribución de regular todo lo relativo al subsidio, puesto que este desapareció de la escena jurídica por esa determinación de la Corte Suprema de Justicia y así, ante la falta de autorización legal para crearlo, mal podía la Resolución número 8400 de septiembre 8 de 1988 expedida por el señor ministro de Obras Públicas y Transporte hacerlo y disponer en su artículo primero que "La Corporación Financiera del Transporte, pagará en las ciudades actualmente inscritas en el *Programa de Subsidio,* a los propietarios de buses que presten regular y exclusivamente el servicio de transporte público colectivo urbano y que estén actualmente vinculados a empresas de transporte, un subsidio mensual según los modelos y de acuerdo con la siguiente tabla..."

Por último el Decreto reglamentario 1013 también invocado en la resolución enjuiciada, tampoco adscribe al Ministerio de Obras Públicas la facultad de crear obligaciones a cargo del tesoro público, y mal podría hacerlo un simple decreto reglamentario.

Ahora bien, la Resolución 8400 de 1988 conforme el análisis que aquí se ha hecho y como lo estima la demandante, viene a constituir un acto preparatorio orientado a producir actos definitivos ilegales e inconstitucionales, puesto que contienen una orden para la Corporación Financiera del Transporte de pagar el subsidio a los propietarios de buses que presten regular y exclusivamente el servicio de transporte público colectivo urbano en las ciudades inscritas en el programa, subsidio que no tiene existencia jurídica, con dineros que perdieron esa destinación; y actos de esa índole, de operar en la práctica, no serían susceptibles de recurso alguno dentro de la normatividad procesal. Se configura entonces a plenitud la situación planteada en el numeral primero del artículo 153 del Código Contencioso Administrativo, que impone la suspensión provisional en prevención del acto preparatorio o de trámite que dispuso el pago de un subsidio mensual por parte de la Corporación Financiera del Transporte.

Y en razón de lo dicho,

Se resuelve:

1º *Decretar la suspensión provisional en prevención* de la Resolución número 8400 expedida por el señor ministro de Obras Públicas y Transporte el 8 de septiembre de 1988 "Por la cual se fijan unos *valores de subsidio al transporte colectivo urbano y se retiran del programa algunos buses subsidiados por el Estado".*

2º Como consecuencia de lo anterior, ofíciese al señor Ministro de Obras Públicas y Transporte y a la Corporación Financiera del Transporte, a fin de que se abstengan de dar cumplimiento al acto cuya suspensión provisional en prevención se decreta en el numeral anterior.

Cópiese y notifíquese.

Samuel Buitrago Hurtado.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

SUSPENSION PROVISIONAL. SINDICATO. PERSONERIA JURIDICA. Suspensión.

Habiendo desaparecido de la vida jurídica la facultad extraordinaria del ministro para suspender la personería del sindicato, al confirmarla, quebrantó ostensiblemente la Ley 26 de 1976 aprobatoria del Convenio Internacional número 87 de la O.I.T., artículo 4º.

SUSPENDE PROVISIONALMENTE los efectos de las Resoluciones 4064 de octubre 27 de 1988 y 4988 de diciembre 26 de 1988 dictadas por el ministro del Trabajo y Seguridad Social, mediante las cuales suspende por el término de un año la personería jurídica otorgada a SINTRAELECOL.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., veintiuno de febrero de mil novecientos ochenta y nueve.

SALA UNITARIA

Referencia: Expediente número 4016. Resoluciones Ministeriales.

Actor: Sindicato de Trabajadores de la Electricidad de Colombia.

"SINTRAELECOL".

I

Por haber sido presentada con el lleno de las formalidades y de los requisitos, *admítese* la demanda que, en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho (art. 85 C.C.A.) y a través de apoderado judicial debidamente constituido, ha incoado el Sindicato de Trabajadores de la Electricidad de Colombia —"SINTRAELECOL"— contra las Resoluciones números 4064 de 27 de octubre de 1988 y 4988 de 26 de diciembre de 1988, dictadas por el ministro de Trabajo y Seguridad Social. En consecuencia, *se dispone:*

1º Notifíquese personalmente al señor ministro de Trabajo y Seguridad Social;

2º Notifíquese personalmente al señor agente del Ministerio Público —Fiscal Cuarto de la Corporación—;

3º Fíjese en lista por el término de diez (10) días para que los demandados y los intervinientes puedan contestar la demanda, proponer excepciones o solicitar la práctica de pruebas;

4º Solicítese a la autoridad correspondiente el envío de los antecedentes administrativos de los actos acusados;

5º Tiénese al doctor Marcel Silva Romero como apoderado judicial del Sindicato de Trabajadores de la Electricidad de Colombia —"SINTRAELECOL"—.

II

En cuanto hace a la suspensión provisional que igualmente se solicita por el libelista, se tiene:

A) Dice el peticionario que es "evidente y palmario" el perjuicio recibido por el sindicato al habérsele "suspendido la personería jurídica por un año";

B) Que es manifiesta la violación de normas superiores como son la Ley 26 de 1976, aprobatoria del "Convenio Internacional número 37 de la O. I. T.", en su artículo 4º; del artículo 17 de la Ley 11 de 1984; del artículo 3º de la Ley 153 de 1887; del artículo 26 de la Constitución Política; del artículo 20 del Código Sustantivo del Trabajo, sobre todo en lo que respecta a la última resolución impugnada, por cuanto a la fecha de su expedición —26 de diciembre de 1988— ya se había expedido y estaba en vigencia, el Decreto 2620 de 20 de diciembre del mismo año, derogatorio expreso del Decreto 2201 de 25 de octubre anterior.

C) En cuanto a la suspensión provisional más concreta de la Resolución 4064 de 27 de octubre de 1988, aduce el demandante que, además del Decreto (legislativo) número 2201 de 1988, en dicho acto se invocó el artículo 1685 de 1985 a pesar de que este había sido derogado por aquel, por lo que las facultades para suspender las personerías jurídicas de los sindicatos en el cese de actividades de 27 de octubre "solamente provenían" de él, ya que "según el artículo 3º de la Ley 153 de 1887 se estima insubsistente una disposición legal por existir una ley nueva que regule íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería".

Para resolver, se considera:

La medida de la "suspensión provisional" de los efectos de un acto administrativo que señala el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, tiene lugar cuando haya una manifiesta violación de una norma superior, que se pueda percibir a través de una sencilla comprobación o del examen de las pruebas aportadas; que si la acción ejercitada es distinta de la de nulidad, debe aparecer, aunque sea

sumariamente, el perjuicio que sufre o podría sufrir el actor; que se solicite y sustente expresamente en la demanda o en escrito separado antes de dictarse el auto admisorio de aquella.

"Ahora bien, en el caso *sub lite* obsérvase que es palmar que cuando fue expedida la Resolución número 4988 de 26 de diciembre de 1988, que decidió "confirmar, en todas sus partes, la Resolución 4064 de 27 de octubre de 1988 proferida por este despacho por la cual se suspendió por el término de (1) año la personería jurídica de la organización sindical denominada 'Sindicato de Trabajadores de la Electricidad de Colombia —SINTRAELECOL—', ante el recurso de reposición que oportunamente había interpuesto el sindicato afectado, estaba en vigencia plena el Decreto (legislativo) número 2620 de 20 de diciembre de 1988 (Diario Oficial núm. 38.621 de la misma fecha) que derogó los Decretos (legislativos) 2200 y 2201 de 1988, siendo este último uno de los que sirvieron de apoyo al Ministerio para sancionar, en la forma en que lo hizo, al mencionado sindicato. Entonces habiendo desaparecido de la vida jurídica la facultad extraordinaria del ministro para suspender la personería del sindicato, al confirmarla, quebrantó ostensiblemente la Ley 26 de 1976, aprobatoria del Convenio Internacional número 87 de la O.I.T., artículo 4º, que a la letra dice: 'Las organizaciones de trabajadores y de empleadores no están sujetas a disolución o suspensión por vía administrativa' ".

Dado, por ende, que a través del precedente y somero examen se concluye acerca de la violación de norma superior en la suspensión de los actos administrativos acusados, que el perjuicio ocasionado por la suspensión *pro témpore* de la personería jurídica es notorio; que se ha solicitado y sustentado expresamente, y que la medida precautelar no está prohibida por la ley,

Se resuelve:

Suspéndese provisionalmente los efectos de las Resoluciones 4064 de 27 de octubre de 1988 y 4988 de 26 de diciembre de 1988, dictadas por el señor ministro de Trabajo y Seguridad Social, mediante las cuales se suspende por el término de un año la personería jurídica otorgada por Resolución número 1983 de 3 de julio de 1975 a la organización "Sindicato de Trabajadores de la Electricidad de Colombia —SINTRAELECOL—" y se confirma esta sanción, respectivamente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Alvaro Lecompte Luna.

Miguel A. Perilla P. Secretario Sección II.

CAPITULO VII

ACTOS DE OTRAS AUTORIDADES

DEL ORDEN NACIONAL

RECURSOS NATURALES RENOVABLES. FAUNA SILVESTRE.

En vigencia la veda de comercialización, no se puede comercializar medidas o productos de estos, aunque hayan sido obtenidos con anterioridad a la fecha en que entró en rigor la veda de caza. Al autorizar la resolución acusada la movilización y comercialización de los productos de la fauna silvestre vedados por resoluciones anteriores, se violó manifiesta el literal C del artículo 265 del Decreto legislativo 2811 de 1974.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., dieciseis de enero de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Guillermo Benavides Melo.*

Referencia: Expediente número 199.

Actor: Alvaro León Cajiao Bolaños —Fiscal Primero del Consejo de Estado.

I. Antecedentes:

El señor Fiscal Primero del Consejo de Estado presentó demanda para obtener la nulidad de la Resolución número 1362 de 1983 (septiembre 28) expedida por el gerente general del Instituto de Desarrollo de los Recursos Naturales Renovables y por medio de la cual "se otorga un permiso especial a la firma PRODELTA Limitada domiciliada en Barranquilla para movilización y comercialización de la fauna silvestre. De igual manera pidió suspensión provisional del acto acusado. Admitida la demanda, ejecutoriado el auto que dispuso la suspensión provisional y adelantado el proceso normalmente, cuando el expediente se hallaba al despacho para resolver sobre apertura a pruebas, resultó incinerado en los trágicos acontencimientos de noviembre de 1985 que destruyeron el Palacio de Justicia. Decretada la reconstrucción del proceso a petición del actor, este fue abierto a pruebas y tramitado de allí en adelante en su totalidad. Como no se encuentra causal de nulidad que afecte la actuación, procede la Sala a resolver de fondo.

II. Al acto acusado:

La Resolución número 1362 de 1983 mencionada, dispuso en su parte resolutiva:

"*Artículo primero.* Otorgar permiso especial a la firma PRODELTA Ltda., con sede en la ciudad de Barranquilla, por el término de 24 meses contados a partir de la fecha de expedición de la presente resolución, para que lleve a efecto la movilización y comercialización total de los productos de fauna silvestre y vedados mediante Resoluciones números 847, 848 y 849 de 6 de agosto de 1973, así como de aquellos productos de fauna silvestre vedados, introducidos al país bajo el amparo de los contratos del Plan Vallejo, inventariados por Resolución número 1151 de 11 de octubre de 1973, que se encuentran registrados en los libros de control de existencias a cargo de la División de Fauna Terrestre del INDERENA.

"*Artículo segundo.* Previa cada movilización y comercialización de los productos de fauna silvestre adquiridos por la firma permisionaria a la firma Mendal Hermanos autorizada en el artículo anterior, la División de Fauna Terrestre, con el concurso de la Oficina Nacional de Control y Vigilancia del INDERENA, deberán practicar un inventario de tales productos, a fin de ser incluidos en los libros de registro y control de existencias de la firma PRODELTA Ltda., considerándose en consecuencia que una vez concluida la operación comercial entre las citadas firmas, las existencias de productos de fauna silvestre de la firma Mendal Hermanos, se darán por agotadas.

"*Artículo tercero.* De acuerdo a lo dispuesto en el artículo primero de esta resolución, la vigencia de este permiso no podrá exceder de 24 meses, contados a partir de la fecha de su expedición. Vencido dicho término, se practicará el decomiso de todo producto de fauna silvestre que se ampare en esta providencia, de conformidad a lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 72 del Decreto 1608 de 1978.

"*Artículo cuarto.* Para dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente providencia únicamente se autorizará la movilización y comercialización de pieles enteras, o fracciones de estas, que deben provenir también de pieles enteras de forma tal que sea factible realizar los descuentos correspondientes a tales productos en los saldos consignados en los libros de control de existencias de la firma PRODELTA Ltda.

"*Artículo quinto.* El procedimiento administrativo interno que deberá seguirse durante la vigencia del presente permiso será el siguiente:

"a) El representante legal de la firma deberá presentar directamente la solicitud ante la División de Fauna Terrestre del Instituto señalado que invoca el permiso especial de que trata la presente providencia.

"b) La División de Fauna Terrestre dentro de los dos días siguientes de presentada la solicitud y previa confrontación con los libros de control de existencias, indicará a la gerencia general, si la firma PRODELTA Ltda., cuenta con existencias suficientes e inventariadas para amparar su petición.

"c) La gerencia general, si la firma solicitante posee en los inventarios las existencias suficientes, procederá a impartir el visto bueno a los respectivos documentos, que autorizan realizar la operación. Si no hubieren las existencias necesarias se devolverá la solicitud a la División Legal de Recursos para que expida la providencia necesaria, que indique al peticionario, las razones por las cuales se rechaza la solicitud.

"d) Para toda exportación autorizada mediante el permiso especial de que trata la presente resolución, el interesado deberá dar aviso a la División de Fauna Terrestre quien coordinará lo pertinente con la Oficina Nacional de Control y Vigilancia, de la fecha, hora y lugar por donde saldrán del país los productos faunísticos, con el fin de que se tomen las medidas necesarias para dar estricto cumplimiento de lo dispuesto en la presente providencia.

"*Artículo sexto.* Esta resolución rige a partir de la fecha de su expedición y deberá ser publicada en el *Diario Oficial*".

III. La demanda:

Sostiene el señor agente del Ministerio Público que el acto acusado es violatorio de los artículos 20 y 67 de la Constitución Política; 172 y 175 del Decreto ley 444 de 1967; 99 de la Ley 167 de 1941 (hoy 158 del C. C. A.); literal e) del artículo 265 del Decreto ley 2811 de 1974; 72 del Decreto reglamentario 1608 de 1978; parágrafo 1º del artículo 28, y literales c) y s) del artículo 43 del Acuerdo 20 de 1969 expedido por el INDERENA; y artículo 2º del Acuerdo número 25 de 1982 proferido por el mismo establecimiento público.

Según enumeración de los hechos, en el año de 1973 el INDERENA a través de las Resoluciones números 847, 848, 849, 1151 y 1167 "estableció prohibiciones y vedas para la caza de algunas especies, y restricciones a la comercialización de los productos derivados de la fauna silvestre", ordenó la realización del inventario físico de las existencias de animales vivos de la fauna silvestre y de productos derivados de las especies a que se refieren esas mismas resoluciones, y estableció un visto bueno para las exportaciones de los productos faunísticos, previamente inventariados.

Posteriormente el Consejo de Estado, Sección Primera de lo Contencioso Administrativo, declaró en sentencia de octubre 18 de 1978, la nulidad de los artículos 1º y 8º de la Resolución 1151 y del artículo

único de la Resolución 1167, eliminando la posibilidad de elaborar el inventario físico de fauna y productos derivados.

Las disposiciones del Decreto 1608 de 1978 y de las Resoluciones 830 de 1982 y 1555 del mismo año, dictadas por el INDERENA precisan cómo, a través de permiso especial, era posible, excepcionalmente y con el único objeto de terminar existencias que hubieran sido formalmente inventariadas antes de las fechas en que se iniciaban las vedas, movilizar y comercializar especies dentro de un breve plazo de cinco meses a partir de la Resolución 830, ampliado a ocho por la número 1555. Las anteriores disposiciones son de carácter general y abstracto. Sin embargo, el acto acusado, entre otros vicios, incurre en el de otorgar permiso especial a la firma PRODELTA Ltda., para movilizar y comercializar productos comprendidos en la veda, por un término de 24 meses contados a partir de la fecha de su expedición.

En documentados y serios argumentos, la demanda precisa el concepto de la violación, argumentos que serán tenidos en cuenta en cuanto sea necesario.

IV. La impugación:

Uno de los interesados, la firma Mendal Hermanos, a través de apoderado presentó escrito para sustentar recurso de súplica contra el auto que dispuso la suspensión provisional del acto acusado, mas no se opuso a la demanda misma, según se desprende de las distintas piezas que obran en el expediente reconstruido. Posteriormente se limitó a pedir decreto de terminación del proceso por considerar que la resolución demandada perdió su fuerza ejecutoria en virtud de haber perdido también su vigencia por agotamiento del plazo dentro del cual debería ejecutarse.

V. La intervención del INDERENA:

El Instituto de Desarrollo de los Recursos Naturales Renovables —INDERENA—, también se limitó a pedir que se le tuviera como parte y a ofrecer colaboración para la reconstrucción del expediente.

VI. Consideraciones del Consejo de Estado:

6.1. No le asiste razón al apoderado de Mendal Hermanos cuando solicita la terminación del proceso. A esta altura del mismo, la suspensión provisional decretada por el despacho en auto de noviembre 2 de 1984 se encuentra vigente, toda vez que su contenido fue confirmado por la Sala de decisión en providencia de octubre 12 de 1985 (ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez), lo cual implica que los interesados no pudieron nunca movilizar y comercializar los productos de la fauna silvestre a que se refiere la Resolución número 1362 de 1983 acusada en la demanda, y si lo hicieron, violaron otras

normas, lo cual ameritaría el adelantamiento de las investigaciones a que hubiere lugar. De manera que resolver sobre la legalidad o ilegalidad de ese acto administrativo tiene evidente importancia y de ninguna manera implicaría decidir sobre actuación administrativa no sometida a control jurisdiccional por razón de sustracción de materia.

6.2. Como quiera que el auto de octubre 12 de 1985 a que ya se hizo referencia, y por medio del cual fue confirmada la decisión de suspender provisionalmente los efectos de la resolución acusada, envuelve un estudio metódico y completo sobre la legalidad de la misma, estima ahora la Sala que basta la transcripción de los siguientes apartes fundamentales de aquella providencia, para resolver de fondo el presente asunto:

"La obligación de llevar inventarios o registros de información que posean sobre las personas naturales o jurídicas que se dediquen a la comercialización de especies y productos de la fauna silvestre no ha desaparecido, por el contrario, como bien lo afirma el recurrente, a ellos se refieren los artículos 263 del Decreto ley 2811 de 1974 y 71 y 72 del Decreto reglamentario 1608 de 1978, pero es necesario precisar que tales inventarios tienen por finalidad facilitar el ejercicio de un control, por parte del INDERENA, sobre el desarrollo de tal actividad de conformidad con la licencia expedida al efecto, pero no permitir que establecida una veda se pueda continuar comercializando la especie y los productos a que ella se refiere. Sostener lo contrario es desconocer abiertamente el literal e) del artículo 265 del Decreto 2811 citado.

"De otra parte, es evidente que en aplicación del artículo 30 de lo Constitución Nacional y, más específicamente para el caso que nos ocupa, del artículo 4º del Decreto 2911 se reconocen los derechos adquiridos por particulares con arreglo a la ley sobre los elementos ambientales y los recursos naturales renovables, pero ello no implica que el ejercicio de tales derechos no tenga limitantes, por el contrario, el mismo artículo 4º prevé su sometimiento a un reglamento que al mismo tiempo que hace efectivos tales derechos, permite al estado la intervención necesaria para la preservación y manejo del elemento o recurso. Precisamente, las Resoluciones números 847, 848 y 849 de 6 de agosto de 1973, con el fin de garantizar los derechos adquiridos sobre las especies y los productos obtenidos antes de la veda de caza, establecen fechas distintas para la vigencia de la veda de caza y de la veda de comercialización, fijando entre estos dos extremos un lapso que se consideró suficiente para que fueran comercializados los individuos y productos de la respectiva especie animal. Vencida la última fecha, es decir, en vigencia la veda de comercialización, no se puede comercializar individuos o productos de éstos aunque hayan sido obtenidos con anterioridad a la fecha en que entró en vigor la veda de caza y que es lo que pretende la Resolución 1362 acusada.

"Obsérvese cómo se produjo, por parte del Consejo de Estado, con fecha 18 de octubre de 1978, la declaratoria de nulidad de los ar-

tículos 1º de la Resolución número 1151 y único de la Resolución 1167 de 1973, el último subrogatorio del artículo 7º de la resolución primeramente citada, ya que las dos disposiciones interpretadas conjuntamente permitían comercializar, después de la veda, productos previamente inventariados, desconociendo la prohibición consagrada en el artículo 43, literales c) y s) del Acuerdo número 20 de 1969 vigente para la época de expedición de tales resoluciones y, hoy reiterada en el artículo 265, literal e) del Decreto ley 2811 de 1974 tantas veces mencionado.

"Como se deduce de lo anterior, al autorizar la Resolución 1362 de 1983 acusada, la movilización y comercialización de los productos de la fauna silvestre vedados por las Resoluciones 847, 848 y 849 de 1973, se violó manifiestamente el literal c) del artículo 265 del Decreto ley 2811 de 1974.

"... ... ...

"El Acuerdo número 20 de 1969 que contenía el estatuto de Fauna Silvestre y Caza del Instituto de Desarrollo de los Recursos Naturales Renovables —INDERENA—, se encontraba, a la fecha de la expedición de la resolución impugnada, subrogado por el Decreto ley 2811 de 1974, razón por la cual mal podía dicha providencia incurrir en violación de los artículos 28, parágrafo 1º, y 43, literales c) y s) del acuerdo citado.

"La Resolución 1362 de 1983 en su artículo 5º, literal d) permite la exportación de los productos faunísticos comprendidos en ella sin el previo cumplimiento del requisito establecido por el artículo 2º del Acuerdo número 25 de 1982, expedido por la junta directiva del INDERENA, el cual exige para impartir visto bueno y autorizar la comercialización a nivel internacional de tales productos, de la existencia previa de un reglamento y procedimiento que debieron ser soportes de la resolución impugnada, o como dice el demandante: que se echan de menos en el acto que se acusa.

"Es claro que la existencia del reglamento y del procedimiento en cuestión son condiciones indispensables para que el INDERENA con base en ellos otorgue el visto bueno y autorice la comercialización a nivel internacional, no que cada visto bueno o cada autorización requiera el conocimiento previo y la autorización de la junta directiva como pretende afirmar el recurrente que se sostiene tanto en la demanda como el auto que decretó la suspensión provisional.

"La Resolución 1362 de 1983 demandada, reproduce en esencia las mismas disposiciones de los artículos 1º de la Resolución 1151 y único de la Resolución 1167 de 1973, los cuales, como ya se anotó, fueron declarados nulos por esta Corporación, según sentencia de 18 octubre de 1978, con lo cual se violó ostensiblemente la prohibición contenida en el artículo 99 de la Ley 167 de 1941, vigente para la fecha de expedición de la Resolución 1362 y hoy contenida en el artículo 158 del Decreto ley 01 de 1984" (fls. 134 a 138).

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

Falla:

Primero. Declárase la nulidad de la Resolución número 1362 de 28 de septiembre de 1983, expedida por el gerente general del Instituto de Desarrollo de los Recursos Naturales Renovables —INDERENA—, por medio de la cual se otorgó permiso especial de movilización y comercialización de productos de la fauna silvestre a la firma PRODELTA Limitada, con sede en la ciudad de Barranquilla —Zona Franca Industrial y Comercial—, adquiridos a la firma Mendal Hermanos, según los considerandos de la misma resolución.

Segundo. El Instituto de Desarrollo de los Recursos Naturales Renovables averiguará si no obstante la orden de suspensión provisional del acto declarado nulo, los interesados ejecutaron actos de los que autorizó la Resolución 1362 de 1983 y, en caso afirmativo, procederá en consecuencia y conforme a las disposiciones legales que le asignan competencia para intervenir en relación con las violaciones a las normas protectoras de los recursos naturales.

Tercero. Ejecutoriada esta providencia, envíese copia de la misma a la Procuraduría General de la Nación para que, si lo juzga conveniente, investigue el cumplimiento o no de lo dispuesto en la providencia que ordenó la suspensión provisional de los efectos de la Resolución 1362 de 1983 de que trata este fallo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de 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.

Los consejeros,

Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Samuel Buitrago Hurtado, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

COOPERATIVAS. CREDITOS. Limitaciones.

No se pueden hacer limitaciones que no trae el estatuto de las cooperativas (Decreto 1598 de 1963), como limitar al 50% los descuentos permisibles por concepto de libranzas o pagarés emitidos a favor de las cooperativas o descuentos de cooperativas limitados al número de dos.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., diecinueve de enero de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja.*

Referencia: Expediente número 366.

Actor: Nelson Parra Leyva.

I. Antecedentes:

El ciudadano Nelson Parra Leyva en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, formula demanda a fin de que se declare la nulidad de las circulares del Comando del Ejército determinadas de la siguiente manera:

Circular número 19175 CEDEI-SD-029 de 7 de marzo de 1984.

Circular número 30562 CEDEI-SD-029 de 24 de agosto de 1984.

Circular número 25383 CEDEI-SD-029 de 10 de septiembre de 1985.

Como fundamento de hecho trae la demanda los que se sintetizan así:

Que en la circular 19175 reseñada, se responsabiliza a los comandantes de las unidades para que la acumulación de créditos otorgada por libranzas, no pasen del 50% del sueldo líquido del deudor. Allí mismo se exige la firma de los contadores en las libranzas y la prohibición para autorizar descuentos a favor de dos o más cooperativas.

Que en la 30562 se exige que toda libranza lleve la firma del contador y el visto bueno del comandante de la unidad, ordenando también que no se tramitarán libranzas cuyo valor mensual sobrepase el 50% de los haberes del interesado.

Que por la número 25383 se dispusieron estas medidas:

"En las Escuelas de Formación de Oficiales y Suboficiales, no deben tramitarse libranzas al personal de alumnos, así estén próximos a ser ascendidos.

"4. Una persona sólo puede tener, por nómina *hasta dos descuentos* tramitados por el sistema de libranza. Se exceptúan los descuentos a favor de entidades adscritas al Ministerio de Defensa.

"5. En todo caso, la suma total de los descuentos de una persona no puede superar el 50% de sus haberes. Se debe ejercer vigilancia sobre los créditos personales, no sometidos a libranza, para que en ningún momento exceda este *porcentaje.*

"6. Las libranzas deben tener la firma, postfirma y el sello del contador y del comandante *titulares,* de la unidad de la cual son orgánicos el deudor y el codeudor".

Dice por último la demanda que con base en las circulares el Ministerio de Defensa ha devuelto y rechazado libranzas del personal a su cargo.

En derecho se dice que tales disposiciones emanadas del Ministerio quebrantan entre otras cosas las siguientes normas superiores: los artículos 1º, 81, 85 y 93 del Decreto 1598 de 1963 en concordancia con los artículos 2º y 44 de la Constitución Nacional. También se cita y se adjunta fotocopia de la sentencia de la Corte de fecha 30 de junio de 1969, por medio de la cual se declaró exequible el artículo 85 del Decreto extraordinario 1598 de 1963.

"Artículo 85. Toda persona, empresa o entidad oficial o privada, estará obligada a deducir y retener de cualquier cantidad que se haya de pagar a sus trabajadores, las sumas que éstos adeuden a las cooperativas, siempre que tales trabajadores sean socios de la cooperativa acreedora y que la deuda y su causa consten en libranzas, pagarés, o cualquier otro documento debidamente firmado por el socio.

"Las sumas retenidas deberán ser entregadas a la Cooperativa acreedora por los tesoreros, habilitados o pagadores de tales entidades o empresas, dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha en que se realice la deducción, so pena de incurrir en las sanciones previstas en el literal h) del artículo 100 de este decreto.

A la demanda se le dio el trámite correspondiente dentro del cual se produjo, inicialmente y sin reclamo alguno la suspensión parcial de los actos demandados. Las partes formularon sus alegatos de conclusión así como el Fiscal Primero de la Corporación emitió su concepto de fondo que más adelante se relacionará. Y como no se observa causal que invalide lo actuado se procede enseguida al pronunciamiento de fondo de esta Sala.

II. El contenido de los actos acusados:

La primera en orden cronológico, la número 19175 de 7 de marzo de 1984 del Comando del Ejército, instruyó a los comandantes de unidad con "carácter de orden permanente" a fin de que la acumulación de créditos otorgados por libranzas no sobrepasen del 50% del sueldo del deudor para lo cual los contadores verificaron la nómina mensual. Así mismo expresa que no se podían autorizar descuentos a favor de dos o más cooperativas o bancos disponiendo que no se tramitarán las libranzas que no se ajusten a tales "requisitos". Al final de la circular se dice que el Comando del Ejército no pretende con tales medidas "interferir el proceso comercial" ni controlar el sueldo de los miembros del ejército, sino velar por el bienestar de los subordinados y sus familias y el nombre de la institución que representan.

La segunda, la número 30562 de 24 de agosto de 1984, complementa la anterior y establece en relación con las libranzas de las cooperativas que estas deberán contener la firma y sello del contador y el visto bueno del comandante de la respectiva unidad, reitera la limitación del descuento del 50% del salario por libranzas así como la disposición de abstenerse de procesar los documentos que se tramiten fuera de esos reglamentos.

Por medio de la circular número 25383 de 10 de septiembre de 1985 sobre "control de libranzas y descuentos" se dispuso, recogiendo las anteriores, lo siguiente:

"1. Verificar la situación económica de cada una de las personas, instruirlas y aconsejarlas antes de que contraigan deudas por elementos o servicios que no necesiten, que no puedan pagar, cuya adquisición pueda posponerse o que su costo no sea razonable. Así mismo, debe instruirse al personal sobre el peligro que representa firmar documentos en blanco o parcialmente elaborados.

"2. Como una medida de seguridad y protección, es necesario que los señores comandantes prohiban el acceso de vendedores de esta clase de bienes y servicios, a las instalaciones militares, ya que es obvio que toda organización seria debe tener una sede propia donde realizar esta clase de operaciones y no en forma ambulante.

"3. En las escuelas de formación de oficiales y suboficiales, no deben tramitarse libranzas al personal de alumnos, así estén próximos a ser ascendidos.

"4. Una persona sólo puede tener, por nómina, *hasta dos descuentos* tramitados por el sistema de libranza. Se exceptúan los descuentos a favor de entidades adscritas al Ministerio de Defensa.

"5. En todo caso, la suma total de los descuentos de una persona no puede superar el 50% de sus haberes. Se debe ejercer vigi-

lancia sobre los créditos personales, no sometidos a libranza, para que en ningún momento excedan *este porcentaje.*

"6. Las libranzas deben tener la firma, postfirma y el sello del contador y del comandante *titulares,* de la unidad de la cual son orgánicos el deudor y el codeudor.

"7. No se aceptan borrones o enmendaduras en los documentos. Así mismo, se exige completa legibilidad en las postfirmas y en los sellos, y las firmas deben ser en original".

III. Alegatos de las partes:

En su alegato, que obra al folio 67, el actor insiste en la nulidad de las circulares cuestionadas y critica especialmente los siguientes puntos de las mismas:

a) El numeral tercero de la última circular que dijo: "En las escuelas de formación de oficiales y suboficiales, no deben tramitarse libranzas al personal de alumnos, así estén próximos a ser ascendidos". Dice al respecto que partiendo de lo dispuesto en el Decreto ley 1598 de 1963 que las cooperativas de consumo son de carácter abierto y por consiguiente no puede haber disposiciones de las entidades como el ejército que le pongan cortapisas a la afiliación y que si se prohíbe tramitar libranzas que son los títulos valores que amparan las deudas se estaría impidiendo la asociación con lo cual se viola el artículo 85 del Decreto 1598 de 1963, amén del 16 *ibídem.* Concluye que la circular en el numeral 3º "desconoce la ley y ordena transgredirla" y se extiende en el concepto del derecho de asociación consagrado en el artículo 44 de la Constitución Nacional.

b) Se refiere el demandante a la exigencia de la firma del contador y el comandante titular de la unidad en las respectivas libranzas y sostiene que con esa medida "se está menoscabando la autonomía" y la libre administración de las cooperativas por parte de sus oficiales y razona de la siguiente manera:

"(...) cuando un socio cooperado suscribe un título valor como una libranza para respaldar una obligación adquirida, se está conformando un típico contrato cuyo principio inspirador conforme a nuestras leyes civiles es el de la *autonomía de voluntad.* Al respecto veamos lo que el Código Civil expresa al tenor del artículo 1602:

"Artículo 1602. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo, o por causas legales.

"Pues bien honorables consejeros: si ese contrato no es aceptado en todo o en parte por sus superiores y por ende le niega la firma, postfirma y sellos, se ve claramente que se presenta un vicio del consentimiento y es así como realmente está ocurriendo, es decir, que

los socios adquieren un servicio pero su deseo se les frustra cuando el comandante y contador les niega la firma, postfirma y sellos, o en su defecto, también cuando lo acepta parcialmente. Las cooperativas a través de los Consejos de Administración son las únicas que en ejercicio pleno de su autonomía pueden reglamentar todo lo concerniente a las garantías que deben llenar los obligados y los requisitos que deben cumplir, como el cupo, tiempo de servicio, capacidad para endeudamiento, etc. Una vez concedido al socio su servicio, la pagaduría del Ministerio de Defensa debe limitarse a descontar rigurosamente, como lo prescribe el artículo 85 tantas veces citado el cual es tan claro y diáfana su interpretación, que no le permite a nadie crear óbices o entrabamientos o prerrequisitos a las retenciones. Este artículo es tan amplio en su concesión, que habla de deuda que conste en libranzas, pagarés o cualquier otro documento firmado por el socio. No se puede caprichosamente dar interpretaciones erradas a la ley ni aplicaciones acomodaticias, puesto que donde el legislador no distingue, no le es dado distinguir al intérprete".

c) Se contrae este cargo a la circular número 19175 que prohíbe la autorización para pertenecer a dos o más cooperativas indiscriminadamente, con violación de lo dispuesto en el artículo 56 del Decreto 1598 que establece la prohibición de pertenecer a dos o más cooperativas cuyos fines sean idénticos.

d) Por último, el alegato en comento ataca el numeral 4º de la circular 15383 que limita a dos los descuentos por libranzas en las nóminas del ejército. Aduce al respecto que la intención de ese numeral es proclive, en cuanto otras entidades ajenas a la cooperativa pueden hacer sus negocios con la anuencia del Ministerio por el sistema de libranzas y tan pronto se completen los documentos por esa modalidad se rechazarán de plano los demás títulos valores con violación del artículo 85 del Decreto 1598.

De su lado, el Ministerio de Defensa por conducto de apoderado debidamente constituido, impugnó el fundamento mismo de la demanda instaurada y en los apartes de su alegato dijo:

"El gran número de solicitudes de descuentos por nómina para cancelar crédito por libranza, determinó que la entidad dictara en forma interna los reglamentos que precisamente contienen las circulares impugnadas, y estableció los requisitos mínimos para la efectividad de los descuentos y es así que entre otros ordenó que las libranzas deben ser firmadas por el comandante de la unidad aceptadas y firmadas por el pagador, y evitar de esta forma que los usuarios se obligaran más allá de su capacidad crediticia. De manera que todas estas previsiones, lejos de convertirse en obstáculo al derecho de asociación, procuran más bien dar seguridad a las cooperativas de recuperar sus inversiones cuando otorgan créditos a personal de las Fuerzas Militares.

"En relación con las sumas que pueden comprometer al trabajador a favor de entidades crediticias las circulares evidentemente es-

tablecen hasta un 50% como tope máximo, pero esta limitación si bien no se prevee en los Decretos 0089 y 2247 de 1984, estatuto de la Carrera de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y Estatuto del Personal Civil respectivamente, guardan estricta consonancia con el numeral 9 del artículo 5º Código Sustantivo del Trabajo y artículo 12 del Decreto 3130 de 1968, textos que se relacionan con la protección de los salarios de los trabajadores, de suerte que se puede hacer prevalecer, en lo pertinente, el sentido de estos textos legales y ampliar su aplicación al caso *sub lite* considerando que nuestro sistema jurídico es abierto susceptible de ampliarse mediante la interpretación".

IV. Concepto fiscal:

El señor Fiscal Primero de la Corporación en su escrito que obra al folio 80 del proceso, solicita que se declaren nulas las normas contenidas en los numerales 1, 2, 3, 4 y 5 de la circular 19175 CEDEI-SD-029 de 7 de marzo de 1984; 1 y 2 de la número 30562 de 24 de agosto de ese mismo año y 3, 4, 5, 6 y 7 de la número 25383 de 10 de septiembre de 1985 en cuanto implican restricciones ilegales al derecho de disponer del salario como a bien se tenga.

Critica especialmente lo concerniente a la orden de limitar al 50% los descuentos por libranzas de cooperativas, expresando que viola flagrantemente el artículo 85 del Decreto ley 1598 de 1963 que no fijó ningún tipo de restricción en la materia y en cuanto a las firmas exigidas en las libranzas de los contadores, aduce que fuera de transgredir el régimen de títulos valores, ello se opone al régimen existente de libertad contractual consagrado en el supradicho Decreto 1598 de 1963 y 2059 de 1968 así como los pertinentes del Código Civil.

V. Consideraciones de la Sala:

En orden a la decisión que habrá de adoptarse en el caso *sub lite,* precisa discriminar el contenido de los actos acusados, según los cargos concretamente expresados en la demanda y en el alegato de fondo presentado por el actor el cual se reduce fundamentalmente a los siguientes puntos:

A) Si se pueden limitar al 50% los descuentos permisibles por concepto de libranzas o pagarés emitidos a favor de las cooperativas tal como lo disponen las circulares impugnadas.

B) Si igualmente se pueden limitar los descuentos de cooperativas al mínimo de dos "tramitados por el sistema de libranzas" como así lo dispuso la circular número 25383 de 10 de septiembre de 1985.

C) Si es legal lo dispuesto en la circular precitada en cuando determina que en las escuelas de formación de oficiales y suboficiales no deben tramitarse libranzas.

D) Si es correcta la exigencia impuesta en las circulares de la firma y sello del contador y comandante titular de la unidad en las libranzas.

E) Los otros puntos expresados en las circulares quedarían implícitamente comprendidos al resolver los anteriores, o no constituyen órdenes, sino simples recomendaciones rutinarias sin los efectos propios de un acto administrativo susceptibles de pronunciamiento de esta jurisdicción.

A) Limitación del 50% del sueldo de los deudores por libranza por cobrar al personal militar del Ministerio de Defensa.

En el auto admisorio de la demanda de 2 de octubre de 1987 pronunciado en este proceso, al acceder parcialmente a la solicitud de suspensión provisional del texto íntegro de las circulares demandadas, en términos que cobran plena actualidad, se dijo lo siguiente:

"El actor considera que los actos acusados violan flagrantemente el artículo 85 del Decreto ley 1598 de 1963, citando también los artículos 16 y siguientes de la Constitución Nacional, así como el 44 de la misma obra.

"El artículo 85 expresa:

"Toda persona, empresa o entidad oficial o privada estará obligada a deducir y retener de *cualquier cantidad* que haya de pagar a sus trabajadores, la suma que éstos adeuden a las cooperativas, siempre que tales trabajadores sean socios de la cooperativa acreedora y que la deuda y su causa consten en libranzas, pagarés, o cualquier otro documento debidamente firmado por el socio.

"Las sumas retenidas deberán ser entregadas a la Cooperativa acreedora por los tesoreros habilitados o pagadores de tales entidades o empresas, dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha en que se realice la deducción, so pena de incurrir en las sanciones previstas en el literal b) del artículo 100 de este decreto".

"Se trata, pues, de saber si confrontada esa norma en especial con las circulares objeto de la demanda surge clara y nítidamente una violación de normas superiores que siendo vigentes dan lugar a la suspensión provisional en los términos del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo.

"No se necesita de mayor discernimiento para ver que las circulares en mención desconocieron dicho precepto con la simple comparación en cuanto en aquellas se ordena limitar al 50% los descuentos permisibles por concepto de libranzas de cooperativas y la norma establece la obligación de retener 'cualquier cantidad' sin limitación alguna.

"Se comprende el interés de los mandos superiores para evitar los abusos que puedan cometerse con el personal militar a su cargo, especialmente de grados inferiores, pero entre la norma existente general y obligatoria y la conveniencia general, debe prevalecer aquella.

"De otra parte, vale la pena anotar que respecto a los empleados públicos y trabajadores oficiales rige sobre el particular el artículo 12 del Decreto 3135 de 1968 expedido por el ejecutivo en uso de las facultades conferidas por la Ley 65 de 1967, que excluye de las deducciones ordenadas a los sueldos de empleados y trabajadores, cuando afecte al salario mínimo legal o la parte inembargable del salario conforme a la misma norma. Pero si esta disposición, no rige para el personal civil de la institución armada (Decreto 3139 de 1968 aclaratorio del 3135), con mayor razón queda fuera del alcance del personal militar al cual se contraen principalmente las circulares cuya nulidad se demanda, siendo que el régimen prestacional de estos últimos obedece a su propio estatuto".

Por manera que la Sala al reiterar estos razonamientos habrá de declarar la nulidad correspondiente por ser el ordenamiento de que trata el presente capítulo ostensiblemente violatorio del artículo 85 del Decreto ley 1598 de 1963, como se ha dicho.

B) Solamente se pueden hacer dos descuentos por libranzas de cooperativas según las circulares del Comando del Ejército.

Para determinar la viabilidad del cargo enderezado contra esta disposición de las circulares en mención, basta con leer atentamente el texto del artículo 56 del Decreto ley 1598 estatutario de las cooperativas que establece la restricción de pertenecer a dos o más cooperativas "que persigan fines idénticos", lo cual se contrapone con la contenida en las circulares en cuanto no hace esa distinción necesaria, entendiéndose entonces que se refiere tanto a las que tengan fines idénticos como a las que tienen objetivos distintos.

El artículo citado dice que ninguna persona podrá ser socio de dos o más cooperativas que persigan fines idénticos y es claro que las circulares so pretexto de la conveniencia de la disciplina y de la moral militar no podía suplantar o ampliar el claro ordenamiento legal extendiendo la prohibición a cooperativas cuyos objetivos no sean iguales.

Tiene por lo tanto razón la demanda en la censura contenida en este cargo, que prospera en consecuencia.

C) En las escuelas de formación de oficiales y suboficiales no deben tramitarse libranzas.

No cabe duda que en esta parte de las circulares se constriñe el derecho que pueda asistir a un socio de cooperativa a disponer libremente de su sueldo como a bien tenga, en tanto la manera como está

redactada tal disposición militar, envuelve una orden que, sin duda, se cumpliría a cabalidad en los centros castrenses de formación a los cuales se refiere, contraviniendo también lo dispuesto en el artículo 85 del Decreto ley 1598 de 1963, que establece un privilegio especial a favor de las cooperativas legítimamente constituidas ,que no es dado desconocer sin incurrir en su violación, como en realidad sucede con este cargo que igualmente prospera.

D) Se exige en las libranzas la firma y sello del contador y comandante titular de la unidad militar correspondiente al deudor.

Es apenas comprensible y lógico entender que se está en presencia de un requisito que debe cumplirse inexorablemente, dependiendo entonces de la voluntad de estos funcionarios civiles o militares del ejército el pago de las libranzas, dado que sin sus firmas no podrían hacerse exigibles, lo cual pugna no solamente con la libertad contractual de los socios de las cooperativas, sino con la naturaleza misma de los títulos valores como son las libranzas o pagarés, exigibles como tales autónomamente según la definición que de ellos hace el artículo 619 del Código de Comercio.

Pero de otro lado, es plenamente válido el argumento de la demanda en el sentido de que conforme al artículo 85 del Decreto 1598 de 1963, el Ministerio de Defensa tiene la obligación de cumplir lo allí dispuesto, esto es, deducir de su sueldo y retener toda cantidad que haya de pagar el socio cooperado por concepto de deudas que consten en libranzas o pagarés suscrito por un socio de cooperativa, sin que tal deber legal esté supeditado a condicionamientos internos como los que traen las circulares impugnadas.

Otra cosa, es, desde luego, el trámite interno de la nómina del soldado, suboficial u oficial, que se somete a las firmas normales y usuales del Ministerio del ramo. Pero las libranzas en sí son independientes de esta y su cobro debe acomodarse a la perentoria exigencia del artículo 85 del decreto supracitado. Tan sólo sería permisible asegurarse de la autenticidad o legitimidad de las libranzas o pagarés en cuestión, además de las propias recomendaciones o insinuaciones que los mandos militares den o quieran dar a sus subalternos acerca de la conveniencia de no comprometer sus sueldos en proporción mayor a sus capacidades económicas.

Así debe concluirse que es fundado este otro cargo.

E) En cuanto al resto del contenido de las circulares, esta Sala discrepa del señor fiscal en cuanto solicita se decrete también la nulidad de estas disposiciones.

Lo indicado en el punto 3 de la circular número 19175 de 7 de marzo en la parte que dice: "De igual manera queda prohibido solicitar descuentos por nómina con destino a rifas, regalos y fiestas no oficiales". Esta es una prohibición que nada tiene que ver con las

cooperativas y responde a una cuestión de orden interno perfectamente válida.

El 5 de la misma circular, que simplemente aconseja establecer vigilancia sobre los créditos personales distintos a los contenidos en libranzas de cooperativas, no es un mandato que deba cumplirse en el contexto de acto administrativo y sin producir efectos jurídicos no cabe siquiera considerar el cargo relacionado con esa recomendación.

Respecto al punto 2 de la circular número 30562, ya se ha advertido que la entidad pagadora puede y debe verificar la autenticidad de las libranzas que se presentan para su cobro por lo cual puede devolver o no darle trámite a los documentos con borrones o enmendaduras que dan, como lo dice la circular, pie para dudar de su veracidad. Cabe decir lo mismo respecto al punto 7º de la circular número 25383 de 10 de septiembre de 1985 emanada como las otras del Comando del Ejército y en la cual se indica que no se aceptan borrones y enmandaduras en los documentos.

La segunda parte del numeral 4 y la 2ª parte del numeral 5 no ofrecen dificultad para su aplicación y no corresponden a hechos o actos atentatorios de la ley en relación con la última circular.

En virtud de todo lo expuesto anteriormente, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, parcialmente de acuerdo con el concepto del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

1º Decrétase la nulidad de las siguientes disposiciones contenidas en las circulares del Comando del Ejército Nacional determinadas en esta providencia, así:

Circular número 19175 CEDEI-SD-029 de 7 de marzo de 1984, numerales 1, 2, 3, primera parte y 4.

Circular número 30562 CEDEI-SD-029 de 24 de agosto de 1984 numerales 1 y 2, este último con excepción de la segunda parte que dice: "Así mismo aquellas que tengan borrones y enmendaduras ya que dan pie a dudar de la veracidad y del valor del mencionado documento".

Circular número 25383 CEDE1-SD-029 de 10 de septiembre de 1985, los numerales 3, 4, la parte que dice: "una persona sólo puede tener, por nómina, hasta dos descuentos tramitados por el sistema de libranza", 5, la parte que dice: "En todo caso, la suma total de los descuentos de una persona no puede superar el 50% de sus haberes" y 6.

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 enero de mil novecientos ochenta y nueve.

Samuel Buitrago Hurtado, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

EMPLEADO PUBLICO. COMISION SINDICAL.

La legislación no contempla la posibilidad de conferir comisión a un empleado público para atender funciones sindicales. Al contrario, es enfática en prohibirla para "ejercer" funciones que no sean propias de la administración pública.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., veinticinco de enero de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

Referencia: Expediente número 3840. Unica instancia. Suspensión provisional.

Actor: Contraloría General de la República.

Por reunir los requisitos legales, admítese la demanda promovida con poder conferido por la Contraloría General de la República para solicitar la nulidad de las Resoluciones números 1964 de agosto 16, 2057 de agosto 23, 2300 de septiembre 13 y 2547 de octubre 6, todas de 1988, expedidas por la Administración Postal Nacional.

Para su trámite, se dispone:

1. Notifíquese personalmente la admisión de esta demanda al señor Fiscal Cuarto de esta Corporación, al director general de la Administración Postal Nacional y al representante legal del Sindicato Nacional de Trabajadores de la Administración Postal Nacional.

2. Fíjese en lista por el término de diez (10) días, para los efectos de lo dispuesto en el artículo 207, numeral 3º del Código Contencioso Administrativo.

3. Por la secretaría, solicítense a la secretaría general de la Administración Postal Nacional los antecedentes administrativos.

4. Reconócese al doctor Carlos Modesto Quintero Fuentes como apoderado de la Nación —Contraloría General de la República—, en los términos y para los efectos de la Resolución 01981 de 1988 visible a folio 18 del expediente.

Suspensión provisional:

Se reclama suspensión provisional para los actos enjuiciados, a los cuales se imputa el ser violatorios de normas de superior jerarquía.

Se puntualiza que, según el Decreto 2103 de 1987, que contiene los Estatutos de la Administración Postal Nacional, este organismo es un establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Comunicaciones, por lo que sus servidores tienen el carácter de empleados públicos, sometidos, por lo mismo, al régimen legal propio de estos.

Los actos enjuiciados, alega el accionante, expedidos por el director general de la entidad, son contrarios a derecho desde varios puntos de vista, a saber:

—Porque el director general de ADPOSTAL carece de facultad legal para conceder comisiones de esta nautraleza y, por lo tanto, al hacerlo quebrantó el artículo 20 de la Carta.

—Porque, conforme al artículo 76 de la Constitución Nacional, corresponde al Congreso o al legislador extraordinario "establecer o reglamentar las condiciones, términos y procedimientos para conceder comisiones".

—Porque, según el artículo 22 del Decreto ley 2400 de 1968, sólo puede concederse comisión para cumplir misiones especiales para seguir estudios de capacitación, para asistir a reuniones, conferencias, seminarios y para realizar visitas de observación que interesen a la administración y que se relacionen con el ramo en que se presten los servicios, e igualmente para ejercer funciones de un empleo de libre nombramiento y remoción cuando la comisión recaiga en un funcionario escalafonado en la carrera.

—Porque, conforme a los artículos 75, 76 y 77 del Decreto 1950 de 1973, la comisión no puede ser sino para el ejercicio de funciones oficiales y solamente puede asumir cuatro modalidades: a) de servicio; b) de estudios; c) para ejercer un cargo de libre nombramiento y remoción; d) para atender invitaciones de gobiernos extranjeros, organismos internacionales o instituciones privadas, aparte de que "solamente podrá conferirse comisión para fines que directamente interesen a la administración pública" (fls. 31-41).

Para resolver, se considera:

Según se lee en el texto de los actos enjuiciados, por Resolución 1964 de agosto 16 de 1988, el director general de ADPOSTAL otorga, desde el 1º de agosto y por el término de 22 días, una "comisión sindical de carácter especial a quienes siendo miembros de la actual junta directiva nacional del Sindicato Nacional de Trabajadores de la Administración Postal Nacional... ejerzan plenamente sus funciones

como tales"; por Resolución 2057 de agosto 23, se prorroga la comisión hasta el 31 del mismo mes; por Resolución 2300 de septiembre 13, se confiere nueva comisión por 30 días a partir de septiembre 6, y, finalmente, por Resolución 2547 de octubre 6, se confiere otra comisión por 15 días, contados a partir del día siguiente (fls. 6-16).

Las comisiones aparecen otorgadas "con el fin de que se atiendan las funciones que en su condición de directivos sindicales les corresponden de acuerdo con los estatutos de esa orzanización", según allí mismo se puntualiza.

Significa lo anterior, pura y simplemente, que por decisión del director general de ADPOSTAL un grupo de empleados públicos de la entidad deja de cumplir las funciones que a cada cargo señala la ley para cumplir, en su lugar, las que "les corresponden de acuerdo con los estatutos" de la organización sindical.

Claro es que, con esta medida, se desconoce la disposición constitucional según la cual "no habrá en Colombia ningún empleo que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento", pues se viene a dar el caso de funcionarios que cumplen funciones establecidas en estatutos de una organización sindical, que lógicamente no tienen el carácter de ley.

Las relaciones entre la administración pública y sus servidores se rigen por la ley y es al legislador al que compete determinar las situaciones administrativas o modalidades de prestación del servicio, facultad que no se puede delegar al director de un establecimiento público.

Obvio es también que la comisión conferida mediante los actos enjuiciados implica poner en parangón la ley con los estatutos de un sindicato haciendo prevalecer estos sobre aquella, pues da lugar a que los empleados públicos queden exonerados de cumplir las funciones legales para atender las estatutarias del sindicato.

Conviene recordar, finalmente, que la legislación no contempla la posibilidad de conferir comisión a un empleado público para atender funciones sindicales y que, al contrario, es enfática en prohibirla para "ejercer funciones que no sean propias de la administración pública", según declara el artículo 22 del Decreto ley 2400 de 1968.

Es el caso, por lo tanto, de decretar, como en efecto se decreta, la suspensión provisional de los actos acusados en este proceso. No es óbice para la medida el que tales actos hayan producido sus efectos, pues, siendo aquellos ostensiblemente ilegales, también lo son estos en consecuencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Reynaldo Arciniegas Baedecker.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

ACCION DE NULIDAD. Improcedencia. ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. CONTROL FISCAL.

La injerencia de la Contraloría General ante la sociedad demandante en cuanto al ejercicio del control fiscal, amerita el ejercicio del contencioso resarcitorio particular y no del de anulación, del cual se hizo impropiamente.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., veintiséis de enero de mil novecientos ochenta y nueve.

Referencia: Proceso número 988.

Demandante: Gran Central de Abastos del Caribe S. A.

La Gran Central de Abastos del Caribe S. A. —GRANABASTOS S. A.—, sociedad comercial domiciliada en la ciudad de Barranquilla (Colombia), por apoderado judicial, en escrito presentado el 1º de agosto de 1988, intenta demanda de nulidad, con solicitud de suspensión provisional, de acuerdo con los términos del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, en relación con los siguientes actos administrativos:

1º Resolución orgánica número 012364, emanada del contralor general de la República el día 11 de febrero de 1988 "por la cual se establece la estructura y planta de personal esa auditoría" ante la sociedad La Gran Central de Abastos del Caribe S. A.

2º Resolución número 012500, expedida por el mismo contralor el día 3 de mayo de 1988 "por la cual se resuelve un recurso": el de revocatoria directa.

En escrito separado el mismo demandante solicitó decreto de suspensión provisional de los mencionados actos, con base en la presunta violación evidente de normas superiores.

Consideraciones del despacho:

1. Mediante el contencioso de anulación se persigue la preservación de la legalidad abstracta, esto es, el imperio del ordenamiento jurídico (art. 84 del C. C. A.). El contencioso de restablecimiento del

derecho se propone además que al administrado se le restituya este o se le repare el perjuicio a él inflingido (art. 85 *ib.*).

Así, cuando se ejerce la acción de nulidad que está al alcance de cualquier persona, se busca que el acto de la administración se acomode a la normatividad a la cual se debe dentro de un estado de derecho, porque se quiere que no haya actuación administrativa alguna al margen del universo jurídico.

En cambio al incoarse la acción de restablecimiento se le permite al afectado con el acto cuya nulidad se impetra, que recupere el derecho subjetivo del cual ha sido desinvestido o se le reconozca el perjuicio causado.

2. El caso *sub judice,* por tratarse de una situación jurídica concreta dirigida a la sociedad La Gran Central de Abastos del Caribe S. A. —cual es la injerencia de la Contraloría General ante la misma en cuanto al ejercicio del control fiscal— amerita el ejercicio del contencioso resarcitorio particular y no del de anulación, del cual se hizo uso impropiamente.

El interés particular comprometido de dicha sociedad fluye claramente de los siguientes hechos:

A) La sociedad actora, es en la actualidad, una sociedad anónima de economía mixta del orden departamental.

B) El 2 de febrero de 1988 la Contraloría General de la República inició una serie de solicitudes con el fin de determinar la naturaleza jurídica de la sociedad como que aquellas versaron en relación con las escrituras públicas de constitución y reforma.

C) El 17 de febrero del mismo año, la Contraloría General de la República comunica a la sociedad actora que mediante el primer acto acusado se ha creado la Auditoría Regional ante la Gran Central de Abastos del Caribe S. A., dependiente de la División de Auditoría de Fomento Económico de la Contraloría General de la República.

D) En su carácter de sociedad anónima de economía mixta, "GRANABASTOS S. A." antes de la decisión de la Contraloría General, ya disponía de un revisor fiscal, designado por la asamblea general de accionistas, de acuerdo con sus estatutos junto con otras auditorías externas, según las exigencias del Banco Interamericano de Desarrollo BID.

E) Contra la decisión inicial de la Contraloría la actora interpuso la revocación directa alegando que violaba flagrantemente preceptos constitucionales y legales. La Contraloría General desató la solicitud de revocación directa, negándola con el argumento de que la participación de la Corporación Financiera de Fomento Agropecuario y de Importaciones S. A., en el capital accionario de la sociedad la con-

vertían en parte de la Nación por recibir recursos del presupuesto nacional; a lo anterior la entidad interesada demandante argumentó que la composición del capital social no era el único criterio para determinar el orden a que pertenecía.

Se llega de lo expresado a las siguientes conclusiones:

1. Si bien expresamente se instaura una acción de nulidad, escogida adrede por la demandante, en caso de prosperidad de ella habría un restablecimiento del derecho consistente en que desaparecería la actividad de vigilancia fiscal de la Contraloría ante la sociedad en cuestión.

Obsérvese que al efecto el actor además de fundar su acción en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo cita el artículo 2º, num. 1º del Decreto 597 de 1988 "que subrogó el artículo 128 del Código Contencioso Administrativo". Además reafirma que "...la circunstancia de haber sido denegada la revocatoria directa con lo cual se hubiese regresado a la juridicidad, *nos obliga* (fl. 145) a acudir ante ese organismo *en demanda de restaurar el orden jurídico quebrantado por un acto administrativo abiertamente ilegal e inconstitucional*" (subraya la Sala).

Estando entonces comprometido un interés particular, no es apto el empleo de la acción de nulidad para dirimir la controversia que él suscita.

Siendo la presente una justicia rogada, no le es dable al juzgador inmiscuirse en la *voluntad manifestada* por los administrados cuando ejercen sus acciones ante la misma y cambiarla a su talante, es decir, que cuando se dijo en el evento *sub lite* que se incoaba la acción de nulidad (art. 84 del C. C. A.) entender en cambio que lo era la de restablecimiento (art. 85 *ib.*).

Por este aspecto la demanda es inepta y en consecuencia debe inadmitirse.

II. Defectos de la demanda:

Previene el artículo 137 del Código Contencioso Administrativo que "toda demanda ante la jurisdicción administrativa contendrá" entre otros requisitos "la designación de las partes y de sus representantes".

En parte alguna, observa el despacho, se hace la indicación anterior.

Por sustracción de materia, no es el caso de entrar a considerar la suspensión provisional impetrada.

En mérito de lo expuesto:

1º Inadmítese la demanda anterior.

2º Reconócese al doctor Arnaldo Mendoza Torres como apoderado de la sociedad Gran Central de Abastos del Caribe S. A., en los términos y para los efectos del poder que obra en autos.

Notifíquese.

Simón Rodríguez Rodríguez, Consejero de Estado.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

ACUERDO DE CARTAGENA. REGISTRO DE MARCA.

La protección especial a la marca registrada tiene límites precisos según la Decisión 85; el artículo 58 literal g) de la Decisión 85 concede tal protección frente a otras marcas comprendibles únicamente no se trate de "productos idénticos o similares" a la que la marca registrada ampara.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., veintisiete de enero de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Samuel Buitrago Hurtado.*

Referencia: Expediente número 153. Autoridades nacionales.

Actor: Daimler-Benz. Aktiengesellschaft.

La sociedad alemana Daimler-Benz Aktiengesellschaft, domiciliada en Sttugart, Alemania Federal, en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho contemplada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, ha demandado ante esta Corporación: Que se tenga por denegada por la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio del Ministerio de Desarrollo Económico, la oposición presentada ante ella, el 19 de diciembre de 1980, contra la solicitud de registro de la marca *Míster Benz* (gráfica) hecha por Industria Nacional de Camisas Ltda. (INDUNALCA), domiciliada en Bucaramanga; que se tenga por denegado el recurso de apelación interpuesto el 3 de febrero de 1985 ante el jefe de la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, contra la decisión negativa en aplicación del artículo 40 del Código Contencioso Administrativo; que por sentencia se declare la nulidad, por ilegalidad, de la decisión resultante del silencio administrativo negativo de la misma división, en la oposición presentada a dicho registro; que se declare que la dicha división no puede registrar esa marca.

Los *hechos* de la demanda se concretan en los siguientes puntos:

1. Daimler-Benz Aktiengesellschaft es una sociedad alemana domiciliada en Stuggart, Alemania Federal.

2. Dicha sociedad es famosa como productora de motores para aviones, barcos, buses, automóviles y tractores.

3. El símbolo de la marca Mercedes-Benz es una estrella de tres puntas dentro de un círculo.

4. Para proteger sus marcas en Colombia, dicha sociedad ha registrado su símbolo y sus marcas Daimler-Benz, Mercedes Benz, Mercedes y Benz.

5. La sociedad ha utilizado y utiliza en Colombia su nombre comercial Daimler-Benz.

6. Por todas estas razones, dichas marcas y su símbolo son notoriamente conocidos en Colombia.

7. La sociedad Industria Nacional de Camisas (INDUNALCA), domiciliada en Bucaramanga, solicitó el 6 de noviembre de 1978, el registro de la marca gráfica Míster Benz, para distinguir productos de la clase 25.

8. El 19 de diciembre de 1980 la sociedad Daimler-Benz Aktiengesellschaft presentó oposición a la solicitud de registro mencionada en el punto anterior, la que no ha sido aún resuelta por la División de Propiedad Industrial.

9. El 8 de febrero de 1985, entendiéndose que había silencio administrativo negativo, se apeló del hecho ante la Superintendencia de Industria y Comercio sin que hasta ahora se hubiera resuelto, entendiéndose en consecuencia negado el recurso de acuerdo con el artículo 60 del Código Contencioso Administrativo, y entendiéndose que a partir de ese momento, quedaba expedita la vía para iniciar la acción correspondiente.

10. La marca Míster Benz (gráfica) es susceptible de crear confusión entre el público respecto de la procedencia de los servicios o de los productos que se amparen con ella en relación con los originarios del demandante.

Disposiciones violadas y concepto de la violación:

El actor señala como violados con el hecho administrativo acusado, los artículos: 58 literales a) y g), 62 y 64 de la Decisión 85 de la Convención del Acuerdo de Cartagena, aprobado por el Decreto 1190 de 1978 y el artículo 586, numeral 46, del Código de Comercio.

Aduce el demandante que la marca Míster Benz (gráfica) puede engañar a los medios comerciales y al público consumidor sobre la naturaleza y, sobre todo, sobre la procedencia de los productos o servicios que ampararía, pues reproduce como elemento básico de distintividad (sic), la palabra Benz que es esencial en sus propias marcas. Fundamenta su petición en la Decisión 85 de la junta del Acuerdo de Cartagena que sancionó estas situaciones en el artículo 58, numeral 4º que dice así en los literales a) y g): "*Artículo 58.* No podrán ser ob-

jeto de registro como marcas: a) las que sean contrarias a las buenas costumbres o al orden público o las que puedan engañar a los medios comerciales o al público consumidor, sobre la naturaleza, la procedencia, modo de fabricación, las características, o la aptitud para el uso de los productos o servicios de que se trate. "g) Las que sean confundibles con otras notoriamente conocidas y registradas en el país o en el exterior para productos o servicios idénticos o similares".

Manifiesta el actor que por ser las marcas *Daimler-Benz* y las demás mencionadas, notoriamente conocidas, no es posible obtener el registro de la marca *Mister Benz* sin contravenir esas disposiciones. Igual argumento señala al citar el numeral 4º del artículo 586 que prohíbe registrar como marcas. "Las que en forma que puedan inducir al público a error, constituyan la reproducción total o parcial, la imitación, traducción o transliteración de una marca, nombre comercial o enseña pertenecientes a un tercero, notoriamente conocido en Colombia.

Las partes intervinientes en el proceso:

Son partes en este proceso, además de la firma actora, la Superintendencia de Industria y Comercio del Ministerio de Desarrollo y la Industria Nacional de Camisas Ltda. (INDUNALCA) las cuales, a pesar de haber sido notificadas personalmente según consta a folios 60 a 70 de este expediente, no se hicieron presentes en el mismo.

El concepto fiscal:

El señor Fiscal Primero de la Corporación, en su concepto expuesto a folios 279 y siguientes del expediente, manifiesta que a instancias suyas y del demandante, en cumplimiento de lo dispuesto en el tratado que creó el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, incorporado a nuestra legislación mediante la Ley 17 de 1980, se solicitó y obtuvo la interpretación prejudicial, por parte de dicho Tribunal, de los literales a) y g) del artículo 58 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena y que para emitir su concepto toma como fundamento las conclusiones de tal interpretación. Conceptúa en consecuencia el colaborador fiscal, según la manera como él entiende la interpretación de dicho Tribunal de Justicia, que "debería declararse la nulidad del registro de la marca *Mister Benz* de la empresa INDUNALCA".

Consideraciones de la Sala:

Cumplidas como están todas las etapas de este proceso sin que exista causa alguna que lo invalide, se entra a decidirlo estableciendo como antecedente las siguientes consideraciones:

a) Solicita el libelista que se tenga por denegada por la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Co-

mercio del Ministerio de Desarrollo, la oposición presentada ante esta contra la solicitud de registro de la marca *Mister Benz* (gráfica), hecha por Industria Nacional de Camisas Ltda. (INDUNALCA), así como el posterior recurso de apelación interpuesto ante el jefe de la misma división.

Examinadas las diversas pruebas aportadas al expediente, la Sala considera que sí se operó el silencio administrativo negativo y que, por consiguiente, al tenor de los artículos 40 y 60 del Código Contencioso Administrativo, estaba expedita la vía para acudir ante la jurisdicción en lo Contencioso Administrativo como en efecto lo ha hecho el demandante mediante el proceso que aquí se decide.

b) La Daimler-Benz anónima, o Aktiengesellschaft para utilizar el término en alemán inexplicamente no traducido en la versión oficial visible a folios 49 y 54 del expediente, es una empresa alemana que ha creído perjudicados sus intereses económicos con el registro de la marca de otra empresa de nacionalidad colombiana en la que, uno de los dos términos que la constituyen, coincide con el apellido Benz que con el de Daimler conforma el nombre de la sociedad demandante.

La marca cuyo registro se impugna es una gráfica constante de un rectángulo que amplía en semicírculo la parte central de sus líneas laterales superior e inferior y conteniendo la inscripción *Mister Benz* en dos caracteres distintos. Dicha marca distingue productos de la clase 25 fabricados por la sociedad Industrial Nacional de Camisas Ltda. (INDUNALCA) domiciliada en Bucaramanga. La firma demandante dice tener registradas las marcas Daimler-Benz, Mercedes Benz, Mercedes y Benz.

c) Las disposiciones que considera violadas el demandante son el artículo 58 literales a) y g), 62 y 64 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, aprobado por el Decreto 1190 de 1978, y el artículo 586 numeral 4º del Código de Comercio. Comenzando el análisis que se debe hacer para llegar a una decisión, por la última de las normas enunciadas, tenemos que esta reza así en su texto: "(tampoco podrán registrarse como marcas) las que en forma que puedan inducir al público a error, constituyan la reproducción total o parcial, la imitación traducción o transliteración de una marca, nombre comercial o enseña pertenecientes a un tercero, notoriamente conocidos en Colombia".

La frase con la que empieza la prescripción "las que en forma que puedan inducir al público a error", implica una apreciación subjetiva que se debe analizar a la luz, no sólo del nombre mismo, sino también de la idiosincracia de los usuarios, de la clase del producto y en confrontación con las normas que regulan la materia en su generalidad.

d) En concordancia con lo dicho en el literal anterior tenemos, siguiendo el mismo orden de ideas, que "Benz" es un apellido así

como lo es Daimler y así como "Mercedes" es un nombre. En la medida en que el apellido Benz está identificado con los productos que se venden bajo esa marca, registrado legalmente con tal carácter, es oponible a cualquier pretensión de un tercero que, con la marca "Benz" quisiera producir aviones, buses, o automóviles. Y si a esto se agrega que dicho tercero está utilizando igualmente el logotipo o gráfico de similares características al primero, se tipificaría *"prima facie"* la agresión a su derecho y la consiguiente acción para que las leyes del Estado lo protejan. No es este el caso que se examina ya que, en la marca demandada, el apellido Benz va precedido del sustantivo inglés "mister", muestra un gráfico completamente diverso a la estrella de tres picos encerrada por un círculo y además, vende camisas, es decir, una clase que en el largo listado que aparece en los folios 3, 4, 5 y 6 no figura como producido por la firma demandante. Con lógica similar podría entonces ser demandada una hipotética fábrica de delantales para señora que llevara como marca "doña Mercedes" pues el nombre "Mercedes" también está registrado por la firma actora y eso, supuestamente, impediría que *"per secula seculorum"* el nombre Mercedes estuviera vetado para las actividades comerciales. Obviamente, en seguimiento de la misma cuerda expositiva, si una fábrica de automóviles registra un determinado tipo de vehículo como "Mercedes" estaría sujeta, con sobrada razón, al ataque legal de quien ya tiene registrada esta marca para vehículos. Los nombres de personas y los apellidos no son muy susceptibles de "inducir" al público a error. Sería enésimo el número de demandas basadas en la pretendida exclusividad de los apellidos como marcas para determinados productos si se tiene en cuenta que estos se cuentan por millares ya sean los Smit, Rodríguez, Frank, Daimler o Benz.

Se debe tener en cuenta además, como ya se dijo, la confrontación con normas similares y en el caso *sub examine* tenemos que el artículo 585 en el numeral 3º se refiere a "las que consisten exclusivamente en un signo que en el lenguaje corriente o en las costumbres comerciales del país se haya convertido en una designación usual de los productos o servicios de que se trate", norma que encuadra perfectamente en este caso en el que el signo de los productos de la "Daimler-Benz Sociedad Anónima" es suficiente para identificarla sin hacer confusión con el signo denunciado y que representa a la fábrica de camisas de Bucaramanga. Este punto de vista está ampliamente respaldado, casi que expresamente, en el numeral 4º del mismo artículo que señala cuáles marcas no pueden registrarse como tales "Las que por otras razones no permitan distinguir los productos o servicios de una empresa de los de otra". No sería causa de profundas reflexiones para el público consumidor distinguir un servicio de otro, vale decir, una camisa de uso diario a un automóvil y menos en este caso en el que el público consumidor del primer producto es difícilmente el consumidor del segundo.

e) Se entra así entonces a la consideración de las otras normas denunciadas como violadas que forman parte de la Decisión 85 de la

Convención del Acuerdo de Cartagena y cuya interpretación prejudicial, por parte del Tribunal de Justicia de dicho acuerdo, fue solicitada tanto por el demandante como por el señor agente del Ministerio Público. Habiéndose obtenido dicha interpretación por parte del alto Tribunal, constante a folios 266 a 274 del expediente, a su análisis y aplicación nos encaminamos.

Observando la concatenación existente entre el asunto que se viene tratando y la interpretación que el Tribunal de Justicia da al literal g) del artículo 58 se dirá lo concerniente a este en primer lugar.

El texto citado en los *vistos* de dicha providencia, dice:

> "No podrán ser objeto de registro como marcas: g) *Las que sean confundibles con otras notoriamente conocidas y registradas en el país* o en el exterior *para productos o servicios idénticos* o similares" (las subrayas son del mismo Tribunal).

A este respecto, el alto Tribunal hace inteligentes consideraciones de las cuales podemos tomar las siguientes conclusiones como su trasunto: "Conviene precisar, en esta oportunidad, que la protección especial a la marca notoria, con ser más amplia que la que se otorga a la marca común, tiene también límites precisos de conformidad con la Decisión 85. En efecto, el literal g) del artículo 58 concede tal protección frente a otras marcas confundibles únicamente si se trata de "productos idénticos o similares" a los que la marca notoria ampara. O sea que la protección sólo se aplica frente a marcas de productos análogos, parecidos, equivalentes o semejantes". Para expresar categóricamente en la parte concluyente: "2º De conformidad con el literal g) del artículo 58 de la Decisión 85, la no registrabilidad de una marca por ser confundible con otra notoriamente conocida, no opera cuando ambas marcas se refieren a productos disímiles". De donde se colige con nítida claridad que en este caso, siendo disímiles los artículos, opera la "registrabilidad".

Ahora bien, en cuanto guarda relación con el literal a) del precitado artículo, manifiesta el Tribunal de Justicia que este es una reproducción casi textual del ordinal 5º del artículo 585 del Código de Comercio de Colombia, y dice así sobre las marcas que no podrán registrarse como tales:

> "Las que sean contrarias a las buenas costumbres o al orden público, o las que puedan engañar a los medios comerciales o al público sobre naturaleza, la procedencia, el modo de fabricación, las características o la aptitud para el empleo de los productos o servicios de que se trate".

Hace énfasis el Tribunal en el término "procedencia", al que ya había aludido el actor en forma acentuada en los *Hechos* de esta demanda, y después de varios análisis y comparaciones entre diversos

sistemas legales nacionales, concluye que dicha procedencia hace relación directa a *nombres geográficos*. En la sucinta muestra de derecho comparado se citan normas de Venezuela, México, España y Portugal, leyes latinoamericanas y europeas, convenios y arreglos internacionales para deducir, en forma enfática ,que dicha *procedencia* (subraya el Tribunal de Justicia), es geográfica. En la parte conclusiva, donde también se dice que el Consejo de Estado de la República de Colombia, según lo dispone el artículo 31 del Tratado de Creación del Tribunal, deberá adoptar dicha interpretación, manifiesta que "De conformidad con el literal a) del artículo 58 de la Decisión 85, no podrán registrarse como marcas las que indiquen procedencia geográfica de los productos o servicios que amparan y que puedan engañar a los medios comerciales o al público consumidor sobre dicha procedencia". Qué significa lo anterior? Bastante claro. Para el caso que se analiza no es relevante en modo alguno en orden a la mutación del *statu quo* vigente, puesto que ninguna de las dos marcas en conflicto constituyen, *per se,* una indicación de procedencia geográfica y que si así fuera, ninguna de las dos pudo haberse registrado legalmente. Y ello es así por cuanto el apellido Benz no indica un lugar geográfico y, aunque inicialmente podría creerse que pertenece a Alemania, si fuera trascendente el serlo, en la práctica no es así como no todo el que sea Rodríguez es de Bogotá aunque sea este uno de los apellidos a los que más páginas dedica el directorio telefónico. El fenómeno de la emigración-inmigración y el vertiginoso avance de los medios de intercomunicación han eliminado las fronteras personales y el nomenclador humano ha tomado caracteres de universalidad.

f) Coincidiendo pues estas apreciaciones con la interpretación prejudicial solicitada al Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, será denegada la petición del actor, apartándose de la sugerencia formulada por el señor fiscal.

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, en desacuerdo con el señor Fiscal Primero de la Corporación,

Falla:

1. Declárase que en el caso *sub lite* tuvo ocurrencia el silencio administrativo negativo, en relación con la oposición formulada por el actor el 19 de diciembre de 1980 y el recurso de apelación por él interpuesto el 6 de febrero de 1985.

2. No se accede a las demás peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

El fallo anterior lo discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día 26 de enero de 1989.

Luis Antonio Alvarado Pantoja, Samuel Buitrago Hurtado, Guillermo Benavides Melo, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

PENSION DE INVALIDEZ. DICTAMEN DE MEDICINA LABORAL. VALOR PROBATORIO.

Ha sido constante la jurisprudencia en el sentido de dar prelación al dictamen de la sección de Medicina Laboral del Ministerio del Trabajo emitido dentro del proceso cuando quiera que desocupe de los de la sección correspondiente de la Caja Nacional de Previsión, emitidos por fuera del proceso.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., veintisiete de enero de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejera ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Proyectó: Doctor Antonio José Arciniegas A., abogado asistente.

Referencia: Expediente número 308.

Actor: Ramón Emilio Muñoz.

Ramón Emilio Muñoz, a través de apoderado y en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca impetrando la declaración de nulidad de las Resoluciones números 4964 de 1977 y 0056 de 1979, de la Caja Nacional de Previsión, por las cuales se le negó un auxilio de pensión de invalidez y que, como consecuencia, se condene a dicha entidad a reconocerle y pagarle el auxilio de pensión de invalidez que le fue negado en cuantía de la mínima legal más los reajustes y primas a que tengan derecho, con efectividad desde el 28 de septiembre de 1973, fecha en que se cumplen los tres años de prescripción contados desde la presentación de la solicitud gubernativa.

Esas peticiones se fundamentaron fáctica y jurídicamente de la manera siguiente:

Que el demandante desempeñó las funciones de ayudante de ropería del Hospital Boyacá en el Sanatorio de Agua de Dios, dependiente del Ministerio de Salud Pública, entre el 1º de septiembre de 1956 y el 30 de marzo de 1959 devengando una asignación de $ 50.00 mensuales. Cuando ingresó al servicio oficial, a pesar de hallarse afectado por la enfermedad de Hansen, gozaba de buena aptitud física para desempeñar ese cargo. Pero, cuando el actor fue retirado de este ya había

perdido toda su capacidad de trabajo y se hallaba inválido debido al progreso de su enfermedad para toda labor remunerativa.

Que, por tales circunstancias, el 28 de septiembre de 1976, el actor solicitó a la Caja Nacional de Previsión un auxilio de pensión de invalidez, el cual fue negado mediante Resolución número 4964 de 1977, confirmada por Resolución número 0056 de 1979.

Que con las citadas resoluciones se violaron, el literal c) del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 y el artículo 11 del Decreto 1600 del mismo año, disposiciones vigentes cuando el actor perdió su capacidad de trabajo, que consagraban el derecho a la pensión por invalidez para el empleado o trabajador que perdiera su capacidad laboral al servicio del Estado.

Que "la demandada, para negar esta prestación, se amparó en el dictamen MT-77-1444 de octubre 18 de 1977, en donde indica que según lo informado por el director del Dispensario Dermatológico de Agua de Dios, no aparece constancia de que el peticionario hubiera solicitado atención médica durante el año de 1959, lo cual indica que la enfermedad no presentó reacciones ni alteraciones graves durante el desarrollo de la relación laboral, por lo cual se conceptúa que el actor no perdió su capacidad laboral en porcentaje igual o superior al 75%. Agrega la Caja que no reuniendo el peticionario los requisitos exigidos por el artículo 61 del Decreto 1848 de 1969, no tiene derecho al auxilio solicitado".

El Tribunal del conocimiento negó las pretensiones de la demanda, por no encontrarse probada la incapacidad absoluta del actor al momento de su retiro del servicio.

La sentencia fue recurrida en apelación por la parte actora, originando la segunda instancia ante esta Corporación donde el expediente resultó destruido durante los hechos del 6 y 7 de noviembre de 1985.

Reconstruido el proceso, se determinó que quedaba en estado de dar traslado al fiscal para concepto de fondo. Este concepto fue emitido con la opinión de que la sentencia apelada debe ser revocada para acceder a las súplicas impetradas.

Cumplido el trámite de ley y no observándose causal alguna de nulidad procesal, se decide, mediante las siguientes

Consideraciones:

En el concepto de fondo rendido por el señor Fiscal Cuarto de la Corporación se estudió juiciosamente el asunto *sub lite,* conforme lo ha hecho la Sala en casos semejantes y de acuerdo con los elemen-

tos probatorios aportados durante la segunda instancia, haciéndose los siguientes planteamientos y conclusiones que la Sala comparte:

"En caso análogo fáctica y jurídicamente al que ahora es objeto de estudio, el honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, en fallo proferido el 21 de octubre de 1987, expediente número 318, actora Paula Paredes, revocó la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y accedió a las súplicas formuladas en la demanda con base en la siguientes consideraciones:

"Se observa en el *sub lite* que el acervo probatorio varió radicalmente con las pruebas solicitadas y practicadas en la segunda instancia, según lo autorizaba el artículo 137 del Código Contencioso Administrativo anterior.

"En efecto: el médico jefe de la sección de Medicina Laboral del Ministerio del Trabajo, al rendir el experticio científico que se le solicitara mediante el oficio número 1867 de 2 de mayo de 1984 (fl. 16), dictaminó:

"'...La revisión y estudio minucioso y análisis exhaustivo de todos y cada uno de los antecedentes, datos anamnésicos, así como también de todos los argumentos médicos que obran en el informativo puesto a consideración de esta jefatura *y una vez practicada la valoración del actor* me permiten establecer que: el estado evolutivo actual de la *enfermedad de Hansen* que padece la señora Paula Paredes, le determinan la pérdida total o absoluta de su capacidad laboral equivalente al ciento por ciento (100%) para continuar ocupándose de las labores que constituyen su actividad habitual. Es posible a la vez dictaminar que para el mes de abril de 1966 cuando venía padeciendo dicha afección, la merma de su aptitud para el trabajo no era inferior al setenta y cinco por ciento (75%)'" (fl. 15).

"No puede la Sala desatender este dictamen sin desconocer las normas que a tal medio probatorio atribuyen eficacia legal, aparte de que obran en autos otros elementos de convicción que es forzoso tomar en consideración, como el documento de folio 76 que contiene el 'acta de admisión-historia clínica de Paredes Paula', donde se lee que la paciente sufre de la enfermedad de Hansen desde 8 años antes, es decir, desde 1948, lo que significa, en consecuencia, que para la época del retiro del servicio la demandante llevaba 18 años de padecer de tal enfermedad.

"Respecto del concepto del jefe de la Sección de Medide base a esta entidad para negar la pensión de invalidez, cina del Trabajo de la Caja Nacional de Previsión que sirvió

conviene destacar la circunstancia allí anotada de que 'no existen constancias sobre la práctica de examen pre-ocupacional' y de que 'no se practicó examen médico de retiro', lo que resta seriedad a la conclusión que allí mismo se formula de que 'la señorita Paula Paredes no perdió capacidad laboral de carácter significativo durante el tiempo de servicio' (fl. 82). Por lo demás, este dictamen aparece contradicho por el que emitió la Sección de Medicina del Trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social *dentro del proceso* y al que atrás se hizo referencia.

"Conviene recordar, por otra parte, que ha sido constante la jurisprudencia de la Sección Segunda en el sentido de dar prelación al dictamen de la Sección de Medicina Laboral del Ministerio de Trabajo *emitido dentro del proceso,* cuando quiera que, como en el *sub lite,* discrepe de los de la sección correspondiente de la Caja Nacional de Previsión Social, emitidos por fuera del proceso.

"En tal virtud, dadas las circunstancias anotadas, habrá de revocarse la sentencia apelada para disponer, en su lugar, que la Caja Nacional de Previsión Social deba reconocer la pensión de invalidez que se impetra, declarándose legalmente prescritas las mesadas anteriores al 29 de enero de 1972, por haberse interrumpido la prescripción mediante solicitud presentada en enero 29 de 1975 (fls. 60 y 64).

"VII. En el asunto *sub exámine,* al igual que en el caso que se trae a colación, el acervo probatorio se modificó sustancialmente, de tal manera que la prueba en la cual se basó el Tribunal Administrativo de Cundinamarca para negar el reconocimiento de la prestación reclamada (dictamen que profirió la Caja Nacional de Previsión a través de su Sección de Medicina del Trabajo el 18 de octubre de 1977), fue desvirtuada por el dictamen número 43-MJ de fecha marzo 17 de 1983 practicado por la Sección de Medicina del Trabajo y Seguridad Social para dar cumplimiento a lo solicitado por la Sección Segunda del Consejo de Estado por medio del oficio número 264 de 15 de febrero de 1983".

La Ley 6ª de 1945 exige que el empleado se incapacite durante la prestación del servicio al Estado y que la incapacidad alcance un porcentaje no inferior al 75%, para tener derecho a la pensión.

En el presente caso, como quedó acreditado, el demandante sufrió de la enfermedad de Hansen durante todo el tiempo de servicio y al retirarse de él, cuando según el dictamen de Medicina del Trabajo aportado en la segunda instancia, el actor tenía ya una incapacidad del 75%, que le daba pleno derecho a percibir la pensión de invalidez. En tal virtud, deberá revocarse la sentencia apelada, para acceder a las súplicas de la demanda declarando la nulidad de las resolucio-

nes acusadas y ordenando el reconocimiento y pago al actor de la pensión de invalidez en cuantía de la mínima legal más los reajustes y primas a que tenga derecho y con efectividad a partir de 28 de septiembre de 1973, dando aplicación a un término prescriptivo de tres años de las mesadas pensionales, como se pide en la demanda y teniendo en cuenta que, conforme lo expresó la sentencia apelada "se constató que mediante solicitud de 28 de septiembre de 1976 y a través de abogado, pidió a la Caja Nacional de Previsión Social se le reconociera y pagara pensión de invalidez, como enfermo de mal de "Hansen".

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 de Cundinamarca el 12 de marzo de 1982.

Declárase la nulidad de las Resoluciones números 4964 de 20 de diciembre de 1977 y 0056 de 22 de mayo de 1979, proferidas por la Caja Nacional de Previsión Social.

La Caja Nacional de Previsión Social reconocerá y pagará al señor Ramón Emilio Muñoz identificado con la cédula de ciudadanía número 3062839 de Jerusalén, una pensión mensual de invalidez, en cuantía de la mínima legal, más reajustes y primas legales, con efectividad a partir de 28 de septiembre de 1973. Decláranse prescritas las mesadas pensionales anteriores a esta fecha.

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 veinte (20) de enero de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

Aydeé Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

JUNTA MONETARIA. COMPETENCIA. ENCAJE.

La argumentación planteada en la demanda que considera nula la Resolución 30 de 1979 de la Junta Monetaria y concretamente sus artículos 12 y 13, carece de valor enfrente a las decisiones jurisdiccionales que con carácter de cosa juzgada definieron su legalidad.

DEMANDA. Contenido.

La precisión de los fundamentos de derecho de las pretensiones, las normas violadas y el concepto de violación sólo pueden hacerse en la demanda como acto procesal introductorio, no posteriormente, así como tampoco pueden modificarse con motivo del alegato de conclusión.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., diez de febrero de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejera ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación 1198. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho de las Resoluciones números 4023 de junio 27 de 1979 y 5390 de septiembre 7 de 1979 proferidas por la Superintendencia Bancaria.

Actor: Corporación de Ahorro y Vivienda COLMENA.

La Corporación Social de Ahorro y Vivienda COLMENA, mediante apoderado presentó *nueva demanda,* en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho contra las Resoluciones números 4023 de 27 de junio y 5390 de 7 de septiembre, ambas de 1979, proferidas por la Superintendencia Bancaria.

Lo anterior de conformidad con lo previsto en el artículo 1º parágrafo del Decreto 3825 de 1985, luego de la destrucción del expediente en el mes de noviembre de 1985.

Cumplido el trámite de rigor, procede la Sala a dictar sentencia.

Antecedentes:

La Superintendencia Bancaria, mediante la Resolución número 4023 de 27 de junio de 1979 impuso una sanción pecuniaria de $ 4.137.226.99 a la Corporación Social de Ahorro y Vivienda COLMENA, porque en el mes de abril de 1979 presentó defectos de encaje por un valor total de $ 5.033.625.00. En su parte considerativa la Resolución cita el artículo 1º del Decreto 676 de 1977, el artículo 1º del Decreto 1414 de 1976 y los artículos 12 y 14 de la Resolución 30 de 1979 de la Junta Monetaria.

Contra la citada resolución, la sancionada interpuso el recurso de reposición, el cual fue resuelto por la Superintendencia Bancaria mediante la Resolución número 5390 de 7 de septiembre de 1979 en la cual se rebajó la sanción a la suma de $ 1.618.634.35, tomando como base para liquidar dicha sanción, el encaje señalado en el artículo 1º del Decreto 1412 de 1979.

La demanda:

Según la nueva demanda, la Corporación Social de Ahorro y Vivienda COLMENA considera que los actos demandados son ilegales y por tanto deben ser anulados, en síntesis, por las siguientes razones:

1. Porque "...constituyen aplicación de disposiciones nulas...". Lo anterior, en cuanto las resoluciones impugnadas fueron expedidas con base en lo previsto por los artículos 12 y 13 de la Resolución número 30 de 1979 de la Junta Monetaria, sin dar aplicación preferencial al artículo 6º, inciso segundo del Decreto 1728 de 1974, el cual tenía primacía por haber sido expedido por la suprema autoridad administrativa, el presidente de la República.

2. Porque fueron expedidas con base en una norma "nula": el artículo 1º del Decreto 1412 de 1979, ya que todo lo relacionado con el encaje de las Corporaciones de Ahorro y Vivienda es atribución de la Junta Monetaria y no del presidente de la República y por ello si no existía encaje determinado conforme a derecho, las normas sobre el procedimiento para su liquidación, la determinación de la posición de encaje y las sanciones "quedan en el vacío".

3. Desconocimiento del derecho de defensa y del principio del debido proceso, en cuanto la Superintendencia Bancaria impuso las sanciones aquí cuestionadas sin haber solicitado explicaciones y oído a la presunta infractora, como sí lo hizo en otras oportunidades. Precisa como norma violada el artículo 5º del Decreto 3233 de 1965.

En la demanda inicial, la cual dio lugar al proceso, cuyo expediente desapareció en noviembre de 1985, sus argumentos se referían únicamente a la nulidad de los artículos 12, 13 y 14 de la Resolución 30 de la Junta Monetaria con base en los cuales se expidieron las reso-

luciones demandadas y a la violación del derecho de defensa y del principio del debido proceso.

Luego, en el alegato de conclusión, la actora trae un planteamiento nuevo, no incluido en ninguna de las dos demandas y es el que afirma que los Decretos 676 de 1977 artículo 1º y 1414 de 1976 artículo 7º son inconstitucionales e ilegales y por ello se les debe aplicar la excepción de inconstitucionalidad. En el mismo alegato se afirma que a este aspecto no se hizo referencia en la demanda "...lo que no altera en manera alguna las normas violadas y el concepto de la violación..."

Impugnación de la demanda:

Por su parte la Superintendencia Bancaria, mediante apoderado se opuso a las pretensiones de la demanda son base en los siguientes argumentos:

1. Los actos acusados fueron expedidos por el superintendente bancario con fundamento en los artículos 12 y 13 de la Resolución número 30 de 1979 de la Junta Monetaria, resolución que gozaba de la presunción de legalidad que cobija a todos los actos de las autoridades administrativas, siendo por lo tanto de obligatorio cumplimiento durante su vigencia, la cual solamente fue suspendida provisionalmente a partir de 16 de noviembre de 1979.

Como los actos demandados fueron expedidos durante la vigencia de la citada resolución no existe duda alguna sobre su validez, la cual quedó confirmada, por lo demás, con la declaratoria de legalidad de los citados artículos 12 y 13 de la Resolución número 30 de 1979 de la Junta Monetaria.

Y por lo anterior, no era procedente la alegada aplicación preferencial del artículo 6º inciso 2º del Decreto 1728 de 1974 o de cualquier otra norma.

Agrega que las previsiones del citado artículo 6º inciso 2º del Decreto 1728 de 1974 y las de los cuestionados artículos 12 y 13 de la Resolución número 30 de 1979 de la Junta Monetaria, no sólo no son contradictorios, sino que se complementan ya que los saldos correspondientes al término de cada mes, no pueden ser otros que los resultantes de computar día a día las cifras sujetas a encaje, y no considerando únicamente la cifra del último día del mes.

Cita en respaldo de su argumento el auto de 10 de agosto de 1979 en el proceso 6308, y la sentencia del Consejo de Estado de 18 de junio de 1984 Expedientes 6444 y 6451 acumulados.

2. El Decreto 1412 de 1979 fue expedido con posterioridad a la infracción, pero antes de la expedición de la resolución sancionatoria

y por ello y porque dicho decreto gozaba de la presunción de legalidad, la administración lo aplicó al resolver el recurso de reposición interpuesto por la sancionada, en virtud del principio de la favorabilidad. Y afirma:

"En consecuencia, dando plena aplicación al principio de legalidad y a la presunción de legalidad de los actos administrativos, se tiene que la actuación del superintendente bancario que hoy se demanda se ajustó a las normas vigentes para junio de 1979, en cuanto a encaje de las corporaciones de ahorro y vivienda, como quiera que no era viable su desacatamiento en razón a que no habían sido derogadas, ni suspendidas como tampoco anuladas, en el lapso dentro del cual se presentaron las contravenciones y las correspondientes sanciones".

3. No se desconoció ni el derecho de defensa, ni el debido proceso, ya que en la imposición de sanciones por desencaje no es necesario el cumplimiento de un proceso previo, toda vez que la entidad sancionada ha reconocido, o mejor ha confesado su falta, cuando presenta los informes y balances a la Superintendencia Bancaria y esta la ha comprobado cuando procede a hacer las liquidaciones correspondientes, todo de acuerdo con las facultades que para tal efecto le otorga la ley.

Así que confesada la falta y verificada por la autoridad competente, esta procede a imponer las sanciones, previstas en la ley.

Cita sobre el tema la sentencia de 29 de junio de 1984 del Consejo de Estado.

4. Por último agrega:

"...la aplicación del Decreto 3233 de 1965, como pretende el actor, sólo es pertinente cuando la trasgresión legal no tuviere fijada una sanción específica, supuesto diferente al presente evento, ya que el artículo 14 de la Resolución 30 de 1979 de la Junta Monetaria precisamente impone la respectiva sanción, por lo cual se torna inaplicable el mencionado decreto".

Concepto fiscal:

El señor Fiscal Tercero de la Corporación en extenso estudio conceptuó en sentido adverso a las pretensiones de la actora.

Para resolver se considera:

De conformidad con el artículo 23 literal a) de la Ley 7ª de 1973 la Junta Monetaria tiene la facultad para regular lo relacionado con el encaje legal y los encaje diferenciales, a través de su fijación, del

señalamiento de los sistemas de cómputo y liquidación de los mismos, de la definición de las infracciones en la materia y de las sanciones aplicables a quienes incumplan dichas normas, es decir los bancos, las corporaciones financieras, las cajas de ahorro y en general, las entidades que reciban depósitos a la vista o a término.

Con fundamento en dicha disposición, declarada ajustada a la Constitución Nacional por la Corte Suprema de Justicia (sentencia de 14 de diciembre de 1973), la Junta Monetaria expidió la Resolución número 30 de 1979, la cual reguló diferentes aspectos relacionados con las Corporaciones de Ahorro y Vivienda. En sus artículos 12 y 13 precisó la forma de establecer la posición de encaje y de acuerdo con ello la situación de desencaje de las citadas Corporaciones, en las diferentes posibilidades de captación de ahorro. En su artículo 14 estableció el monto de las sanciones pecuniarias por defectos de encaje.

Dichas normas fueron demandadas ante esta Corporación y se decretó su suspensión provisional mediante auto de 18 de septiembre de 1979, el cual quedó en firme el 2 de noviembre del mismo año. Ya en la decisión de fondo, contenida en la sentencia de 29 de junio de 1984, Expedientes 6308 y 6381, Anales del Consejo de Estado número 481-482, Tomo CVI, Año LIX, primer semestre 1984, página 437, se ordenó levantar la suspensión provisional y se resolvieron desfavorablemente las súplicas de la demanda, declarando que los artículos 12 y 13 de la citada Resolución 30 de 1979 de la Junta Monetaria se ajustan a la legalidad.

Contra la anterior providencia se interpuso el recurso extraordinario de anulación el cual fue resuelto desfavorablemente por la Sala Plena Contencioso Administrativa del Consejo de Estado, en sentencia de 3 de agosto de 1988.

De acuerdo con lo anterior, toda la argumentación planteada en la demanda, con relación a que los actos aquí impugnados, dictados por el superintendente bancario, con fundamento en la Resolución número 30 de 1979 de la Junta Monetaria, y concretamente en sus artículos 12 y 13 deben anularse porque dicha resolución era nula, carecen de valor enfrente a decisiones jurisdiccionales que con carácter de cosa juzgada definieron su legalidad, decisiones que por lo demás coinciden con el criterio adoptado por la Corte Suprema de Justicia cuando en sentencia de 14 de diciembre de 1973, arriba citada, se pronunció sobre la exequibilidad del artículo 23 de la Ley 7ª de 1973.

Es del caso precisar que los actos aquí impugnados fueron expedidos el 27 de junio y el 7 de septiembre de 1979, fechas en las cuales la Resolución número 30 de 1979, se encontraba en plena vigencia y gozaba para entonces de la presunción de legalidad y como consecuencia de la misma de su ejecutoriedad, es decir que producía sus efectos jurídicos; por ello, la Superintendencia Bancaria debía aplicarla, necesariamente, como lo hizo.

Se alega que la autoridad sancionadora ha debido dar aplicación preferencial al Decreto 1728 de 1974, artículo 6º, inciso 2º en cuanto la Resolución número 30 de 1979 de la Junta Monetaria era "nula".

Tal como se demostró, la citada Resolución número 30 de 1979 se encontraba vigente al momento de la expedición de los actos demandados y era esa y no otra la norma aplicable, ya que para entonces no había sido suspendida ni anulada por las autoridades correspondientes.

También se alega por el actor, la ilegalidad del artículo 1º del Decreto 1412 de 1979 y la aplicación preferente del artículo 23, literal a) de la Ley 7ª de 1973.

Llama la atención de la Sala que ante esta jurisdicción se alegue que el artículo 1º del Decreto 1412 de 1979 es nulo, cuando la actora lo invocó expresamente al interponer el recurso de reposición contra el primero de los actos administrativos aquí demandados y plantear el principio de la favorabilidad en materia sancionatoria.

La Resolución número 4023 de 27 de junio de 1979 proferida por el superintendente bancario, y mediante la cual se impuso la sanción a la actora no cita en ninguna de sus partes el mencionado Decreto 1412 de 1979 y la Resolución número 5390 de 7 de septiembre de 1979, por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto por la actora contra la anterior, le da aplicación al artículo 1º del Decreto 1412 de 1979 para rebajar la sanción impuesta a petición de la actora. Se invoca ahora la nulidad de este artículo, pero a juicio de la Sala dicho argumento no resulta válido enfrente a la ejecutoriedad de que gozan los actos administrativos como consecuencia de la presunción de legalidad, característica que se refleja en la legislación positiva cuando allí se dispone que producen sus efectos, mientras no sean suspendidos o anulados por la jurisdicción contencioso administrativa.

La Superintendencia Bancaria, mediante uno de los actos aquí impugnados *y a solicitud de la actora,* le dio aplicación a la citada norma para rebajar la sanción originalmente impuesta, y lo hizo *cuando* el ahora cuestionado Decreto 1412 de 1979 se encontraba vigente y no había sido suspendido, anulado, ni derogado. Por ello este argumento de la demanda no puede prosperar.

La demanda en el proceso contencioso administrativo es un acto procesal introductorio, que debe llenar determinados requisitos formales y de fondo, ya que es el instrumento para ejercer la acción respectiva, formular las pretensiones y a través de ella precisar el marco jurídico del proceso y por lo tanto de la sentencia. Por todo lo anterior, el artículo 137 del Decreto 01 de 1984 establece qué debe contener la demanda y expresamente se exige la precisión de los fundamentos de derecho de las pretensiones; si se trata de la impugna-

ción de un acto administrativo se deben indicar las normas violadas y el concepto de la violación.

Pero esto no puede hacerse sino en esa oportunidad procesal que fija el marco jurídico del proceso y no posteriormente, así como tampoco puede modificarse con motivo del alegato de conclusión.

Por ello la Sala no considera el argumento de ilegalidad de los artículos 1º del Decreto 676 de 1977 y 7º del Decreto 1414 de 1976, planteado por la actora en el alegato de conclusión.

Finalmente se alega el desconocimiento del derecho de defensa y del debido proceso, en cuanto la Superintendencia Bancaria no oyó a la entidad sancionada antes de la expedición de los actos demandados.

Considera la Sala que el derecho de defensa y el principio del debido proceso, no fueron desconocidos por los actos demandados, toda vez que dichas decisiones administrativas pudieron ser impugnadas y controvertidas, como en efecto lo fueron luego de su notificación, a través de los recursos administrativos que la ley consagra como instrumento de protección jurídica de los administrados.

Y si además, se tiene en cuenta que las entidades vigiladas presentan periódicamente sus informes a la Superintendencia Bancaria y son los datos allí consignados los que se consideran para establecer su situación en materia de encaje, la decisión de imponer una sanción como la aquí demandada, se basa en las informaciones suministradas por la misma entidad sancionada, sin modificación por parte de la Superintendencia, y por ello, considera la Sala que la alegada falta de requerimiento previo no implica la violación del artículo 26 de la Constitución Nacional, ni de las normas que lo desarrollan.

El hecho de que en algunos casos posteriores, la Superintendencia Bancaria hubiese solicitado explicaciones a las entidades vigiladas, antes de imponerles una sanción, no implica que no hacerlo origine la nulidad del acto administrativo que la contiene, toda vez que al no existir norma expresa que ordene un procedimiento previo, la autoridad correspondiente puede imponer directamente la sanción.

Lo anterior, además de que en el caso de autos no está comprobado, el que la Superintendencia Bancaria hubiera solicitado explicaciones previas, cuando en el año de 1983 impuso sanciones por defectos en el encaje que presentaban entidades vigiladas.

Por último el Decreto 3233 de 1965, artículo 5º, es una norma de carácter general que se refiere a *cualquier* violación de las normas a que están sometidas las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria y respecto de las cuales no exista una sanción expresamente consagrada, situación que no es la que se presenta cuando se trata de violación de normas sobre encaje de las Corporaciones de Ahorro

y Vivienda y de imposición de las sanciones para tal efecto expresamente consagradas, sin que se ordene un procedimiento previo, ya que para este evento, el derecho de defensa va implícito en las mismas informaciones que se suministran a la Superintendencia Bancaria.

Por lo expuesto las pretensiones de la demanda no pueden prosperar.

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:

Deniéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, publíquese, notifíquese, archívese el expediente. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Los consejeros,

Carmelo Martínez Conn, Jaime Abella Zárate, José Ignacio Narváez García, Consuelo Sarria Olcos.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

SUPERINTENDENCIA BANCARIA. COMPETENCIA. ENCAJE BANCARIO. JUNTA MONETARIA.

El Decreto 1412 de 1979 produjo sus efectos y la Superintencia Bancaria no podía dejarlo de aplicar para invocar en su lugar el artículo 23 literal a) de la Ley 7ª de 1973, toda vez que esta última norma, simplemente atribuye a la Junta Monetaria la competencia para regular lo relacionado con el encaje y a la Superbancaria la de imponer sanciones, pero no establece el encaje en sí mismo considerado, como sí lo hacía el citado Decreto 1412 de 1979.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., diez de febrero de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejera ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación 1079. Nulidad y restablecimiento del derecho de las Resoluciones número 5831 de septiembre 28 de 1979 y 6685 de noviembre 12 de 1979 proferidas por la Superintendencia Bancaria.

Actor: Corporación de Ahorro y Vivienda COLMENA.

La Corporación Social de Ahorro y Vivienda COLMENA formuló demanda, en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho tendiente a obtener la nulidad de las Resoluciones números 5831 de 28 de septiembre de 1979 y 6685 de 12 de noviembre de 1979, confirmatoria de la anterior, proferidas por la Superintendencia Bancaria y en las cuales se le impuso a la citada Corporación una sanción por deficiencias de encaje.

Desaparecido el expediente en noviembre de 1985, la actora optó por la presentación de una nueva demanda de conformidad con el artículo 1º del Decreto 3825 de 1985 y habiéndose cumplido el trámite de rigor sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, es del caso proferir sentencia.

1. Los actos acusados:

La Superintendencia Bancaria, por medio de la Resolución número 5831 de 28 de septiembre de 1979 consideró que estaba establecido

que la Corporación Social de Ahorro y Vivienda COLMENA presentó defecto de encaje por un total de $ 674.559.000.00 durante los días 2, 3, 4, 5, 18, 19, 23, 25, 27 y 31 de julio de 1979, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 1412 de 1979 y los artículos 12 y 14 de la Resolución 30 de 1979 de la Junta Monetaria, por lo cual le impuso una sanción pecuniaria de $ 554.432.18.

Recurrida la anterior decisión, la Superintendencia Bancaria la confirmó, mediante la Resolución número 6685 de 12 de noviembre de 1979, también demandada.

2. La demanda:

En extenso memorial que obra a folios 71 a 100 del expediente el actor presentó "nueva demanda", de conformidad con lo establecido en el artículo 1º del Decreto 3825 de 1985 y allí se precisan sus argumentos, los cuales pueden sintetizarse así:

a) La nulidad de los artículos 12 y 13 de la Resolución 30 de 1979 de la Junta Monetaria y la aplicación preferente del artículo 6º, segundo inciso del Decreto 1728 de 1974.

Se afirma que los citados artículos son nulos porque violan el artículo 6º inciso segundo del Decreto 1728 de 1974 y el numeral 14 del artículo 120 de la Constitución Nacional, por cuanto la Junta Monetaria no tiene competencia para modificar la forma de determinar el encaje, ya que ello le corresponde al presidente de la República como suprema autoridad administrativa y de conformidad con el citado ordinal 14 del artículo 120 de la Constitución Nacional.

b) La ilegalidad del artículo 1º del Decreto 1412 de 1979 y la aplicación preferente del artículo 23, literal a) de la Ley 7ª de 1973.

Como se afirma en la demanda, este es un planteamiento contrario al anterior y se refiere a que de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado "es facultad privativa de la Junta Monetaria fijar, variar y reglamentar el encaje, en general, de todas las entidades que reciben depósitos a la vista o a término, entre las cuales han de mencionarse las corporaciones de ahorro y vivienda, y señalar sistemas de cómputo para liquidar encajes, establecer y definir infracciones a las normas sobre encaje y establecer sanciones por el incumplimiento de las mismas, por virtud de lo establecido mediante el artículo 23, literal a) de la Ley 7ª de 1973 expedida en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 76, numeral 15, de la Constitución, que asigna al Congreso la facultad de fijar la ley, peso, tipo y denominación de la moneda. De manera que *no podía el Gobierno fijar, variar ni reglamentar el encaje de las corporaciones de ahorro y vivienda,* ni de ninguna otra entidad que reciba depósitos a la vista o a término.

"Por ello es nulo el artículo 1º del Decreto 1412 de 1979, y lo son todas aquellas disposiciones mediante las cuales el Gobierno hubiera

fijado, variado o reglamentado el encaje de las entidades de crédito; y son nulas, en consecuencia, las Resoluciones números 5831 de 28 de septiembre y 6685 de 12 de noviembre de 1979 proferidas por la Superintendencia Bancaria, por cuanto fueron expedidas con base en aquella disposición. Desde luego que *no podría haber sanciones por defectos de encaje, si, por otra parte, no existe, establecido conforme a derecho, encaje alguno*".

Anota que la nulidad del citado Decreto 1412 de 1979 fue aceptada por el Gobierno, cuando mediante el Decreto 2656 de 1984 acogió la jurisprudencia del Consejo de Estado y derogó todos los decretos del presidente de la República cuyo contenido correspondía a la competencia de la Junta Monetaria.

c) Desconocimiento del derecho de defensa y del principio del debido proceso.

Con fundamento en algunas citas de tratadistas de derecho administrativo y de derecho procesal y otras jurisprudenciales, afirma que se desconoció el derecho de defensa y el principio del debido proceso, por cuanto, las sanciones se impusieron sin haberse oído a la sancionada.

Invoca como norma violada el artículo 5º del Decreto 3233 de 1965.

3. La impugnación de la demanda:

Por su parte, el señor apoderado de la Superintendencia Bancaria se opuso a las pretensiones de la demanda y en su alegato de conclusión precisa sus argumentos, los cuales, en resumen son los siguientes:

a) Los actos acusados fueron expedidos por el superintendente bancario con fundamento en los artículos 12 y 13 de la Resolución número 30 de 1979 de la Junta Monetaria, resolución que gozaba de la presunción de legalidad que cobija a todos los actos de las autoridades administrativas, siendo por lo tanto de obligatorio cumplimiento durante su vigencia, la cual solamente fue suspendida provisionalmente a partir de 16 de noviembre de 1979.

Como los actos demandados fueron expedidos durante la vigencia de la citada resolución no existe duda alguna sobre su validez, la cual quedó confirmada, por lo demás, con la declaratoria de legalidad de los citados artículos 12 y 13 de la Resolución número 30 de 1979 de la Junta Monetaria.

Y por lo anterior, no era procedente la alegada aplicación preferencial del artículo 6º inciso 2º del Decreto 1728 de 1974 o de cualquier otra norma.

Agrega que las previsiones del citado artículo 6º inciso 2º del Decreto 1728 de 1974 y las de los cuestionados artículos 12 y 13 de la Resolución número 30 de 1979 de la Junta Monetaria, no sólo no son contradictorios, sino que se complementan ya que los saldos correspondientes al término de cada mes, no pueden ser otros que los resultantes de computar día a día las cifras sujetas a encaje, y no considerando únicamente la cifra del último día de mes.

Cita en respaldo de su argumento el auto de 10 de agosto de 1979 en el proceso 6308, y la sentencia del Consejo de Estado de 18 de junio de 1984 Expedientes 6444 y 6451 acumulados.

b) Con relación a la alegada nulidad del Decreto 1412 de 1979 anota:

"Habiendo sido expedido el Decreto 1412 de 15 de junio de 1979 y siendo aplicable lo dispuesto en su artículo 1º a partir del mes de mayo de 1979, la conducta sancionada ocurrió en el mes de julio de 1979. Así, tanto para la época de ocurrencia de los hechos, como para la fecha de expedición de la resolución sancionatoria se encontraba vigente y en consecuencia, era de obligatorio cumplimiento por parte de las Corporaciones de Ahorro y Vivienda y de exigida observancia para la Superintendencia Bancaria, en concordancia con la Ley 45 de 1923 y la 7ª de 1973.

"En el anterior contexto se enmarcó el denominado 'Principio de legalidad' dentro del cual se desarrolla la 'presunción de legalidad'..."

c) No se desconoció ni el derecho de defensa, ni el debido proceso, ya que en la imposición de sanciones por desencaje no es necesario el cumplimiento de un proceso previo, toda vez que la entidad sancionada ha reconocido, o mejor ha confesado su falta, cuando presenta los informes y balances a la Superintendencia Bancaria y ésta la ha comprobado cuando procede a hacer las liquidaciones correspondientes, todo de acuerdo con las facultades que para tal efecto le otorga la ley.

Así que confesada la falta y verificada por la autoridad competente, esta procede a imponer las sanciones, previstas en la ley.

Cita sobre el tema la sentencia de 29 de junio de 1984 del Consejo de Estado.

Por último agrega:

"...la aplicación del Decreto 3233 de 1965, como pretende el actor, sólo es pertinente cuando la trasgresión legal no tuviera fijada una sanción específica, supuesto diferente al presente evento, ya que el artículo 14 de la Resolución 30 de 1979 de la Junta Monetaria precisamente impone la respectiva sanción, por lo cual se torna inaplicable al mencionado decreto".

4. Concepto fiscal:

La distinguida Fiscal Sexta de la Corporación, en su concepto de fondo solicita se acceda a las súplicas de la demanda con base en lo siguiente:

"El honorable Consejo de Estado reiteradamente ha sostenido, al igual que la Corte Suprema de Justicia, que es de competencia del Congreso Nacional todo lo relativo a 'fijar la ley, peso, tipo y denominación de la moneda' pues así lo dispone el artículo 76-16 de la Constitución Nacional, lo que incluye naturalmente el control del flujo de la moneda y de los cuasidineros en circulación para cuya regulación el mismo legislador creó la Junta Monetaria. También ha señalado el carácter de administrativo de los decretos dictados por el presidente de la República en ejercicio de la facultad del artículo 120-14 de la Carta y como consecuencia obvia, la imposibilidad de incursionar a través de esta atribución en materias reservadas a la ley.

"En este orden de ideas, debemos convenir que tiene razón el accionante al acusar de vicios de nulidad al artículo 1º del Decreto 1412 de 1979 expedido por el ministro delegatorio de funciones presidenciales en ejercicio de la facultad del artículo 120-14 de la Constitución Nacional, mediante el cual se fijó los porcentajes en que deben mantener el encaje las corporaciones de ahorro y vivienda a partir de los balances correspondientes al mes de mayo de 1979. Ello presupone que las resoluciones acusadas, dictadas con base en el artículo 1º del Decreto 1412 de 1979, adolezcan también de vicio de nulidad, como quiera que la Superintendencia Bancaria incumplió con el deber que le imponía el artículo 240 del Código de Régimen Político y Municipal de observar preferentemente las disposiciones legales. La presunción de legalidad de los actos administrativos no obsta para que la administración en casos de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, o entre la ley y una norma de inferior jerarquía, aplique la norma preferente: esta es una obligación que impuso el constituyente sin excluir a funcionario u organismo alguno y también el legislador en el artículo 240 del Código de Régimen Político y Municipal.

"Y entre el artículo 1º del Decreto 1412 de 1979 y el artículo 23 literal a) de la Ley 7ª de 1973 este último era preferente, tal como lo afirma la accionante".

Consideraciones de la Sala:

Son tres los argumentos propuestos en la demanda y a cada uno de ellos se referirá la Sala:

1. Nulidad de los artículos 12 y 13 de la Resolución número 30 de 1979 de la Junta Monetaria y aplicación preferente del artículo 6º segundo inciso del Decreto 1728 de 1974.

La actora sostiene que las resoluciones aquí demandadas deben declararse nulas por cuanto la Superintendencia Bancaria no podía legalmente dar aplicación a los artículos 12 y 13 de la Resolución número 30 de 1979 de la Junta Monetaria porque ésta era contraria a la ley y a la Constitución Nacional.

Al respecto, existe cosa juzgada toda vez que el Consejo de Estado, en sentencia de 29 de junio de 1984 (Anales núm. 481-482. Tomo CVI, año LIX, Primer Semestre 1984, pág. 437) declaró que los citados artículos de la Resolución 30 de 1979 de la Junta Monetaria se ajustaban a la Constitución y a la ley.

Por ello el argumento no puede prosperar.

2. Ilegalidad del artículo 1º del Decreto 1412 de 1979 y aplicación preferente del artículo 23, literal a) de la Ley 7, de 1973.

El planteamiento se fundamenta en la afirmación de que la competencia para fijar, variar y reglamentar el encaje a que están obligadas las entidades que reciben depósitos a la vista o a término, y entre ellas las Corporaciones de Ahorro y Vivienda y señalar sistemas de cómputo para liquidar encajes, establecer y definir infracciones a las normas sobre encaje, así como establecer las sanciones respectivas corresponde a la Junta Monetaria, de conformidad con la Ley 7ª de 1973, artículo 23 literal a), dictada en desarrollo de lo dispuesto en el numeral 15 del artículo 76 de la Constitución.

Por ello se afirma que el Decreto 1412 de 1979, mediante el cual se regularon las citadas materias es nulo y lo son también los actos demandados por haber sido dictados con base en dicho decreto y no haber dado aplicación preferencial al artículo 23, literal a) de la Ley 7ª de 1973.

El anterior criterio es compartido por la distinguida colaboradora fiscal y por ello solicita, de acuerdo con el artículo 240 del Código de Régimen Político y Municipal, que se acceda a las súplicas de la demanda.

Sin embargo, y aunque la Sala comparte la jurisprudencia establecida por el Consejo de Estado con relación a las competencias que corresponden en esta materia a la Junta Monetaria, de conformidad con la ley y con base en la Constitución Nacional, considera que este argumento no puede prosperar por las siguientes razones:

El Decreto 1412 de 1979 comenzó a regir el día 15 de junio de dicho año, o sea que ya estaba produciendo sus efectos jurídicos cuando se expidieron los actos ahora demandados, y gozaba de la presunción de legalidad, debiendo ser aplicado por las autoridades correspondientes; y no era este el primer decreto presidencial que regulaba lo relacionado con el encaje que debían cumplir las Corporaciones de Ahorro y Vivienda, pues ya con anterioridad, se habían expedido otros,

como el 676 de 1977 y el 1414 de 1976, sobre la misma materia y sólo fue a través de la jurisprudencia que se precisó y delimitó el ámbito de la competencia de la Junta Monetaria en esta materia.

Por lo anterior, fue el mismo Gobierno quien expresamente derogó mediante una decisión posterior al Decreto 1412 de 1979 y otros decretos a través de los cuales había ejercido una competencia que se consideraba suya y que no lo era, según la jurisprudencia citada.

Pero mientras no fue derogado, el Decreto 1412 de 1979 produjo sus efectos y la Superintendencia Bancaria no tenía otra alternativa que aplicarlo, ya que no había sido suspendido ni anulado por las autoridades jurisdiccionales competentes para tal efecto.

A juicio de la Sala no era posible la *aplicación* preferencial del artículo 23, literal a) de la Ley 7ª de 1973, y el cumplimiento del artículo 240 del Código de Régimen Político y Municipal citado por la señora fiscal.

Lo anterior, porque si se tiene en cuenta que el artículo 1º del Decreto 1412 de 1979 establece:

"Las corporaciones de ahorro y vivienda deberán mantener un encaje representado en obligaciones de valor constante, sin interés, emitidas por el FAVI, en los siguientes porcentajes:

"a) 13 por ciento sobre los depósitos en cuenta de ahorro de valor constante;

"b) 10 por ciento sobre los depósitos en certificados de ahorro de valor constante.

"Parágrafo. Sobre los depósitos ordinarios las corporaciones continuarán manteniendo el porcentaje de encaje del 15 por ciento señalado por el artículo 7º del Decreto 1414 de 1976", no era posible para la Superintendencia Bancaria dejarlo de aplicar y en su lugar invocar el artículo 23 literal a) de la Ley 7ª de 1973, toda vez que esta última norma, simplemente atribuye a la Junta Monetaria, la competencia para regular lo relacionado con el encaje y a la Superintendencia Bancaria la de imponer sanciones, pero no establece el encaje en sí mismo considerado, como sí lo hacía el citado Decreto 1412 de 1979.

Por lo anterior, no es aplicable al presente caso, el artículo 240 del Código de Régimen Político y Municipal ya que allí se prescribe el orden de preferencia de *"disposiciones contradictorias"* y en el caso de autos, no existía contradicción entre lo dispuesto por el Decreto 1412 de 1979 en materia de porcentaje de encaje y lo previsto en el artículo 23 literal a) de la Ley 7ª de 1973, la cual estableció las funciones de la Junta Monetaria, por regular temas diferentes. No pueden considerarse contradictorias, para efectos de aplicar la de mayor jerarquía y no la otra.

Cuando se expidieron los actos cuestionados en el caso de autos, el Decreto 1412 de 1979 se encontraba vigente, su aplicación no se había controvertido ante la administración, quizás por ser favorable y tampoco se demandó ante la jurisdicción administrativa, o sea que produjo sus efectos, hasta cuando fue expresamente derogado por una decisión administrativa posterior.

Pero es más, si se llegare a aceptar que dicho decreto no debía aplicarse, las normas empleadas en materia de encaje y sanciones por su incumplimiento, serían el Decreto 1414 de 1976 y el 676 de 1977, también dictados por el presidente de la República. Así que, hizo bien la Superintendencia Bancaria, al aplicar una norma vigente al momento de dictar las resoluciones sancionatorias, toda vez que dicha norma no había sido suspendida, ni anulada y gozaba de la presunción de legalidad.

3. Violación del derecho de defensa y del principio del debido proceso.

Se afirma que en cuanto la actora no fue oída previamente a la imposición de las sanciones, se desconoció su derecho de defensa y no se cumplió con el debido proceso.

La Sala no comparte lo anterior, toda vez que en las circunstancias propias del presente caso, no se configura el cargo planteado.

En efecto, por expreso mandato legal, las Corporaciones de Ahorro y Vivienda deben suministrar informaciones periódicas a la Superintendencia Bancaria y es a través de las mismas como se establece la violación de las normas en materia de encaje, o mejor la situación de desencaje sancionada de las citadas Corporaciones. Por eso, no es indispensable una explicación previa, toda vez que las informaciones son suministradas por los mismos sujetos pasivos de la inspección y vigilancia.

Tan cierto es que no se ha desconocido el derecho de defensa que la actora pudo controvertir los actos sancionatorios y de hecho lo hizo, a través de los recursos administrativos.

Por último el Decreto 3233 de 1965, artículo 5º, es una norma de carácter general que se refiere a *cualquier* violación de las normas a que están sometidas las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria y respecto de las cuales no exista una sanción expresamente consagrada, situación que no es la que se presenta cuando se trata de violación de normas sobre encaje de las Corporaciones de Ahorro y Vivienda y de imposición de las sanciones para tal efecto expresamente consagradas, sin que se ordene un procedimiento previo, ya que para este evento, el derecho de defensa va implícito en las mismas informaciones que se suministran a la Superintendencia Bancaria.

En síntesis, considera la Sala que los actos demandados fueron expedidos por el superintendente bancario en ejercicio de competen-

cias expresamente a él atribuidas y de acuerdo con el ordenamiento jurídico preestablecido y por ello las pretensiones de la demanda no pueden prosperar.

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:

Deniéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, publíquese, notifíquese, archívese el expediente. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Carmelo Martínez Conn, Jaime Abella Zárate, José Ignacio Narváez García, Consuelo Sarria Olcos.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

PRESIDENTE DE LA REPUBLICA. Facultad discrecional. INSUBSISTENCIA.

Si el presidente de la República tiene la facultad discrecional de nombrar y remover sus agentes como lo declara el artículo 120-5 de la Carta y el cargo del accionante se encuentra enmarcado en este supuesto, no hacía falta motivar la declaración de insubsistencia, así ella fuera consecuencia de una investigación administrativa o disciplinaria previamente concluida.

ACCION DE PLENA JURISDICCION. ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. CADUCIDAD.

Constituyendo las resoluciones demandadas una decisión administrativa autónoma e independiente, que produjo efectos jurídicos, podían ser impugnadas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con miras al restablecimiento de los derechos particulares afectados, por los interesados, mediante el ejercicio de la acción de plena jurisdicción o de restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 167 de 1941, subrogado por el artículo 85 del Decreto 01 de 1984. Pero esta acción sólo podía ser ejercitada por el actor dentro del término de su caducidad establecido en el artículo 83 de la Ley 167 de 1941, que era de cuatro meses contados a partir de la notificación personal en el sub lite.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., diecisiete de febrero de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker* .

Proyectó: Doctor Antonio José Arciniegas Arciniegas. Abogado asistente.

Referencia: Expediente número 1703.

Actor: Gilberto Cardona Restrepo.

Gilberto Cardona Restrepo, por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, presentó demanda ante esta Corporación solicitando, la declaración de nulidad de los artículos 2º y 3º de las Resoluciones números 103 y 125 de fechas 25 de febrero y 11 de marzo de 1981 y del Auto de 2 de abril del mismo

año, proferidos por la Procuraduría delegada para las Fuerzas Militares, por los cuales se resolvió solicitar su destitución como Juez Cuarenta y cinco de Instrucción Penal Militar de la Tercera Brigada y se negó el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución 125 de 11 de marzo de 1981, respectivamente y, la declaración de nulidad del artículo 1º del Decreto ejecutivo número 1127 de 4 de mayo de 1981, expedido por el presidente de la República y el ministro de Defensa Nacional, en el cual se declaró insubsistente su nombramiento como Juez Cuarenta y cinco de Instrucción Penal Militar, grado 17, de la Tercera Brigada y que, como consecuencia de esas declaraciones, se ordene su reintegro al mismo cargo o a otro de igual o superior categoría, con el pago de los sueldos y prestaciones dejados de devengar, declarando la no solución de continuidad de sus servicios.

Esas pretensiones se apoyaron en los siguientes,

Hechos:

"1. El doctor Gilberto Cardona Restrepo fue vinculado a la justicia penal militar en el cargo de Juez Cuarenta y Cinco de Instrucción Penal Militar mediante el Decreto ejecutivo número 2442 de 13 de noviembre de 1975, cargo del cual tomó posesión el 20 de los mismos mes y año.

"2. La Procuraduría delegada para las Fuerzas Militares en uso de las facultades conferidas por el Decreto (sic) 250 de 1970, 521 de 1971 y Ley 25 de 1974, y en virtud de solicitud formulada por el señor comandante de la Tercera Brigada con sede en Cali, dictó la Resolución número 021 de 14 de enero de 1981 mediante la cual comisionó a un abogado visitador de dicho despacho 'para que practique visita oficial al Comando de la Tercera Brigada, con el fin de establecer las responsabilidades disciplinarias o penales que existan en la tramitación del proceso de ese juzgado de instancia'.

"3. El doctor Gilberto Cardona Restrepo en su calidad de Juez Cuarenta y Cinco de Instrucción Penal Militar fue vinculado a la investigación disciplinaria adelantada por la Procuraduría delegada para las Fuerzas Militares por haber recibido de la Auditoría Principal de Guerra el proceso seguido contra los agentes de la Policía Nacional, señores John Jairo Palacios y Marco Lourido por el delito de extorsión, para 'asesoría' y haber elaborado, de acuerdo con instrucciones del auditor principal de Guerra, un proyecto ordenando la cesación de todo procedimiento en contra de los sindicados.

"4. La investigación disciplinaria culminó con la expedición de la Resolución número 103 de fecha 25 de febrero

de 1981 proferida por la Procuraduría delegada para las Fuerzas Militares mediante la cual en su artículo segundo se dispuso: 'Solicitar la destitución del doctor Gilberto Cardona Restrepo del cargo de Juez Cuarenta y Cinco de Instrucción Penal Militar *por encuadrar su conducta dentro del artículo 96 del Decreto 250 de 1970*' (se subraya).

"5. Contra la anterior providencia interpuso recurso de *reposición* el doctor Cardona Restrepo, el que fue resuelto en forma adversa mediante la Resolución número 125 de 11 de marzo del mismo año en cuyo artículo tercero se ordena 'mantener en firme la solicitud de destitución del doctor Gilberto Cardona Restrepo del cargo de Juez Cuarenta y Cinco de Instrucción Penal Militar y de Alberto Acosta Ruiz, secretario de ese mismo despacho *por violación del artículo 96 del Decreto 250 de 1970*' (se subraya).

"6. Contra la anterior providencia interpuso recurso de apelación el doctor Cardona Restrepo, el que fue negado por medio del auto de fecha 2 de abril de 1981 'por ser improcedente al no ser susceptible de recurso alguno'.

"7. Con el Oficio número 951 de 3 de abril de 1981, suscrito por el procurador delegado para las Fuerzas Militares y dirigido al señor ministro de Defensa Nacional, se enviaron copias de las Resoluciones números 103 y 125 de 1981 para que 'como autoridad nominadora se destituya al doctor Gilberto Cardona Restrepo del cargo de Juez Cuarenta y Cinco de Instrucción Penal Militar'.

"8. Mediante Decreto 1127 de fecha 4 de mayo de 1981 firmado por el señor presidente de la República y su ministro de Defensa Nacional 'en uso de sus facultades legales' se declaró insubsistente el nombramiento del doctor Gilberto Cardona Restrepo del cargo de Juez Cuarenta y Cinco de Instrucción Penal Militar, sin aparecer motivado dicho acto administrativo.

"9. El doctor Gilberto Cardona Restrepo ejerció el cargo de Juez Cuarenta y Cinco de Instrucción Penal Militar hasta el 4 de mayo de 1981, fecha en la cual hizo entrega formal del despacho al señor auditor principal de Guerra de la Tercera Brigada" (fls. 3, 4 y 5 C. P.).

En la demanda se citaron como normas violadas, los artículos 16, 17, 30 de la Constitución Nacional; 3º, 96, 97, 101 y 102 del Decreto 250 de 1970; 1º, 2º, 165, 166, 168 y 175 del Decreto legislativo (sic) número 1660 de 1978; 46 del Decreto 610 de 1977; 80, 81 literal e), 83 literal i), 102 literal g) numeral 2º; 108 literal e) del Decreto 1776 de 1979 y 66, parte final, de la Ley 167 de 1941.

El concepto de violación de esas normas se hizo consistir en lo siguiente:

Se comienza afirmando el deber de ejercer las potestades públicas dentro de los contextos de las normas constitucionales y legales y se desarrolla el concepto de violación así:

Se dice que las resoluciones de la Procuraduría delegada para las Fuerzas Militares violaron los Decretos 250 de 1970 y 1660 de 1978, al aplicarlos al demandante, debido a que estos estatutos no eran aplicables a los jueces de Instrucción Penal militar a quienes no incluyen en sus disposiciones, y violaron también los artículos citados de los Decretos 610 de 1977 y 1776 de 1979, por no haber sido aplicados para sancionar la conducta del actor a pesar de constituir el estatuto a que estaba sometido.

Respecto del Decreto ejecutivo número 1127 de 4 de mayo de 1981, expedido por el presidente de la República y el ministro de Defensa Nacional, por el cual se declaró insubsistente el nombramiento del demandante, se afirmó que es violatorio de la parte final del artículo 66 de la Ley 167 de 1941 "por haber sido expedido en forma irregular y con desviación de poder" (fl. 13 C. P.), al haberse pretermitido la motivación. Se dice en la demanda: "...ocurre que el citado acto administrativo es la culminación de una investigación disciplinaria iniciada por la Procuraduría delegada para las Fuerzas Militares en la cual se le formularon cargos constitutivos de mala conducta y que dieron margen a que se solicitara la 'destitución' del citado funcionario... las conductas a que se hace mención en dicha investigación disciplinaria constituyen los verdaderos motivos del decreto de insubsistencia, la cual se torna en destitución" (fl. 14). Existe desviación de poder, como causal de nulidad, teniendo presente según se afirma en la demanda que "los jueces de Instrucción Penal Militar por ser nombrados por el ejecutivo y no pertenecer a la carrera judicial, están sujetos al libre nombramiento de la entidad nominadora" (fl. 14 C. P.).

Por otra parte se expresa en el libelo que, en el caso hipotético y en gracia de discusión de que se considere que los jueces de Instrucción Penal Militar sí pertenecen a la Rama Jurisdiccional y están amparados por la carrera judicial siéndoles aplicables los Decretos 250 de 1970 y 1660 de 1978, las resoluciones de la Procuraduría delegada para las Fuerzas Militares son violatorias de esos decretos por lo siguiente:

> "La Procuraduría delegada para las Fuerzas Militares al proferir las Resoluciones números 103 y 125 de 1981, impugnadas y determinar la sanción máxima de la destitución para el doctor Gilberto Cardona Restrepo no tuvo en cuenta ninguna de las circunstancias a que aluden las disposiciones a que antes se ha hecho referencia.

"Si se tiene en cuenta la naturaleza de la falta que se le imputa al actor y las circunstancias y modalidades del hecho, así como también la excelente conducta y sus limpios antecedentes durante el tiempo en que prestó servicios al Ministerio de Defensa Nacional como Juez Cuarenta y Cinco de Instrucción Penal Militar, así como las circunstancias atenuantes hay que aceptar que la falta fue mal catalogada, por cuanto el hecho imputado no constituye una falta constitutiva de mala conducta, por lo cual deberá ser eximido de toda responsabilidad, y declaradas nulas por este otro aspecto, las resoluciones de la Procuraduría" (fls. 17 y 18 cdno. ppal.).

Reconstruido el proceso, por auto de 14 de marzo de 1988 se determinó que quedaba para fallo, a lo cual se procede, no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, mediante las siguientes

Consideraciones:

Mediante el ejercicio de la acción de plena jurisdicción o de restablecimiento del derecho, en la demanda se solicitó la declaración de nulidad de los artículos 2º y 3º de las Resoluciones números 103 y 125, expedidas el 25 de febrero y el 11 de marzo de 1981 por el procurador delegado para las Fuerzas Militares, por las cuales se decidió, respectivamente, solicitar la destitución del actor del cargo de Juez Cuarenta y Cinco de Instrucción Penal Militar y mantener en firme esa decisión.

La Resolución número 103 fue expedida el 25 de febrero de 1981 como culminación de la investigación disciplinaria adelantada por la Procuraduría delegada para las Fuerzas Militares e iniciada por ésta con la Resolución número 021 de 14 de enero de 1981 a petición del comandante de la Tercera Brigada para establecer posibles hechos irregulares de varios funcionarios de la justicia penal militar (fls. 74 a 144 cdno. 2).

En el punto séptimo de esa Resolución 103 se dispuso: "Contra la presente resolución sólo procede el recurso de reposición" (fls. 92, 93 C. P.; 143, 144 cdno. 2).

La notificación de esta resolución fue ordenada el 2 de marzo de 1981 y practicada personalmente al demandante el 4 de marzo siguiente, a quien se enteró de que "contra dicha providencia sólo procede el recurso de reposición" (fls. 145 y 147 cdno. 2). No obstante, el actor interpuso el recurso de reposición y subsidiariamente el de apelación.

El procurador delegado para las Fuerzas Militares, mediante la Resolución 125 de 11 de marzo de 1981 decidió mantener en firme la solicitud de destitución del demandante del cargo de Juez Cuarenta

y Cinco de Instrucción Penal Militar (fls. 94 a 97 C. P.; 166 a 169 cdno. 2). Esta resolución fue notificada personalmente al actor el 25 de marzo de 1981 (fl. 171 cdno. 2).

El procurador delegado para las Fuerzas Militares, por auto de 2 de abril de 1981, negó la apelación interpuesta por el actor contra la anterior resolución "por ser improcedente al no ser susceptible de recurso alguno" (fl. 177 cdno. 2).

Las mencionadas resoluciones conformaron un acto administrativo perfecto, contentivo de una decisión sancionatoria como culminación de la investigación disciplinaria adelantada por la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares en uso de sus facultades y competencias asignadas por los Decretos 250 de 1970, 1660 de 1978 y la Ley 25 de 1974. Estas resoluciones quedaron en firme y ganaron fuerza ejecutoria al notificarse la última que decidió el recurso de reposición interpuesto, debido a que no fue desvirtuada la presunción de legalidad del auto del 2 de abril que negó el recurso de apelación por improcedente.

Constituyendo esas resoluciones una decisión administrativa autónoma e independiente, que produjo efectos jurídicos, podían ser impugnadas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con miras al restablecimiento de los derechos particulares afectados, por los interesados, como el demandante, mediante el ejercicio de la acción de plena jurisdicción o de restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 67 de la Ley 167 de 1941, subrogado por el artículo 85 del Decreto 01 de 1984.

Pero esta acción sólo podía ser ejercitada por el actor dentro del término de su caducidad establecido en el artículo 83 de la Ley 167 de 1941, que era de cuatro meses corridos a partir de 25 de marzo de 1981 (fl. 171 cdno. 2), cuando le fue notificada personalmente la resolución del recurso de reposición, que era el único procedente, como le fue informado.

Debe tenerse en cuenta que en la demanda no se presentó argumento alguno sobre la procedencia del recurso de apelación interpusto por el actor en la vía gubernativa, el cual fue negado por el auto de 2 de abril de 1981 (fl. 177 cdno. 2), cuya nulidad se pidió en la demanda pero sin indicarse las normas que pudieran resultar violadas con el rechazo de ese recurso por improcedente. Por esta razón deberá denegarse la anulación de dicho auto.

De acuerdo con lo visto, la demanda contra las Resoluciones números 103 y 125 ha debido presentarse ante esta Corporación dentro de los cuatro meses corridos a partir de 25 de marzo de 1981, cuando se notificó al demandante la Resolución número 125 citada, que agotó la vía gubernativa, pero aquella fue presentada después de cumplido ese término de caducidad, el 31 de agosto de 1981 (fl. 19 C. P.). Por

esta razón deberá declararse probada la caducidad de la acción ejercitada contra esas resoluciones.

En la demanda también se pidió la declaración de nulidad del artículo 1º del Decreto ejecutivo número 1127 de 4 de mayo de 1981, expedido por el presidente de la República, por el cual se declaró la insubsistencia del nombramiento del demandante como Juez Cuarenta y Cinco de Instrucción Penal Militar, grado 17, de la Tercera Brigada.

Este decreto es un acto administrativo expedido por el presidente de la República "en uso de sus facultades legales" (*Diario Oficial,* fl. 56 C. P.).

Según la demanda, el actor como juez penal militar no pertenecía a la Rama Jurisdiccional o Ministerio Público, ni estaba amparado por la carrera judicial y era de libre nombramiento del poder ejecutivo (fl. 14 C. P.). Este planteamiento, que no aparece contradicho por ninguno de los elementos de juicio que obran en el expediente y es consecuente con las disposiciones de los Decretos 250 de 1970 y 1660 de 1978, pone de presente que el Decreto número 1127 de 4 de mayo de 1981 es un producto de la facultad nominadora discrecional del presidente de la República consagrada en el ordinal 5º del artículo 120 de la Constitución Nacional. Tal decreto es de naturaleza diferente de las resoluciones acusadas, proferidas por la Procuraduría delegada para las Fuerzas Militares en ejercicio de la función de vigilancia disciplinaria establecida en el artículo 143 de la Carta.

En la demanda se tilda este decreto de incurso en desviación de poder por no haber expresado los motivos de la decisión, a saber, las faltas que dieron lugar a la investigación disciplinaria de la Procuraduría, en tanto que se afirma, al mismo tiempo, que "los jueces de Instrucción Penal Militar por ser nombrados por el ejecutivo y no pertenecer a la carrera judicial, están sujetos al libre nombramiento de la entidad nominadora. En consecuencia, cuando la administración obra con la facultad absolutamente discrecional, *no requiere expresar los motivos* que determinaron su decisión" (fl. 14).

La contradicción del planteamiento de la demanda resulta evidente.

De otro lado, si como lo afirma el accionante las conductas a que hace referencia en la investigación disciplinaria de la Procuraduría "constituyen los verdaderos motivos del decreto de insubsistencia, la cual se torna en destitución" (fl. 14), dónde está la pregonada desviación de poder?

Se contradice nuevamente el actor, a este respecto, pues afirma:

> "En estas circunstancias, al haber pretermitido el ejecutivo esta formalidad legal de decretar la insubsistencia del

actor sin motivar el acto, el Gobierno obró con desviación de poder, lo que vicia de nulidad el acto acusado" (fl. 14).

Es lógico concebir que, si el presidente de la República tiene la facultad discrecional de nombrar y remover sus agentes como lo declara el artículo 120-5 de la Carta y el cargo del accionante se encuentra enmarcado en este supuesto, no hacía falta motivar la declaración de insubsistencia, así ella, como se pretende, fuera consecuencia de una investigación administrativa o disciplinaria previamente concluida. Que la insubsistencia sea una real destitución, como se supone en la demanda, no es vicio del acto administrativo existiendo, como existe (reconocida y confesada por el actor), la facultad discrecional de la administración en este caso.

Finalmente, apareciendo demostrada la mala conducta del demandante, previa y adecuadamente investigada por la Procuraduría, qué impedía a la administración el separar del servicio al empleado responsable, a través de un mecanismo legalmente autorizado?

Lo que ha sostenido la Corporación es justamente lo contrario: si la insubsistencia constituye una sanción de faltas disciplinarias que no se investigaron adecuadamente para permitir al inculpado su defensa oportuna, constituye una real y verdadera destitución, adoptada en forma irregular. En el *sub lite,* aún aceptando que se trata de una genuina destitución, no cabe tacha alguna al acto administrativo.

Dados los anteriores presupuestos, es única alternativa el denegar las pretensiones del demandante respecto del decreto en referencia.

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:

1. Declárase la caducidad de la acción ejercitada para demandar la nulidad, con restablecimiento del derecho, de las Resoluciones números 103 y 125 de fechas 25 de febrero y 11 de marzo de 1981, expedidas por el procurador delegado para las Fuerzas Militares.

2. Deniéganse las demás peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 10 de febrero de 1989.

Alvaro Lecompte Luna, Aydeé Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

PENSION DE VEJEZ. PENSION DE JUBILACION. Incompatibilidad. EMPLEADO PUBLICO. REGIMEN PRESTACIONAL.

Pensión de vejez para los empleados públicos sólo existe la consagrada en el artículo 29 del Decreto 3135 de 1968 y es incompatible con la de jubilación. La pensión de vejez a cargo del Instituto de Seguro Social no es para los empleados públicos; pero si por error se reconoce, es incompatible con la de jubilación.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION. Presentación.

Tratándose de un escrito contentivo de un recurso extraordinario de anulación, que da lugar a un nuevo proceso puesto que aquel en el que se profirió la sentencia recurrida ya terminó con la ejecutoria de esta, es posible dar aplicación al artículo 142 del Código Contencioso Administrativo que se refiere a las demandas, permitiendo que si el signatario de las mismas reside en lugar distinto a aquel en el cual debe presentarla, la remita previa autenticación ante juez o notario de su residencia. Reiteración jurisprudencial del fallo de febrero 2 de 1989. Expediente 2379, doctora Clara Forero de Castro.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., diecisiete de febrero de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejera ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente número 2733.

Actora: Flor Angela Gutiérrez Acero. Recurso de anulación.

La señora Flor Angela Gutiérrez Acero mediante apoderado interpone recurso extraordinario de anulación contra la sentencia de 17 de marzo de 1987, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima.

Antecedentes:

Solicitó la señora Gutiérrez Acero ante el Tribunal la nulidad de las resoluciones por las cuales el Servicio Nacional de Aprendizaje

SENA, le redujo la pensión vitalicia de jubilación que le había reconocido mediante Resolución número 0094 de 18 de enero de 1983; y como restablecimiento del derecho, el reconocimiento correcto de la prestación y el pago de las diferencias dejadas de devengar.

Hechos:

1º Después de varios años de servicios a la administración pública, el SENA, última entidad a la cual estuvo vinculada, le reconoció pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados en el último año de servicios.

2º Mediante Resolución número 1020 de septiembre 11 de 1985, el SENA ordenó compartir con el Instituto de Seguros Sociales la pensión reconocida a la actora, disminuyendo la prestación a una cuantía que no corresponde al 75% del promedio de salarios devengados durante el último año de servicios.

La sentencia recurrida:

El Tribunal negó las súplicas impetradas, por cuanto no encontró desconocimiento de derechos adquiridos ni violación del artículo 73 del Código Contencioso Administrativo ni de las demás disposiciones invocadas, dado que al reconocer la pensión el SENA hizo la salvedad de que cubriría la totalidad de la pensión mientras el Instituto de Seguros Sociales reconocía la pensión de vejez.

Que siendo incompatible ésta última con la de jubilación en el sector público, carecían de fundamento las peticiones.

Cargos formulados contra la sentencia:

Se acusa de violar directamente, por falta de aplicación, el artículo 30 de la Constitución Nacional; los artículos 11 y 12 del Decreto 3041 de 1966; el artículo 8º del Decreto 433 de 1971.

Por aplicación indebida, el artículo 31 del Decreto 3135 de 1968.
Por interpretación errónea, el artículo 81 del Decreto 1848 de 1969 y los artículos 27 y 29 del Decreto 3135 de 1968.

En la explicación de los cargos manifiesta la recurrente: que se le desconoció un derecho adquirido con justo título, ya que el artículo 27 del Decreto 3135 de 1968 estableció la mesada pensional equivalente al 75% del promedio de salarios devengados durante el último año de servicios. Que los derechos adquiridos por medio de los actos administrativos tienen también una consagración legal. Que el Tribunal no tuvo en cuenta los artículos 30 de la Constitución Nacional; 69 y 73 del Código Contencioso Administrativo siendo estos claros al no permitir la revocación de un acto que reconoce derechos, sin

la voluntad expresa del titular, consentimiento que no se dio en el presente caso. Que se confundió la pensión de vejez consagrada en el artículo 29 del Decreto 3135 de 1968, con la denominada "seguro, riesgo o pensión de vejez", establecida en los Decretos 3041 de 1966, artículos 11 y 12 y en los artículos 6º y 8º del Decreto 433 de 1971. Y precisa que, la pensión de jubilación, la pensión de retiro por vejez y el seguro, riesgo o pensión de vejez, son prestaciones diferentes en su concepto, cuantía y régimen legal. Que el artículo 8º del Decreto 433 de 1971 regula la compatibilidad de pensiones del Instituto de Seguros Sociales con cualquier otra pensión.

Concepto fiscal:

El señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado opina que no es procedente la tramitación del recurso bajo examen, porque éste no se presentó en la secretaría del Tribunal que dictó la sentencia, como lo exige el artículo 198 del Código Contencioso Administrativo.

La Sala procede a decidir el recurso mediante las siguientes,

Consideraciones:

Habrá de analizarse en primer término el aspecto procesal planteado por el señor Fiscal Cuarto de la Corporación.

El recurso, dirigido al Consejo de Estado se presentó, para ser enviado al Tribunal Administrativo del Tolima, ante el presidente y secretario del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Fue remitido al Tribunal del Tolima en donde se recibió el 27 de abril de 1987; y éste a su vez, lo envió al Consejo de Estado, a donde llegó el 19 de mayo de 1987.

Estima la Sala que tratándose de un escrito contentivo de un recurso extraordinario de anulación, que da lugar a un nuevo proceso puesto que aquel en el que se profirió la sentencia recurrida ya terminó con la ejecutoria de esta, es posible dar aplicación al artículo 142 del Código Contencioso Administrativo que se refiere a las demandas, permitiendo que si el signatario de las mismas reside en lugar distinto a aquel en el cual debe presentarla, la remita previa autenticación ante juez o notario de su residencia.

Dicha formalidad tiene por objeto garantizar la autenticidad del escrito respectivo. Y en donde existe la misma razón debe aplicarse la misma disposición.

La norma pertinente para el recurso de anulación, artículo 198 del Código Contencioso Administrativo, prevé que el escrito, dirigido al presidente de la Sala Plena del Consejo de Estado, se presente ante la secretaría del Tribunal que dictó la sentencia. Pero no contempla la hipótesis de residencia del recurrente en un lugar distinto.

En el caso *sub júdice* este Tribunal era el del Tolima y el libelo se presentó ante el presidente y el secretario del Tribunal Administrativo de Cundinamarca para luego remitirlo al del Tolima, al cual estaba destinado; y dicho Tribunal cumplió su obligación de enviarlo al Consejo de Estado.

Examinando la fecha de ejecutoria de la sentencia se observa que se cumplió el 31 de marzo de 1987; luego el término para interponer el recurso vencía el 30 de abril de 1987, habiendo sido recibido en el despacho judicial de destino el 27 de abril.

Ante su oportuna presentación y pecando más bien por exceso que por defecto en cuanto a las formalidades para garantizar la autenticidad del escrito, y no pudiéndose argumentar que el Tribunal autor de la sentencia no hubiera tenido conocimiento de la interposición del recurso, sería demasiado rigorismo, que sacrificaría el fondo a la forma, acceder a lo solicitado por el señor fiscal en su concepto.

Resuelve entonces la Sala, analizar los cargos formulados y tomar decisión de fondo.

a) *Violación por falta de aplicación* de los artículos 30 de la Constitución Nacional; 69 y 73 del Código Contencioso Administrativo; 11 y 12 del Decreto 3041 de 1966; 8º del Decreto 433 de 1971.

En este cargo hace alusión la recurrente al desconocimiento de su derecho adquirido a devengar completa la pensión de jubilación que le había sido reconocida, y a la revocatoria directa sin su consentimiento expreso y escrito de un acto que había creado derechos a su favor.

Es obvio que los derechos garantizados por el artículo 30 de la Constitución Nacional son aquellos adquiridos con justo título.

Si bien es cierto que por reunir los requisitos de tiempo de servicio al Estado y edad, la señora Flor Angela Gutiérrez adquirió el derecho a pensión, no lo es menos, que esa pensión es incompatible con la de retiro por vejez que el Decreto 3135 de 1968 consagra para el sector público.

Por esa razón y por un mal entendimiento que se ha dado a los artículos 2º literal b) y 8º del Decreto 433 de 1971, el SENA al reconocerle la pensión de jubilación, previó la disminución del monto de la misma a su cargo, cuando el Instituto de Seguros Sociales le reconociera la pensión de vejez.

Como lo anotó el Tribunal, en el artículo 3º de la resolución respectiva —0094 de 18 de enero de 1983— se tuvo presente la fecha de 4 de diciembre de 1983, en la cual la señora Gutiérrez cumpliría

55 años, y así el Seguro Social con el reconocimiento de pensión de vejez, contribuiría al pago de la ya decretada. Como es evidente que la señora Gutiérrez Acero en su calidad de empleada pública no tiene derecho al disfrute de dos pensiones por el mismo tiempo de servicios, el Tribunal en su sentencia no infringió el artículo 30 de la Constitución Nacional.

Tampoco los artículos 69 y 73 del Código Contencioso Administrativo pues en este caso no se produjo revocatoria directa del acto que reconoció la pensión sino decisión de compartir su pago con el Instituto de Seguros Sociales, en cumplimiento precisamente de la resolución que según el libelo, se revocó directamente.

Ahora bien: por las mismas razones expuestas anteriormente a la recurrente no le son aplicables ni los artículos 11 y 12 del Decreto 3041 de 1966 ni el 8º del Decreto 433 de 1971, que se refieren a prestaciones para el sector privado y los llamados trabajadores oficiales.

No se da entonces la violación directa de estas normas, para que el cargo pueda prosperar.

b) *Violación por aplicación indebida del artículo 31* del Decreto 3135 de 1968.

La invocación que de este artículo hizo el Tribunal en su sentencia es correcta. Los empleados públicos están sometidos a un régimen prestacional único y no pueden ser simultáneamente considerados como empleados públicos y como trabajadores particulares o trabajadores oficiales. Y es un mandato legal que no debe desconocerse —art. 31 del Decreto 3135 de 1968— el que consagra para el sector público incompatibilidad entre las pensiones de jubilación, invalidez y retiro por vejez.

No es de recibo que la recurrente quiera hacer valer su condición de empleada pública para que se le reconozca la pensión de jubilación, y sustraerse al régimen legal que le es propio cuando sus normas consagran incompatibilidades prestacionales.

Por tanto, el cargo no prospera.

c) *Violación por interpretación errónea* del Decreto ley 1848 de 1969, artículo 81 y de los artículos 27 y 29 del Decreto 3135 de 1968.

Para sustentar este caso la recurrente insiste en la diferencia conceptual que existe entre la pensión de jubilación, la de retiro por vejez, y el seguro, riesgo o pensión de vejez que paga el Instituto de Seguro Social.

En efecto, son muy diferentes estas prestaciones. La confusión en cuanto a su reconocimiento se ha creado a raíz de la disposición contenida en el literal b) del artículo 2º del Decreto 433 de 1971, citado en el libelo, según la cual, los trabajadores que presten sus

servicios a la Nación, los departamentos y los municipios en la construcción y conservación de las obras públicas, y todos los trabajadores de los establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, de carácter nacional, departamental o municipal que para los efectos del Seguro Social obligatorio serán asimilados a trabajadores particulares, estarán sujetos al seguro social obligatorio.

Esta norma no se refiere ni puede referirse a los empleados públicos que jamás, y para ningún efecto, se asimilan a trabajadores particulares. Se refiere sí a los trabajadores oficiales al servicio de las entidades mencionadas.

Pensión de vejez para los empleados públicos sólo existe la consagrada en el artículo 29 del Decreto 3135 de 1968 y es incompatible con la de jubilación.

La pensión de vejez a cargo del Instituto de Seguro Social no es para los empleados públicos. Pero si por error se reconoce, es incompatible con la de jubilación.

Ante la imposibilidad de analizar hechos concretos que serían objeto de prueba, basta afirmar para que el cargo no prospere, que no se da la violación directa de las normas citadas, pues el Tribunal no incurrió en error en su interpretación.

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 de anulación propuesto por la señora Flor Angela Gutiérrez Acero, contra la sentencia de 17 de marzo de 1987, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima dentro del proceso número 4938, por ella incoado.

Cópiese, notifíquese y una vez ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada el día diez (10) de febrero de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

Alvaro Lecompte Luna, Aydeé Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, con salvamento de voto; *Clara Forero de Castro.*

Miguel A. Perilla P., Secretario.

VIA GUBERNATIVA. Agotamiento.

El recurso de reposición contra actos de la administración no es necesario para abrir el camino a la vía contencioso administrativa, a menos que en forma categórica, expresa y clara así se determine por la ley.

DEMANDA. Ineptitud.

El análisis de una demanda conduce al examen mismo de los presupuestos procesales que son de tanta trascendencia, que mientras no sean satisfechos, no se origina la relación procesal y la consecuencia es tan funesta que el juzgador no puede entrar a resolver en el fondo el asunto por no estar cumplidos tales presupuestos.

PERSONAS DE DERECHO PUBLICO. Representación. SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DE CAMBIOS. Representación.

Según el propio texto de la demanda, los actores hacen extensiva la demanda al Estado colombiano y no exclusivamente a la Superintendencia. Es decir, en el libelo se expresa inequívocamente, que la acción se dirige contra el Estado que de acuerdo con el artículo 149 del Código Contencioso Administrativo compareció al proceso representado por el Superintendente de Control de Cambios.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera.— Bogotá, D. E., tres de marzo de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Samuel Buitrago Hurtado.*

Referencia: Expediente número 493. Autoridades nacionales.

Actor: Jorge Alberto Ochoa Ochoa y Luz Stella Ochoa P.

Jorge Alberto Ochoa Ochoa y Luz Stella Ochoa Pérez, mayores y vecinos de Medellín, por conducto de apoderado judicial presentaron demanda contra la Superintendencia de Control de Cambios, represen-

tada por el señor superintendente, para que en sentencia se tomen "las siguientes determinaciones y condenas:

1ª *Principal.* "Se deje sin ningún efecto y valor, la Resolución número 00359 de 16 de junio de 1986, proferida por la Superintendencia de Control de Cambios, por medio de la cual se impuso a mis poderdantes multas por valor de $ 11.220.480, decretando la *nulidad de la misma.*

2ª *Principal.* "Se ordene que consecuencialmente a lo anterior el Estado colombiano (Superintendencia de Cambios), por intermedio del Banco de la República, restituya a mis patrocinados los $ 11.220.480, valores correspondientes a las multas objeto de la resolución.

3ª *Principal.* "Se disponga la reparación del daño patrimonial, ordenado (sic) que el Estado (Superintendencia de Control de Cambios) deben responder reintegrando y restituyendo los ochenta mil dólares (US$ 80.000) que inexplicablemente se extraviaron de las manos de los funcionarios del Estado.

4ª *Principal.* "Se condene al Estado (Superintendencia de Cambios) a pagar el *lucro cesante* causado sobre los valores anteriores, estimado en los intereses de ley, ocurridos desde cuando los dineros salieron, hasta cuando ingresen nuevamente al patrimonio de su dueño.

5ª *Principal.* "Se condene al Estado a pagar el valor de la corrección monetaria, desde el momento en que los dineros referidos salieron del patrimonio de los poderdantes, hasta cuando se restituyan al mismo.

1ª *Subsidiaria.* "Se deje sin ningún efecto y valor el artículo 2º de la Resolución número 00359 de 16 de junio de 1986, por medio del cual la Superintendencia de Cambios, impuso multa de $ 5.610.240 a la señora Luz Stella Ocho Pérez.

Petición especial. En todos los eventos, se condene al Estado (Superintendencia de Cambios) a pagar los perjuicios morales, subjetivados y objetivados, ocurridos con el acto administrativo irregular e indebido".

Consta en autos que el 10 de diciembre de 1981 funcionarios de la Policía Judicial, de la Dirección General de Aduanas, del Departamento Administrativo de Seguridad y del Resguardo de Aduanas, decomisaron en el muelle del Aeropuerto Olaya Herrera de Medellín la suma de US$ 200.000.00 a los demandantes Jorge Alberto Ochoa y Luz Stella Ochoa Pérez, quienes venían de la ciudad de Miami, Estados Unidos.

Al día siguiente (11 de diciembre), funcionarios de la Procuraduría General de la Nación hicieron entrega del dinero decomisado a la seccional de la Superintendencia de Control de Cambios en Medellín

y en el recuento de las divisas se detectaron US$ 79.000 falsos. En el Banco de la República fueron depositadas en custodia las divisas en mención.

El 1º de julio de 1982 se abrió investigación administrativa a los actores por infracciones al régimen de cambios internacionales y de comercio exterior y paralelamente ante la justicia ordinaria investigación criminal por los dólares falsos. El 28 de febrero de 1986 se formularon cargos a Jorge Alberto Ochoa y a Luz Stella Ochoa por violación al artículo 246 del Decreto ley 444 de 1967 al ingresar divisas al país en la cuantía antes indicada. Como con los descargos que se hicieron juzgó la Superintendencia de Control de Cambios que los cargos no fueron desvirtuados, procedió mediante la Resolución número 00359 de 16 de julio de 1986 a sancionar a Jorge Alberto Ochoa con una multa a favor del tesoro nacional por la suma de $ 5.610.240.00 equivalente al 80% del monto de la infracción cambiaria comprobada que asciende a la suma de $ 7.012.800.00 por violación al artículo 246 del Decreto ley 444 de 1967; y a la señora Luz Stella Ochoa igualmente con una multa a favor del tesoro nacional por igual cuantía y equivalente también al 80% de la infracción cambiaria comprobada en suma igual a la del señor Ochoa.

En el artículo 3º de la resolución en comento se dispuso que por la seccional de Medellín de la Superintendencia de Control de Cambios una vez canceladas las multas impuestas, se oficiara al Departamento de Fiduciaria y Valores del Banco de la República para que previa conversión en moneda legal colombiana de los US$ 120.000.00 que se encuentran en custodia, se hiciera entrega de su equivalente a los actores.

En el artículo cuarto se previene, que si las multas no fueren canceladas dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la providencia, o si contra la misma no se interpusiere el recurso de reposición, se ordenará su conversión en arresto a razón de un (1) día por cada $ 30.00 pesos, sin exceder de dos años, en virtud de lo dispuesto por el artículo 221 del Decreto 444 de 1967.

Y en el artículo quinto se dispuso lo siguiente:

"Por seccional Medellín y de conformidad con los artículos 44 y 45 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), notificar la presente resolución al señor Jorge Alberto Ochoa o a su apoderado y a la señora Luz Stella Ochoa Pérez o a su apoderado.

"Contra la presente providencia sólo procede el recurso de reposición interpuesto ante el superintendente de Control de Cambios, dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación".

Consideraciones de la Sala:

Al surtirse el traslado al señor agente del Ministerio Público para su concepto de fondo, encontró que la demanda adolecía de una inep-

titud sustantiva tal, que el caso *sub júdice* sólo podía revertir en un fallo inhibitorio. En primer término encontró que los demandantes le asignaron a la Superintendencia de Control de Cambios el carácter de parte demandada, cuando en estricto rigor jurídico no puede serlo, ya que los Ministerios, Departamentos Administrativos y las Superintendencias carecen de personería jurídica pues ésta le fue asignada legalmente a la Nación.

Sobre el particular debe anotar la Sala que según el propio texto de la demanda, los actores la están haciendo extensivo al Estado colombiano (Superintendencia de Cambios) y no exclusivamente a la Superintendencia de Control de Cambios, según se lee al folio 12 del expediente. Es decir, en el libelo se expresa inequívocamente, que la acción se dirige contra el Estado colombiano que de acuerdo con el artículo 149 del Código Contencioso Administrativo compareció a este proceso representada por el superintendente de Control de Cambios.

En segundo término, consideró el señor fiscal que en el caso de autos se incurrió en una omisión por los afectados, como fue el no haber agotado la vía gubernativa, pues en el caso de las actuaciones relacionadas con el manejo de divisas extranjeras y régimen cambiario, están reguladas por un estatuto especial que por tener tal carácter, es de prioritaria aplicación por sobre el régimen general del Decreto 01 de 1984, como es el Decreto 444 de 1967 que en materia de agotamiento de la vía gubernativa en su artículo 223, consagra que este sólo ocurre cuando se haya surtido el recurso de reposición "principio ratificado en el artículo 3º del Decreto 212 de 1977", recurso que en el caso de autos no se interpuso, no existiendo la viabilidad jurídica para acudir ante la jurisdicción Contencioso Administrativa, por lo que mal puede esta última entrar a fallar en el fondo del proceso.

En relación con esta otra inquietud del señor fiscal, observa la Sala que el recurso de reposición contra actos de la administración no es necesario para abrir el camino a la vía contencioso administrativa, a menos que en forma categórica, expresa y clara así se determine por la ley. Y en el caso presente ni el Decreto 444 de 1967 ni el Decreto 212 de 1977 lo hacen obligatorio.

El artículo 223 del estatuto cambiario dice en su primer inciso que "Vencido el término para presentar pruebas, el prefecto decidirá, mediante resolución motivada, que se notificará al infractor en la forma prevista por el Decreto 2733 de 1959". Este decreto consagraba la no obligatoriedad del recurso de reposición, principio ratificado en el último inciso del artículo 51 del Decreto ley 01 de 1984 así: "Los recursos de reposición y de queja no son obligatorios".

Por manera que si vencidos los términos de rigor, una providencia no es recurrida, queda en firme para los efectos del ejercicio de las acciones contenciosas.

La resolución acusada en este proceso fue notificada por medio de edicto fijado el 3 de julio de 1986 y desfijado el 16 del mismo

mes y año (fls. 147 y 148). Por tanto en esa fecha quedó surtida la notificación según lo previsto en el artículo 323 del Código de Procedimiento Civil en concordancia con el 267 del Código Contencioso Administrativo. Y como la resolución en cuestión admitía el recurso de reposición, la fecha desde la cual debería contarse la caducidad sería la del vencimiento del término de la ejecutoria de la providencia en referencia, dejando así la posibilidad de que los interesados interpusieran dicho recurso que, aunque no es obligatorio para el ejercicio de las acciones contencioso administrativas, su interposición era potestativa para ellos. Consumada la ejecutoria después de los cinco días, los demandantes no interpusieron el recurso de reposición y optaron por demandar posteriormente el 15 de noviembre de 1986, dentro del término de caducidad de la acción de restablecimiento.

Pero si bien la Sala no detecta en el juicio las fallas que anota el señor fiscal, es evidente que el escrito de demanda acusa muy serios desaciertos y yerros manifiestos que impiden entrar en un análisis de fondo en torno del problema planteado por los demandantes.

Mucho se ha dicho que la justicia contencioso administrativa es esencialmente rogada y que las normas que señalan la forma de introducir y provocar su actividad tienen características rígidas de obligatorio cumplimiento y de rigurosa observancia. Por ello la demanda contenciosa debe observar esas normas estrictamente, so pena de no admitirse o de llegarse a una decisión inhibitoria si es que por descuido o inadvertencia no se consideraron en el auto que resolvió sobre la admisión de ella. Y no son pocas las ocasiones en que el Consejo de Estado al referirse a la técnica contenciosa administrativa dentro de los lineamientos trazados por el artículo 137 del Código Contenciso Administrativo, ha expresado que el análisis de una demanda conduce al examen mismo de los presupuestos procesales que son de tanta trascedencia, que mientras no sean satisfechos, no se origina la relación procesal y la consecuencia es tan funesta que el juzgador no puede entrar a resolver en el fondo el asunto por no estar cumplidos tales presupuestos.

La demanda que dio origen al presente juicio adolece de graves deficiencias. La parte petitoria está enmarcada dentro de confusos lineamientos; no se expresan los hechos de la misma como tampoco se hace el ordenado señalamiento de las normas positivas de derecho de rango superior que se estiman violadas por el acto acusado. Estos requisitos claramente señalados en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo son formalidades esenciales para que la demanda pueda prosperar, puesto que sin ellos se repite, no puede haber un pronunciamiento sobre el fondo del litigio. La relación de los hechos por ejemplo, reviste suma importancia puesto que son nada menos que la historia de la controversia que se plantea y que por simples razones de técnica deben estar debidamente expuestos y determinados con toda claridad.

Por lo anteriormente expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, oído 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:

Declárase inhibido para una decisión de fondo por ineptitud sustantiva de la demanda.

Cópiese, notifíquese.

Se deja constancia de que la anterior providencia la discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día 2 de marzo de 1989.

Luis Antonio Alvarado Pantoja, Samuel Buitrago Hurtado, Guillermo Benavides Melo, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

SENTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD. Efectos.

Los efectos de la sentencia de inexequibilidad rigen sólo hacia el futuro y con la obvia consecuencia de que las situaciones creadas durante la vigencia de la norma declarada inconstitucional son válidas "en defensa de la seguridad jurídica y de la buena fe de los gobernados".

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., nueve de marzo de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja.*

Expediente número 112.

Actor: Eternit Colombiana S. A.

I. Antecedentes:

La sociedad Eternit Colombiana S. A., por medio de su representante legal y por conducto de apoderado ha ocurrido ante esta oCrporación en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 67 de la Ley 167 de 1941, hoy 85 del Decreto 01 de 1984, impetrando de ella se declare la nulidad de los avalúos predial y general fijados a su fábrica ubicada en el Municipio de Sibaté —Cundinamarca— por la seccional de Catastro de Cundinamarca del Instituto Geográfico Agustín Codazzi y de las Resoluciones números 25-740-010-83 de 30 de agosto de 1983 expedida por el jefe de dicha seccional y 1797 de 27 de septiembre de 1983 expedida por el director general del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, actos estos que resolvieron los recursos de reposición y apelación, respectivamente, interpuestos contra los avalúos anotados.

Como restablecimiento del derecho solicita se declare que el avalúo fijado para el año de 1989 por valor de $ 101.809.000.00 queda en firme como consecuencia de las nulidades anteriores.

Cita la actora como normas violadas por los actos impugnados, los artículos 5º y 8º de la Ley 153 de 1887, los artículos 26, 27 y 32 del Código Civil, el artículo 24 del Decreto 2733 de 1959, el artículo 1º del Decreto legislativo 3745 de 1982 y el artículo 157 de la Resolución 444 de 1977 del Instituto Geográfico Agustín Codazzi.

Este proceso se inició bajo la vigencia de la anterior codificación (Ley 167 de 1941) y su trámite procesal se surtió íntegramente, como es obvio, con las previsiones allí consagradas, hasta llegar a proferirse fallo definitivo como lo aseveró la actora en su escrito de solicitud de reconstrucción del proceso, destruido en los hechos del 6 y 7 de noviembre de 1985. Este hecho, el de haberse proferido fallo definitivo, no fue probado por la actora, razón por la cual, al decretarse la reconstrucción mediante auto de 19 de febrero próximo pasado, el proceso quedó listo para proferirse sentencia.

Durante el trámite de la reconstrucción fueron allegadas las principales piezas documentales, cuya autenticidad fue reconocida por el auto que decretó la reconstrucción del proceso, suficientes para decidir la litis, no encontrándose causal que invalide lo actuado.

II. Los actos demandados:

a) En primer lugar se pide la nulidad del avalúo fiscal por valor de $ 119.117.000.00 y el avalúo total de $ 135.406.000.00 fijado a la fábrica de la sociedad demandante a su predio situado en el municipio de Sibaté por el listado de la seccional de Catastro de Cundinamarca, cuya copia acompaña (fl. 17).

b) De la Resolución número 25-740-010-83 que dice:

"El director de la seccional de Catastro de Cundinamarca,

"en uso de las facultades legales conferidas por el Decreto 2205 de 1983 y la Resolución número 444 de 1977.

"Considerando que:

"Mediante la Resolución número 25-000-513-82 de 30 de diciembre de 1982 el jefe encargado de la Oficina Seccional de Catastro de Cundinamarca en cumplimiento a lo ordenado por el Decreto 3745 de 1982 determinó un nuevo avalúo de *ciento treinta y cinco millones cuatrocientos seis mil pesos* ($ 135.406.000.00) al predio con nomenclatura número 00-00-003-0181 de propiedad de la empresa ETERNIT Colombiana S.A.".

En contra de la Resolución número 25-000-513-82 la empresa Eternit Colombiana S. A., interpuso por conducto de abogado recurso de reposición y en subsidio de apelación argumentando básicamente que:

"1º Los nuevos avalúos desconocen que esa misma entidad para el año de 1983 había fijado ya un avalúo por valor de $ 101.809.000.00. Este acto administrativo, el avalúo, al tenor del artículo 24 del Decreto 2733 de 1959, no puede ser modificado sin el consentimiento *expreso y escrito* (subrayo) de mi mandante.

"2º Los nuevos avalúos hacen caso omiso de todo el procedimiento señalado por la Resolución 444 de abril 4 de 1977 del director general del Instituto Geográfico 'Agustín Codazzi', pues se omite indicar si se trata de la formación de un catastro o tan sólo de su convervación (sic), etc., etc.

"3º La Resolución número 25-000-513-82 de 30 de diciembre de 1982 del jefe encargado de la Oficina Seccional de Catastro de Cundinamarca del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, con fundamento en la cual se hicieron los avalúos, se fundamenta en el Decreto 3745 de 23 de diciembre de 1982.

"Este decreto fue declarado inexequible por la Corte Suprema de Justicia, según sentencia de fecha 7 de marzo de 1983, que se encuentra ejecutoriada. Habiendo sido declarado inexequible este decreto, es lógico que la Resolución número 25-000-513-82 ya citada, es ilegal y son ilegales también los avalúos practicados con base en toda la actuación antes anotada.

"4º Pero es más: Los nuevos avalúos hacen caso omiso del artículo 1º del supradicho Decreto 3745, puesto que este artículo se refiere a que el *'último avalúo vigente, se reajustara en un 10% anual que se acumulara año por año de acuerdo con su antigüedad o fecha'* (subrayo); pero para el caso de mi mandante el último avalúo vigente ya estaba fijado para el año de 1983 por valor de $ 101.809.000.00. Así que estando ya *'actualizado'* (subrayo) el avalúo de la fábrica de mi mandante no se ve que se le pueda *'actualizar'* (vuelvo a subrayar) puesto que ya había un avalúo para el año de 1983.

"Analizados los razonamientos del impugnante se encuentra que no tienen asidero fáctico ni legal que los sustente toda vez que: 1º) El avalúo impugnado fue procesado con base en lo ordenado por el Decreto 3745 de 1982; 2º) El Decreto 3745 de 1982 expedido el 23 de diciembre surtió plenos efectos legales hasta el 8 de marzo de 1983 fecha en la cual fue declarado inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia; 3º) Es doctrina de la Corte Suprema de Justicia que los fallos de inexequibilidad rigen hacia el futuro respetando las situaciones, hechos o derechos creados en la vigencia de la norma legal invalidada; 4º) El propio Consejo de Estado en consulta del Ministerio de Hacienda radicada bajo el número 1888 y con concepto datado el 21 de mayo de 1983 respecto de los avalúos realizados con base en el Decreto 3745 de 1982 sostuvo que: 'Los reajustes a los avalúos catastrales efectuados durante la vigencia del Decreto 3745 de 1982 conservan su validez y producen plenos efectos jurídicos dado que, sólo a partir de la sentencia de inexequibilidad expedida por la Corte Suprema de Justicia, se puede predicar la inejecución, la no aplicación del decreto legislativo en mención'; 5º) Con el Decreto 3745 de 1982 quedó derogada la gradualidad normada de la Resolución 444 de 1977 por ese motivo se tomó el evalúo del año 1980 producto de la última formación catastral en el Municipio de Sibaté, es

decir el correspondiente a $ 101.809.000.00 para aplicar en estricto sentido el artículo 1º del *ibídem.*

"Por lo expuesto,

"Resuelve:

"Artículo primero. *Confirmar,* en todas sus partes la *Resolución número 25-000-513-82* de diciembre 30 de 1982, por medio de la cual se fijó para el predio número 00-00-003-0181 el avalúo catastral de ciento treinta y cinco millones cuatrocientos seis mil ($ 135.406.000.00) pesos y el fiscal de ciento diecinueve millones ciento diecisiete mil ($ 119.117.000.00) pesos con base en lo anteladamente expuesto.

"Artículo segundo. Conceder para ante el director general del Instituto el recurso de apelación interpuesto en tiempo por el impugnante".

c) La Resolución número 1797 mediante la cual se negó el recurso de apelación de la anterior es del siguiente tenor:

"El director general del Instituto Geográfico 'Agustín Codazzi',

"en uso de las facultades legales conferidas por el Decreto 2205 de 1983 y la Resolución 444 de 1977

"Considerando que:

"Con miras a dar cabal cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 1º del Decreto 3745 de 1982, el jefe encargado de la Oficina Seccional de Cundinamarca expidió la Resolución número 25-000-513-82 de diciembre 30 por medio de la cual ordenó el reajuste de los avalúos de los predios adscritos a esa seccional en los términos y condiciones indicados en la normal legal supracitada, y

"Como corolario del reajuste legal ordenado se determinó un nuevo avalúo de $ 135.406.000.00 al predio con nomenclatura catastral número 00-00-003-0181 de propiedad de la empresa Eternit Colombiana S. A.

"En contra de la Resolución número 25-000-513-82 de diciembre 30 la empresa Eternit Colombiana S. A., interpuso por conducto de abogado recurso de reposición y en subsidio apelación aduciendo básicamente que:

"1º Los nuevos avalúos desconocen que esa misma entidad para el año de 1983 había fijado ya un avalúo por valor de $ 101.809.000.00. Este acto administrativo, el avalúo, al tenor del artículo 24 del Decreto 2733 de 1959, no puede ser modificado sin el consentimiento *expreso y escrito* (subrayo) de mi mandante.

"2º Los nuevos avalúos hacen caso omiso de todo el procedimiento señalado por la Resolución 444 de abril 4 de 1977 del director

general del Instituto Geográfico 'Agustín Codazzi', pues se omite indicar si se trata de la formación de un catastro o tan sólo de su convervación (sic), etc., etc.

"3º La Resolución número 25-000-513-82 de 30 de diciembre de 1982 del jefe encargado de la Oficina Seccional de Catastro de Cundinamarca del Instituto Geográfico 'Agustín Codazzi', con fundamento en la cual se hicieron los avalúos, se fundamenta en el Decreto 3745 de 23 de diciembre de 1982. Este decreto fue declarado inexequible por la Corte Suprema de Justicia, según sentencia de fecha 7 de marzo de 1983, que se encuentra ejecutoriada. Habiendo sido declarado inexequible este decreto, es lógico que la Resolución número 25-000-513-82 ya citada, es ilegal y son ilegales también los avalúos practicados con base en toda la actuación antes anotada.

"4º Pero es más: los nuevos avalúos hacen caso omiso del artículo 1º del supradicho Decreto 3745, puesto que este artículo se refiere a que el *'último avalúo vigente, se reajustara en un 10% anual, que se acumulara año por año de acuerdo con su antigüedad o fecha"* (subrayo), pero para el caso de mi mandante el último avalúo vigente ya estaba fijado para el año de 1983 por valor de $ 101.809.000.00. Así que estando ya *'actualizado'* (subrayo) el avalúo de la fábrica de mi mandante no se ve que se le pueda *'actualizar'* (vuelvo a subrayar) puesto que ya había un avalúo para el año de 1983.

"Para efectos de decidir el recurso de reposición impetrado el funcionario *a quo* expidió la Resolución número 25-740-010-83 de 30 de agosto de 1983 inadmitiendo *in limine* las pretensiones del impugnante y consecuencialmente confirmando la providencia censurada.

"Como quiera que la empresa reclamante interpuso subsidiariamente apelación contra la resolución *sub exámine* se procede de conformidad, para lo cual se tiene que:

1. El avalúo inadmitido por la empresa Eternit Colombiana S. A., fue tramitado por la Oficina Seccional de Cundinamarca con fundamento en lo ordenado por el artículo 1º del Decreto 3745 de diciembre 23 de 1982. 2. La vigencia y los consiguientes efectos legales del Decreto 3745 de 1982 se extienden desde el 23 de diciembre de 1982 fecha de su expedición hasta el 8 de marzo de 1983 fecha en la cual se publicó la sentencia de la honorable Corte Suprema de Justicia que lo declaró inexequible. 3. Con respecto a la acción de inexequibilidad sostuvo la Corte Suprema de Justicia en sentencia de Sala Plena el 25 de abril de 1979 que: 'En Colombia la ley se presume constitucional e intangibles los efectos de su aplicación, como derechos bien adquiridos, mientras la Corte no la juzgue inconstitucional. Por eso, sus sentencias en este campo sólo pueden tener efectos futuros que no son sino la inaplicabilidad de la norma inexequible como sanción jurídica del indebido ejercicio de la competencia constitucional del Gobierno o del Congreso, pero dejando a salvo las situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de aquella, en defensa

de la seguridad jurídica y de la buena fe de los gobernados'. 4. El propio Consejo de Estado en consulta del Ministerio de Hacienda radicado bajo el número 1888 sostuvo en concepto datado el 24 de mayo de 1983 respecto de los avalúos realizados con base en el Decreto 3745 de 1982 que: 'los reajustes a los avalúos catastrales efectuados durante la vigencia del Decreto 3745 de 1982 conservan su validez y producen plenos efectos jurídicos dado que, sólo a partir de la sentencia de inexequibilidad expedida por la Corte Suprema de Justicia, se puede predicar la inejecución, la no aplicación del decreto legislativo en mención'. 5. Por normas internas del Instituto Geográfico 'Agustín Codazzi' y ulteriormente por ministerio del Decreto 3745 de 1982 se derogó la gradualidad del avalúo tipificada en la Resolución 444 de 1977 razón por la cual, se tomó el valor determinado para el año de 1980 producto de la última formación catastral en el Municipio de Sibaté, cabe resaltar, el correspondiente a $ 101.809.000.00 para cumplir a cabalidad con lo ordenado por el decreto legislativo en mención. 6. Con su reclamación la empresa Eternit Colombiana S. A., demuestra que se enteró suficientemente del trámite adelantado por la Oficina Seccional de Cundinamarca con respecto al proceso catastral y legal señalado al predio número 00-00-003-0181, mediante la Resolución número 25-000-513-82, y no obstante haberse recibido para su estudio los recursos de la vía gubernativa incoados por escrito el 16 de agosto de 1983 por el apoderado de la impugnante, las providencias que sobre los mismos recaigan no reviven los términos legales para el ejercicio de las respectivas acciones contensioso (sic) administrativas conforme a las voces del artículo 23 del Decreto 2733 de 1959.

"Resuelve:

"Artículo primero. Confirmar en todas sus partes la Resolución número 25-000-513-82 de diciembre 30 de 1982, por medio de la cual se ordenó reajustar los avalúos de todos los predios adscritos a la Seccional de Catastro de Cundinamarca y consecuencialmente se fijó para el predio 00-00-003-0181 de propiedad de la empresa Eternit Colombiana S. A., el avalúo catastral de $ 135.406.000.00 y el fiscal de $ 119.117.000.00 con fundamentos en los razonamientos fácticos y legales señalados en la parte motiva de esta providencia.

"Artículo segundo. Contra esta resolución no procede ningún recurso por la vía gubernativa".

Precisa también incluir en esta relación para efectos de lo que más adelante se decida, la Resolución número 25-000-513-82 de 30 de diciembre de 1982 de la Oficina Seccional de Catastro de Cundinamarca adscrita al Instituto Geográfico Agustín Codazzi, que en su parte resolutiva y apoyándose en el Decreto 3745 de 13 de diciembre de 1982 ordena la actualización de todos los inmuebles para la vigencia de 1983, dice:

"*Artículo primero. Ordénase,* el reajuste de los avalúos de todos los predios de los municipios adscritos a la Seccional de Catastro de Cundinamarca para la vigencia de 1983 en un *diez por ciento* (10%) anual, anualidad que se acumulará año por año, de conformidad con el artículo 1º del Decreto 3745 de 1982 (diciembre 23).

"Parágrafo. Para efectos de la presente providencia se exceptúa el Municipio de Bogotá, D. E., por no estar adscrito a la Seccional de Catastro de Cundinamarca.

"*Artículo segundo.* Una vez reajustados los avalúos catastrales elabórase el listado de propietarios con los nuevos avalúos catastrales, el cual será entregado a la respectiva tesorería municipal para que ésta proceda a su anotación en los documentos respectivos a efectos del recaudo del impuesto predial".

III. Fundamentos de la demanda e impugnación de la misma:

El argumento principal de la demanda está fundado en la declaratoria de inexequibilidad proferida por la Corte Suprema de Justicia contra el Decreto legislativo número 3745 de diciembre 23 de 1982 expedido por el Gobierno Nacional en desarrollo del estado de emergencia económica decretada mediante el Decreto número 3742 del mismo año.

Expone la demanda que, como consecuencia del Decreto 3745 el Instituto Geográfico Agustín Codazzi expidió la Resolución número 25-000-513-82 de diciembre 30 de 1982, por la cual "se reajustan los avalúos catastrales de todos los inmuebles del departamento a excepción del Municipio de Bogotá, D. E.", y con fundamento en ella se efectuaron los avalúos predial y general que se acusan; y, que como consecuencia de la inexequibilidad proferida por la Corte Suprema de Justicia el 7 de marzo de 1983, se hacían inejecutables las previsiones contenidas en el Decreto 3745 y por ende las de la Resolución 25-000-513-82 del Instituto Geográfico Agustín Codazzi.

Por la misma causa, los actos administrativos que resolvieron los recursos interpuestos contra los avalúos, han debido reconocer la sentencia de inexequibilidad y revocar los referidos avalúos, cosa que no hizo la administración y por lo tanto son nulas dichas actuaciones.

Por su parte el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, impugnador de la demanda, sostiene que la inexequibilidad declarada por la Corte Suprema de Justicia contra el Decreto 3745 sólo produce efectos hacia el futuro, sin que tenga carácter retroactivo; "que, como en alguna ocasión lo dijo el Consejo, es imposible conseguir que no haya existido lo que existió, que no se haya ejecutado lo que se ejecutó, más aún de acuerdo con lo que se ha visto, la declaratoria de inexequibilidad, no desconoce la realidad de la vigencia anterior de la norma inexequible, dado el presupuesto fundamental de la unidad del

orden jurídico conforme al cual, la norma superior permite la vigencia condicional de la norma 'antinormativa', lo que da margen a aducir, que la sentencia de inexequibilidad no implica el desconocimiento de aquellas situaciones jurídicas que se han constituido y consolidado con anterioridad".

IV. El concepto fiscal:

El señor Fiscal Primero de la Corporación, en su concepto de fondo, razona de la siguiente manera:

"Como bien lo expresa la actora, no se puede actualizar lo que se encuentra actual; así mismo no se puede reajustar, sino aquello que según la norma no se encuentra actualizado.

"Para el caso en estudio, específicamente para el caso de la actora, está probado dentro del plenario aportado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi como prueba decretada en su oportunidad legal, visible a folios 113 y 127, que para los años de 1980 a 1984, que el Instituto había determinado por el sistema de *gradualidad* unos avalúos por valor de $ 49.920.000.oo, $ 74.880.000.oo, $ 99.840.000.oo, $ 101.809.000.oo y 101.809.000.oo, respectivamente para los años 1980, 1981, 1982, 1983 y 1984, en su orden.

"Así las cosas, es evidente que en la fecha de aplicación y materialización de lo ordenado en la Resolución 25-000-513-82 de diciembre 30 del mismo año de 1982, no podía la administración reajustar los avalúos del predio de la actora, porque dicho avalúo estaba actualizado, inclusive hasta el año de 1984 o mejor dicho, incluido dicho año, y el reajuste que se pretendió efectuar estaba en contraposición a lo ordenado por el Decreto legislativo 3745 de 1982.

"Por ello, se infringía lo ordenado en el decreto por interpretación errónea y aplicación indebida, aún en la pepoca (sic) en que regía dicha norma; posteriormente, la violación continuó, porque se infringía un derecho constituido y aceptado por la actora desde la época de la *gradualidad* efectuada por la misma administración".

Consideraciones de la Sala:

Es evidentemente claro, que la esencia de la litis gira alrededor de los efectos del fallo de inexequibilidad declarada por la Corte Suprema de Justicia del Decreto legislativo 3745 de 1982, con fundamento en el cual se expidió la Resolución número 25-000-513-82, del Instituto Geográfico Agustín Codazzi que dio lugar al avalúo de que trata el primer acto demandado.

En estas condiciones la Sala debe referirse en primer lugar a este aspecto del asunto controvertido en el cual, de un lado, el actor es-

tima que el fallo de inexequibilidad del Decreto 3745 de 1982 pronunciado por la Corte Suprema de Justicia cubre los actos demandados y por lo tanto son nulos o inejecutables, y de otro lado, la parte demandada, esto es el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, por conducto de apoderado, sostiene que los efectos de dicho fallo no son retroactivos y por consiguiente no alcanzan a cobijar el reavalúo catastral del predio cuestionado en la demanda. Precisa, entonces hacer un recuento jurisprudencial en torno a tan importante tema.

Es así como la Corte Suprema de Justicia en muchas oportunidades se ha pronunciado en torno a los efectos de su sentencia de inexequebilidad señalando en todo caso que sus efectos rigen sólo hacia el futuro y con la obvia consecuencia de que las situaciones creadas durante la vigencia de la norma declarada inconstitucional son válidas "en defensa de la seguridad jurídica y de la buena fe de los gobernados". Puede decirse que en este aspecto de las acciones de inexequibilidad de las leyes, desde el principio la Corte interpretó los alcances de los efectos de estos fallos hacia el futuro, porque como lo dijo poco tiempo después de haberse erigido ese valioso instrumento de defensa de la constitucionalidad de las leyes en 1910, si sus efectos fueran retroactivos y alcanzaran a anular leyes desde su origen "ningún derecho habría firme y la inseguridad social y la zozobra serán permanentes y mayores cada día". Así se sostuvo invariable la jurisprudencia hasta 1929, año en el cual se empleó el criterio anterior que como lo anota el magistrado Gustavo Gómez Velásquez en destacado estudio en el que discrepa de la tesis tradicional de la Corte, se permitió la nueva doctrina efectuar asuntos pasados, al indicar que los tribunales, por los trámites comunes, serían los que decidieran las cuestiones particulares generadas en la ley declarada inconstitucional. Ya antes en sentencia de 23 de febrero de 1927 la Corte había admitido el efecto retroactivo cuando se trata de derechos civiles adquiridos lesionados con la ley que se declara inexequible".

El Consejo de Estado si bien ha coincidido con la Corte en esta materia por lo que hace a los efectos del fallo de inexequibilidad hacia el futuro, en sentencia de 26 de abril de 1973 fijó su posición al respecto en los siguientes términos:

"La declaración de inexequibilidad equivale a una declaración de nulidad. Así lo han admitido juristas como el doctor Fernando Garavito A., en su célebre estudio citado por el señor fiscal y por el apoderado de la parte impugnadora, y como el doctor Miguel Moreno Jaramillo quien no vacila en su libro 'Sociedades' al expresar las diferencias que existen entre los conceptos de nulidad, suspensión, revocación, inaplicabilidad es decir: 'En la columna precedente nos trazamos un renglón especial para la palabra *inexequibilidad,* porque en el fondo esta significa tanto como nulidad. La sentencia de inexequibilidad de una ley, decreto u ordenanza, por ser contrarios a la Constitución equivale a una declaración de nulidad del acto (ob. cit. T. III, pág. 903).

"Si pues, para que haya derogación se requiere otra ley eficaz que extinga la primera, si para que una ley sea inexequible se requiere una sentencia que declare que es contraria a la Constitución, la derogación y la inexequibilidad no pueden ser conceptos jurídicos equivalentes, pues son actos que difieren por sus autores, por sus motivos, y por sus fines. En cambio, si tanto en derecho público como en derecho privado se dice que 'está *anulado* un acto cuando por sentencia definitiva, se consideró afectado de vicios que le impidieron producir efectos' (Moreno Jaramillo), la declaración de *inexequibilidad sí equivale a la declaración de nulidad,* pues no se hace cosa distinta que decir que la ley estaba afectada del vicio de inconstitucionalidad que le impidió producir efectos. '*Inexequible es lo que no produce efectos,* lo que no tiene vida', dice el doctor Fernando Garavito en su mencionado estudio porque 'etimológicamente el vocablo *exequible* quiere decir con efecto, con valor, que puede ejecutarse o cumplirse *quod éffici potest'*. Existe un tercer criterio, equidistante de los anteriores, sostenido por otros estudiosos del derecho, en el sentido de que la sentencia de inexequibilidad, no deroga la ley ni la anula. Simplemente dice que es inexequible, es decir que en lo sucesivo no tendrá más vida, que desaparece de la normatividad jurídica, porque es contraria a la Constitución, cúspide del orden jerárquico establecido en nuestro derecho.

"No hay equivalencia en la derogación, porque esta, en cualquiera de sus clases, es facultad constitucional y propia del legislador. No se equipara a la nulidad, porque la invalidación implicaría desconocer efectos desde la expedición de la ley, inaceptable en un sistema de respeto a los legítimos derechos, y de equilibrada distribución de competencias, sin usurpación de funciones y de autonomía, entre las ramas del poder público, principios fundamentales en un Estado de derecho.

"Pero a pesar de la disconformidad de criterios expuestos, coinciden los mismos, en el señalamiento de los *efectos de la sentencia de inexequibilidad.* Esta definición que no tiene efecto retroactivo, sino hacia el futuro, y de consiguiente, que se reconocen los hechos o situaciones jurídicas nacidas durante la vigencia de la ley, antes del pronunciamiento de la sentencia. El mundo de relaciones exige garantía de estabilidad para las mismas, cuando fueren concretadas bajo la forma que se presumía válida. Esa certidumbre comunica seriedad y seguridad a los actos jurídicos, y también genera armonía social, porque evita distorsión en el tratamiento de los derechos ya individualizados en razón de la ley jurídicamente existente.

"Al respecto, esta Sala en consulta que absolvió al señor ministro de Gobierno, en noviembre 13 de 1969, precisó las consecuencias del fallo de inexequibilidad, en los términos siguientes:

"1º Desde la sentencia que declara la inexequibilidad de una ley, ésta deja de aplicarse, sus efectos cesan;

"2º Los hechos cumplidos por aplicación de la ley, con anterioridad a la sentencia, que la declara inexequible, subsisten porque, el fallo no tiene efecto retractivo, salvo 'cuando se trata de derechos civiles adquiridos lesionados con la ley que se declara inexequible', pues, en este caso sí puede tener efecto para el pasado la inexequibilidad, como lo admitió la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 23 de febrero de 1927.

"3º Cuando se declara inexequible una ley derogatoria de otra, subsiste, revive o recobra su plena vigencia la ley que quiso derogar".

La tesis así expuesta fue acogida íntegramente por la Sala de consulta de esta Corporación, precisamente al rendir concepto a una consulta elevada por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi en relación con la Resolución número 25-000-513-82 de 30 de diciembre de 1982 invocada en el caso *sub lite,* concepto en el cual se dictaminó que a ese acto administrativo no lo afectaba la sentencia de inexequibilidad pronunciada por la Corte Suprema de Justicia contra el Decreto ley 3745 en que se basaba, en razón de haberse producido con anterioridad a dicho fallo.

Con posterioridad, la misma Resolución número 25-000-513-82 fue demandada en acción de simple nulidad ante esta sección, que en fallo de 14 de julio de 1984 del cual fue ponente el consejero doctor Samuel Buitrago, luego de hacer un balance doctrinario acerca de los efectos de las decisiones de inconstitucionalidad de la Corte determinó tajantemente que las actuaciones adelantadas por la seccional de catastro, que dieron lugar al acto demandado eran intangibles, puesto que los efectos de la sentencia de inexequibilidad del Decreto 3745 de 1982 tantas veces mencionado no podía modificarlos. Dijo entonces esta Sala sobre el particular:

"Resulta entonces claro, conforme las citas anteriores, que la declaratoria de inexequibilidad equivale a una nulidad del precepto legal y no a una derogatoria del mismo, y que por lo mismo, los efectos de ella sólo operan hacia el futuro, sin que tenga carácter retroactivo, puesto que, como en alguna ocasión lo dijo el Consejo, es imposible conseguir que no haya existido lo que existió, que no se haya ejecutado lo que se ejecutó, más aún que de acuerdo con lo que se ha visto, la declaratoria de inexequibilidad, no desconoce la realidad de la vigencia anterior de la norma inexequible, dado el presupuesto fundamental de la unidad del orden jurídico conforme al cual, la norma superior permite la vigencia condicional de la norma 'antinormativa', lo que da margen a deducir, que la sentencia de inexequibilidad no implica el desconocimiento de aquellas situaciones jurídicas que se habían constituido y consolidado con anterioridad.

"Y es lo que ocurre en el presente asunto donde se está en frente de situaciones ya consumadas plenamente, pues los actos expedidos y cumplidos bajo la vigencia del Decreto ley 3745 de diciembre 23 de 1982, como es el caso de la Resolución número 25-000-513-82 de

diciembre 30 de 1982, expedida por la Seccional de Catastro de Cundinamarca, 'por la cual se reajustaron todos los avalúos catastrales de todos los inmuebles del departamento, a excepción del Municipio de Bogotá, D. E.', surtieron plenamente sus efectos, puesto que la sentencia de inexequibilidad del decreto en mención proferida por la honorable Corte Suprema de Justicia, tiene fecha marzo 7 de 1983, lo que significa que fue pronunciada después de más de dos meses de dictada la resolución impugnada antes referida. Consecuencialmente, no puede hablarse como lo hace el demandante de violación de los artículos 5º y 8º de la Ley 153 de 1887 y 26, 27 y 32 del Código Civil, normas estas que señalan reglas para la interpretación de la ley, puesto que el caso aquí controvertido hace relación lisa y llanamente, según las ideas que se han consignado en esta providencia, a una situación jurídica que había quedado consumada plenamente antes de que la Corte Suprema de Justicia declarara la inexequibilidad del Decreto ley 3745 de 1987.

"Por manera que las actuaciones adelantadas por la Seccional de Cundinamarca del Instituto Geográfico 'Agustín Codazzi' con fundamento en la resolución acusada, que tenía como base el Decreto 3745 de 1982 declarado inexequible, son intangibles, puesto que los efectos de la sentencia de inexequibilidad de la Corte no pueden modificarlos".

Pero resulta en el caso *sub lite* que mediante la acción de restablecimiento del derecho, uno de los afectados con el avalúo ordenado en la Resolución 25-000-513-82, cuya nulidad fue denegada en el fallo cuyos apartes acaban de transcribirse, pretende revivir este asunto, partiendo del acto de ejecución posterior, consistente en el listado de avalúos de los predios situados en el Municipio de Sibaté, entre los cuales fue incluido el de la parte demandante, esto es el de Eternit Colombiana S. A., con un avalúo fiscal de $ 119.117.000.00 y uno total de $ 135.406.000.00.

Dos observaciones se pueden hacer alrededor de esta pretensión de la demanda. En primer lugar que el verdadero acto administrativo, expresión de la voluntad de la administración en lo que hace con el reajuste de los avalúos catastrales previstos en el Decreto ley 3745 de 1982, no es otro que el contenido en la Resolución número 25-000-513-82 de 30 de diciembre de 1982 en la cual de manera diáfana se dispone el reajuste del avalúo catastral y el incremento del mismo, de acuerdo con el decreto nombrado, en el territorio de Cundinamarca, adscrito a la seccional de catastro respectiva. Es una orden perentoria, creadora de una situación jurídica concreta de afectación de los inmuebles situados en tal entidad territorial, y de la cual, surgió el listado que el demandante toma como el acto administrativo principal en su demanda.

En tales condiciones, mal puede haberse escogido como punto primero y esencial del *petitum* ese avalúo reflejado en la lista proveniente de la Seccional de Catastro de Cundinamarca, que como tal

apenas constituye el hecho de ejecución y el complemento necesario de la resolución supradicha, mas no el acto administrativo originario y productor de la situación catastral del inmueble de la sociedad actora, como se ha dicho. Así las cosas por este primer aspecto habría que desestimar la pretensión primera de la demanda de la cual dependen las otras dos que se contraen a los recursos en vía gubernativa atañederos al mismo asunto.

Pero —y aquí la segunda observación—, dado el antecedente anotado atrás de la sentencia de esta misma sección que declaró exequible la Resolución número 25-000-513-82, se trataría de todas maneras de algo ya decidido que lleva el sello de la cosa juzgada material, sobre lo cual no se puede pretender un nuevo pronunciamiento en tanto que el fallo precedente produjo efectos absolutos y *erga omnes*, teniendo en cuenta que la causa *petendi* se refiere en ambos casos a los efectos de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia que declaró inexequible el Decreto ley 3745 de 1982. El matiz de diferencia consiste en que en el presente caso se persigue fijar una nueva fecha como punto de partida de los efectos de esa decisión de inexequibilidad hacia el futuro: se quiere arrancar de la fecha del listado que fue posterior a la sentencia y no de la fecha anterior de la supracitada resolución, que esta Sala y la de consulta consideraron para declararla válida y ejecutable por la administración.

Carece entonces de todo soporte jurídico la pretensión del actor, tanto del punto de vista de la actividad jurisdiccional de la Sala, limitada a los actos administrativos, como de la cosa juzgada que impide volver sobre lo ya decidido siendo consecuentemente el caso de inhibirse de dictar sentencia de mérito cuando existe este impedimento para un fallo de fondo.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, oído el concepto del colaborador fiscal y en desacuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Declárase inhibida para pronunciarse sobre el fondo de la demanda de que trata 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 nueve de marzo de mil novecientos ochenta y nueve.

Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Samuel Buitrago Hurtado, no asistió; *Simón Rodríguez Rodríguez.*

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

PENSION DE JUBILACION. Liquidación.

La pensión de jubilación debe liquidarse en forma equivalente al 75% del promedio de salarios devengados en el último año de servicios pero no a partir de la fecha en que adquirió el status de pensionada, sino con tres años de retroactividad desde la fecha en que presentó su solicitud administrativa.

A partir de la fecha de reconocimiento de la pensión y sobre las mesadas liquidadas debieron aplicarse los reajustes ordenados en el Decreto 1221 de 1975 y por la Ley 4ª de 1976.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., nueve de marzo de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejera ponente: *Doctora Aydeé Anzola Linares.*

Referencia: Expediente número 1665. Autoridades nacionales.

Actora: Caja Nacional de Previsión Social (Fulvia Elina Cañón Jiménez).

La Caja Nacional de Previsión Social, mediante apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad presentó demanda ante esta Corporación solicitando la declaración de nulidad de la Resolución 9611 de noviembre 28 de 1980, expedida por la subdirección de prestaciones económicas de esa entidad, por la cual se reconoce una pensión mensual vitalicia de jubilación a la señorita Fulvia Elina Cañón Jiménez.

La pretensión elevada en la demanda se apoya en los siguientes hechos:

"*Primero*. La Resolución 305 de 18 de enero de 1980, expedida por la Caja reconoció pensión de jubilación a la educadora citada, pero ésta interpuso recurso de reposición contra el acto anterior en escrito de febrero 21 de 1980".

"*Segundo*. La Resolución 9611 de noviembre 28 de 1980, dispuso en su artículo primero, revocar en todas y cada una de sus partes, la Resolución 305 de 1980".

"*Tercero*. Así mismo, el artículo 2º de la Resolución 9611 dispuso: '...Artículo segundo. *Reconocer* a favor de la señorita Fulvia Elina Cañón Jiménez una pensión mensual vitali-

cia de jubilación en la suma de diecisiete mil veintisiete pesos con veintiún centavos ($ 17.027.21) moneda corriente, efectiva a partir de 21 de febrero de 1977, por prescripción trienal...'"

"*Cuarto.* Para liquidar la pensión anterior la Resolución 9611 tomó como sueldo base el promedio de todo lo devengado por la educadora durante su último año de servicios comprendido entre febrero 28 de 1979 y febrero 29 de 1980, que ascendió a la suma de doscientos sententa y dos mil cuatrocientos treinta y cinco pesos con cuarenta y siete centavos ($ 272.435.47) moneda corriente (Resolución 9611 hoja 2). El 75% de este total, en cifras mensuales asciende a la suma de diez y siete mil veintisiete pesos con veintiún centavos ($ 17.027.21) moneda corriente (Resolución citada hoja 2), que se reconoció como pensión efectiva a partir de 21 de febrero de 1977".

"*Quinto.* Mediante una serie de operaciones irregulares, la resolución que se demanda dispuso:

"...Artículo cuarto. *Reajustar* la pensión reconocida en en el artículo segundo de esta providencia de conformidad a lo ordenado por el Decreto 1221 de 1975, elevando su cuantía a la suma de veintidós mil seiscientos cuarenta y seis pesos con diecinueve centavos ($ 22.646.19) moneda corriente mensuales efectiva a partir de 21 de febrero de 1977 por prescripción trienal.."

"...Artículo quinto. *Reajustar* de conformidad a la ley 4ª de 1976 la pensión reconocida a la señorita Fulvia Elina Cañón Jiménez, así: A la suma de veintiséis mil doscientos veintitrés pesos con doce centavos ($ 26.223.12) moneda corriente, a partir de febrero 21 de 1977 por prescripción trienal, a la suma de veintiocho mil noventa y dos pesos con noventa y cuatro centavos ($ 28.092.94) moneda corriente para el año de 1977 efectiva a partir de febrero 21 de 1977 por prescripción trienal; a la suma de treinta y dos mil novecientos pesos con noventa centavos ($ 32.900.90) moneda corriente a partir del 1º de enero de 1978; a la suma de treinta y cuatro mil setecientos ocho pesos con setenta y dos centavos ($ 34.708.72) moneda corriente a partir de enero 1º de 1979 y a la suma de cuarenta mil novecientos noventa y cinco pesos con setenta y un centavos ($ 40.995.71) moneda corriente a partir de 1º de enero de 1980..."

En la demanda se citaron como normas violadas, con el respectivo concepto de violación, los artículos 1º del Decreto 1221 de 1975; 4º de la Ley 4ª de 1966; 73 del Decreto 1848 de 1969 y 1º de la Ley 4ª de 1976 (fls. 23 a 25).

Encontrándose en trámite el proceso resultó destruido durante los hechos del 6 y 7 de noviembre de 1985.

Reconstruido el expediente, por auto de 8 de julio de 1987 se determinó que quedaba en estado de correr traslado a la Fiscalía para concepto de fondo, el cual fue emitido en sentido favorable a la pretensión de nulidad del acto acusado en la demanda.

Cumplido el trámite de ley, sin que se observe causal alguna de nulidad procesal, se decide mediante las siguientes

Considcraciones:

En el concepto de fondo rendido por el señor Fiscal Cuarto de la Corporación se estimó que debe prosperar la pretensión de nulidad del acto acusado en la demanda, en síntesis, por las razones siguientes:

> "De los elementos que obran en el proceso se desprende que la actora cumplió 20 años de servicios el 10 de junio de 1967 (fls. 91 y 106) y 50 años de edad el día 10 de agosto de 1974 (fl. 69). De suerte que siendo una empleada al servicio de la docencia, de conformidad con la preceptiva que gobierna su situación jurídica, cuyo alcance ha sido fijado en forma reiterada por la jurisprudencia del honorable Consejo de Estado, como la pretranscrita, el derecho a la pensión de jubilación se causó el 10 de agosto de 1974, por la cual el último año de servicios para efectos de la liquidación de la pensión solicitada por la actora es el comprendido entre esta fecha y el 10 de agosto de 1973".
>
> "Así las cosas el promedio de salarios para establecer el *quántum* pensional es el referido a dicho año y la fecha de reconocimiento es la de la causación del derecho —10 de agosto de 1974—, a partir de la cual deben verificarse los reajustes de ley, sin perjuicio de la prescripción trienal que se aplica a las mesadas pensionales —junto con los reajustes— tres (3) años hacia atrás contados desde la fecha de la solicitud formulada a la Caja Nacional de Previsión, que para el evento que se examina debió tener ocurrencia antes de 16 de noviembre de 1977, como se desprende del memorando visible a folio 84 y no en febrero 21 de 1980, fecha de interposición del recurso de reposición contra la Resolución número 305 de 1980" (fls. 94, 91 a 93, 108 y 110).
>
> "Desde luego ha de tenerse en cuenta que si la demandante ya se ha retirado del servicio —también con arreglo al fallo aludido— puede solicitar la reliquidación de su pensión sobre la base del promedio salarial devengado en el último año de servicios, contado hacia atrás desde la fecha del retiro, sin perjuicio así mismo de la prescripción trienal".

"Dentro del contexto de las consideraciones precedentes esta Fiscalía encuentra que el demandante acierta en las disposiciones citadas como violadas y en el concepto de violación, en lo que respecta a la liquidación de la pensión y a los respectivos reajustes, por lo cual la pretensión de nulidad del acto enjuiciado tiene vocación de prosperidad" (fls. 135 y 136).

En el expediente aparece acreditado lo siguiente:

La señorita Fulvia Cañón Jiménez, en memorial presentado el 2 de noviembre de 1977, solicitó al director de la Caja Nacional de Previsión Social el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación y que tenía derecho en su condición de docente (fls. 65 a 68). La peticionaria en su condición de docente cumplió 20 años de servicios al Estado el 10 de junio de 1967 y 50 años de edad el 10 de agosto de 1974 (fls. 69, 91, 99 y 106).

El subdirector de Prestaciones Económicas de la Caja Nacional de Previsión Social, por la Resolución número 9611 de 28 de noviembre de 1980, que se impugna revocó su anterior Resolución número 305 del mismo año y dispuso el reconocimiento pensional mencionado.

La jurisprudencia de la Sala ha definido el sentido y los alcances de las normas sobre la liquidación de la pensión de jubilación de los docentes y los reajustes pensionales ordenados por el Decreto 1221 de 1975 y la Ley 4ª de 1976, al decidir casos semejantes al presente, en los cuales ha expresado:

"En cuanto a la aplicación de estas disposiciones sobre reajuste de la pensión de jubilación, esta Sala reitera ahora la siguiente jurisprudencia:

" 'El Decreto 1221 de 1975 ordenó un reajuste de las pensiones de jubilación, invalidez y retiro por vejez y las sustituciones pensionales del sector público en un 33% a partir de 1º de julio de 1975, pero es evidente que tal reajuste beneficiaba a las pensiones que hubieren sido liquidadas con anterioridad a la fecha de vigencia de tal decreto, pues la finalidad de esta era devolverle a dicha pensiones su valor real mediante el incremento de un 33%. El reajuste se ordenaba sobre las mesadas liquidadas, no sobre el derecho abstracto a la pensión que tienen los trabajadores que hayan alcanzado el status de jubilado. Para estos trabajadores que no se hubieren retirado del servicio, como es el caso del actor, la revalorización de su derecho se logra mediante los aumentos de sueldo que obtengan en la actividad correspondiente, ya que es sobre el promedio de lo devengado en el último año que se va a operar la liquidación de la pensión equivalente a un 75%. Si por el hecho de haber obtenido el status de jubilado

con anterioridad hubiera lugar al reajuste del 33% ordenado en el Decreto 1221 de 1975, el resultado sería que la pensión de jubilación no sería del 75% del último salario devengado, sino de este 75% incrementado en un 33%, con lo cual se estaría violando la norma sustancial que establece que la pensión sólo es equivalente al 75% del último salario. Lo mismo ocurre con respecto a la Ley 4ª de 1976 que opera con respecto a las pensiones liquidadas con anterioridad a su vigencia y sólo hacia el futuro, nunca con efecto retroactivo' ".

" 'En los anteriores términos esta Sala define y concreta el contenido y alcance de las normas que decretan reajustes de pensiones de jubilación corrigiendo el error en que se haya podido incurrir en ocasiones anteriores al dar aplicación práctica a estas mismas disposiciones (C. de E. Sección Segunda. Sentencia de octubre 23 de 1981. Exp. núm. 4509, Anales 2º Semestre de 1981, págs. 377 y ss.)' ".

" '...Lo que el legislador ha querido al ordenar reajustes de pensiones es devolverle a las mesadas liquidadas con anterioridad su valor real deteriorado por el proceso inflacionario que ha vivido el país en las últimas décadas. Es evidente que la Ley 4ª de 1976 opera hacia el futuro, esto es que sólo se aplica a las pensiones después de un año de haberse liquidado la respectiva pensión. Pero la Caja Nacional de Previsión en la resolución acusada practicó una liquidación con base en el promedio mensual devengado durante el año de 1980 y sobre dicha liquidación decretó en forma retroactiva reajustes pensionales ordenados por la Ley 4ª de 1976 para los años de 1978, 1979 y 1980, con lo cual se produjo el fenómeno de que además de los aumentos salariales que el beneficiario obtuvo en esos mismos años de su sueldo en actividad, vio incrementada su pensión indebidamente por el acto de la Caja que violó ostensiblemente y palmariamente (sic) las normas de la Ley 4ª de 1976 por su indebida aplicación (C. de E. Sección Segunda. Auto de febrero 2 de 1983. Anales del Primer Semestre de 1983, págs. 472 y ss.). (C. de E. Sección segunda. Sentencia de 20 de noviembre de 1987. Ponente consejero: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente núm. 1170. Actora: María Elvira Buendía de Amézquita).' ".

" 'En primer lugar, el actor adquirió el status de pensionado el día 8 de abril de 1975, por cuanto en esa fecha cumplió 50 años de edad y había acreditado 20 de servicios el 10 de diciembre de 1965. Por tanto, los sueldos que deben tenerse en cuenta para liquidar el derecho pensional son los devengados entre el 6 de abril de 1974 y el 5 de abril de 1975, es decir, con la remuneración mensual percibida durante el último año de servicios inmediatamente anterior a la fecha en que aquel adquirió el status de pensionado. Es esta la

interpretación que la entidad le ha dado sobre la forma de liquidación de las pensiones a que tengan derecho los docentes, tal como se decidió en el fallo de 30 de agosto de 1978, con ponencia de la consejera doctora Aydeé Anzola Linares, al dirimir el caso del señor Carlos Arturo González Pérez en el cual la Sala sostuvo:

"'...Sueldos que deben tenerse en cuenta para liquidación de la pensión:

"'Sobre este particular debe apreciarse que si bien es cierto que los artículos 27 del Decreto 3135 de 1968 y 78 del Decreto 1848 de 1969 establecen que para la liquidación de la prestación de pensión vitalicia de jubilación se tome en consideración el promedio de salarios devengados durante el último año de servicios, no lo es menos que, tratándose de servidores docentes que pueden devengar pensión y sueldo, la jubilación debe tomarse con base en el sueldo devengado durante el último año en el cual se causa el derecho pensional, es decir, al cumplir los requisitos de tiempo servido y edad. Sería un contrasentido que el jubilado por servicios docentes continúe laborando después de adquirir el derecho con un sueldo inferior al valor de la mesada pensional. Además, el percibir una pensión superior al sueldo, por efecto de la aplicación mecánica de la norma, implicaría un enriquecimiento incausado. Igual interpretación debe darse a la norma contenida en el artículo 19 de la Ordenanza número 23 de 19 de diciembre de 1959, expedida por la Asamblea Departamental de Boyacá. Por lo tanto, la resolución acusada no es violatoria de norma superior en cuanto a este aspecto de la cuestión en examen, debiéndose revocar el fallo apelado'".

"'En consecuencia de lo anterior, la conclusión obligada en el caso de autos deberá ser la de que las resoluciones acusadas, en cuanto dispusieron pagar a la demandante la pensión de jubilación que le corresponde a partir de 19 de marzo de 1971, fecha en que se cumplieron los requisitos exigidos por la ley, para tener derecho a dicha prestación, con base en el promedio del sueldo devengado en esa época, no deben ser anuladas porque se ajustan a derecho'". (C. de E. Sección Segunda. Sentencia de noviembre 15 de 1983. Consejero ponente: Doctor Alvaro Orejuela Gómez. Exp. 5705. Actor: Angel María Bolaños M. Anales del Segundo Semestre de 1983, volumen 1, pág. 550).

De los anteriores elementos de juicio se desprende lo siguiente:

Siendo la señorita Fulvia Cañón una empleada de la docencia oficial obtuvo su status de pensionada el 10 de agosto de 1974, al

cumplir 50 años de edad, puesto que el 10 de junio de 1967 había cumplido 20 años de servicios. Por esta razón, el último año de servicios para efectos de su pensión de jubilación es el comprendido entre el 10 de agosto de 1973 y el 10 de agosto de 1974. Esa pensión debió liquidarse en forma equivalente al 75% del promedio de salarios en dicho año, para reconocerse, no a partir de la fecha en que adquirió el status de pensionada, sino con tres años de retroactividad desde aquella en que presentó su solicitud administrativa, que fue el 2 de noviembre de 1977, en virtud de la prescripción trienal establecida en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y sin necesidad de haberse retirado del servicio, debido a que por su condición de docente podía percibir simultáneamente sueldo y pensión.

A partir de la fecha de reconocimiento de la pensión y sobre las mesadas liquidadas debieron aplicarse los reajustes ordenados en el Decreto 1221 de 1975 y por la Ley 4ª de 1976, conforme lo ha definido la citada jurisprudencia.

Pero, la Caja Nacional de Previsión, en la resolución acusada reconoció y liquidó la pensión de jubilación de la señorita Fulvia Cañón no en forma equivalente al 75% del promedio de sus salarios en el año anterior a la fecha en que adquirió su status de jubilada, sino con base en el 75% del promedio de sueldos en el año comprendido entre el 28 de febrero de 1979 y el 29 de febrero de 1980, que no era el último año de servicios (fls. 99, 100), con efectividad desde el 21 de febrero de 1977 y sobre dicha liquidación decretó en forma retroactiva a esta fecha los reajustes pensionales del Decreto 1221 de 1975 y de la Ley 4ª de 1976, con lo cual resultó liquidada e incrementada esa pensión por la Resolución 9611 de 1980 indebidamente, con violación ostensible de las normas citadas en la demanda.

La pensión de jubilación reconocida en la resolución acusada, no sólo resultó liquidada por encima del 75% del promedio de los salarios devengados por la beneficiaria en el último año de servicios, sino reajustada retroactivamente con base en sus salarios ya incrementados con aumentos periódicos, violándose la normatividad contenida en los artículos 1º del Decreto 1212 de 1975; 4º de la Ley 4ª de 1976; 73 del Decreto 1848 de 1969 y 1º de la Ley 4ª de 1976. En tales condiciones deberá declararse su nulidad como se solicitó en la demanda, con aclaración de que el derecho a la pensión sigue subsistiendo.

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:

Declárase la nulidad de la Resolución número 9611 de 28 de noviembre de 1980, proferida por el subdirector de Prestaciones Económicas de la Caja Nacional de Previsión social por la cual se reconoció,

liquidó y reajustó una pensión mensual de jubilación vitalicia a la señorita Fulvia Elina Cañón Jiménez.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

El anterior proyecto fue estudiado y aprobado por la Sala en sesión celebrada el día 24 de febrero de 1989.

Alvaro Lecompte Luna, Aydeé Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro.

Miguel Antonio Perilla P., Secretario.

PROCESO CONCORDATARIO. Naturaleza. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Función jurisdiccional.

La Superintendencia de Sociedades cuando admite a concordato a las empresas que califican para ello y lo tramita hasta llegar a su celebración, no actúa en función de ente administrativo que busca la satisfacción de su propio fin (acto administrativo) consistente en la inspección necesaria sobre las sociedades, sino que desarrolla una actividad jurisdiccional. Sólo con la expedición del reciente Decreto legislativo 350 de 1989 se otorgó expresamente competencia a la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de las impugnaciones contra la providencia de la Superintendencia de Sociedades mediante la cual se apruebe el acuerdo celebrado entre el empresario y sus acreedores, que le pone fin a la actuación administrativa.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., veintisiete de marzo de mil novecientos ochenta y nueve.

Referencia: Proceso número 1023.

Demandante: Luis Fernando García Cerón.

El ciudadano y abogado Luis Fernando García Cerón, en ejercicio de la acción popular consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo solicita ante esta Corporación que se declare la nulidad de los siguientes autos proferidos por el señor superintendente de sociedades:

a) Auto OC-MZ-00167 de 29 de enero de 1987 por medio del cual se admitió a la Sociedad GONCHECOL Ltda., al trámite de un concordato preventivo obligatorio con sus acreedores en los términos y con las formalidades previstas en los artículos 1928 y siguientes del Código de Comercio, nulidad que se pide únicamente respecto del artículo 7º de dicha providencia que reza como sigue:

> "Séptimo. Para efectos del emplazamiento previsto en el artículo 1916 de la misma obra, *fíjese* el *edicto* en la Secretaría General de la Superintendencia por el término de diez (10) días hábiles; *publíquese* por tres (3) veces consecutivas en un diario de amplia circulación nacional, en uno que circu-

le regularmente en el lugar del domicilio de la sociedad y en el del asiento principal de sus negocios si lo hubiere, y *radiodifúndase* por tres (3) veces consecutivas en tres (3) días diferentes a través de una emisora de amplia audiencia en el territorio nacional.

"Parágrafo. Dentro de los quince días siguientes a la desfijación del edicto emplazatorio a los acreedores de que trata el artículo 1916 del Código de Comercio, la sociedad deberá acreditar la publicación del mismo en las formas señaladas en la citada disposición".

b) Auto OC-MZ-01664 de 16 de septiembre de 1987 por medio del cual se señala en su artículo 2º (norma demandada) "como fecha del término establecido en el artículo 1917 del Código de Comercio para la presentación de los créditos en este proceso, el día 4 de junio de 1987, con fundamento en las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia".

Y lo anterior en respuesta a la petición formulada por los bancos que a continuación se relacionan, para que dentro del concordato preventivo obligatorio atrás citado, la Superintendencia diera cumplimiento a los artículos 1916 y 1917: Banco Cafetero, Banco Colpatria, Banco del Comercio, Banco de Crédito y Comercio de Colombia, Banco Santander, Banco Credit Lyonnais, Banco de Occidente y Corporación Financiera de los Andes S. A.

c) Auto OC-MZ-02151 de 3 de diciembre de 1987 que resolvió los recursos de reposición interpuestos contra el auto OC-MZ-01664 anterior, por los bancos antes citados (con excepción del Credit Lyonnais) y por Rubén Darío Echeverri Hermanos Ltda., Auto Subaru Goncheverri Ltda., Automotora Santa Bárbara Ltda., Luis Alfonso Echeverry Arango y Fondo de Empleados Gonsubaru (fl. 19), nulidad que se impetra de su artículo 1º que decidió confirmar el susodicho auto OC-MZ-01664.

De tales recursos se corrió traslado a las partes el cual fue descorrido por las siguientes entidades crediticias: American Express Bank Limited, Banque Paribas, Cooperative Contrale Raiffeisen-Boerenleenbank B. A., Rabobank Nederland New York Branch, European American Bank National, Westminster Bank USA y Chemical Bank, quienes estuvieron de acuerdo con la decisión de la Superintendencia.

La litis en esencia se plantea alrededor de cuál debe ser la fecha de vencimiento del término establecido en los artículos 1916 y 1917 del Código de Comercio para que se presenten los créditos en el proceso concursal.

Consideraciones del despacho:

Como cuestión preliminar afirma el actor, luego de extensa lucubración sobre el tema, que los autos acusados comprendidos dentro

del proceso concordatario obligatorio, a que fue admitida la sociedad GONCHECOL Limitada tienen el carácter de administrativos porque así lo dijo la honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia de 28 de enero de 1988 y otras, y por ello sometidos a la jurisdicción contencioso administrativa, y no obstante que tradicionalmente el honorable Consejo de Estado haya sostenido que ellos son jurisdiccionales.

Se observa:

Reafirma esta Corporación su apreciación sobre la índole jurisdiccional del proceso concordatario y por ello ratifica su incompetencia para conocer de los autos impugnados, por las siguientes razones:

El Título I, del Libro VI del Código de Comercio regula el Concordato Preventivo: el potestativo y el obligatorio (hoy sustituido por el Decreto ley 350 de 16 de febrero de 1989), así:

1. A) El Concordato Preventivo Facultativo, basado en la protección del principio de la buena fe, es un negocio jurídico celebrado entre comerciante y la masa de sus acreedores en relación con la forma y condiciones en que el primero deba cancelar sus obligaciones insolutas a los segundos, autorizado por el juez y con el objeto de impedir la declaratoria de quiebra.

El proceso concordatario comprende las siguientes fases:

a) La solicitud o demanda presentada por el deudor ante el juez para que se la admita a la celebración de un concordato con sus acreedores, si concurren las condiciones del artículo 1910 del Código de Comercio.

b) Admisión de dicha solicitud (art. 1913 *ibídem*).

c) Notificación a los acreedores del comerciante por edicto en la secretaría del juzgado por tres veces y en un periódico de amplia circulación nacional y en uno que circule en el domicilio del comerciante y el del asiento principal del negocio, al igual que en una radiodifusora (art. 1916).

d) Comparecencia en el proceso de los acreedores para presentar sus créditos.

e) Presentación por los interesados de las impugnaciones que tengan contra los créditos mencionados, si fuere el caso. Y su tramitación y decisión por el juez (art. 1919).

f) Admisión de los créditos (calificación) y su graduación (art. 1919).

g) Iniciación de las deliberaciones que marcan el comienzo de la etapa contractual y dentro de las cuales se presentarán las propuestas y contrapuestas (art. 1922).

h) Acuerdo o concordato que se hará constar en un acta firmada por el juez y su secretario y será aprobado u homologado por el primero en la misma audiencia (art. 1925).

Una vez aprobado será obligatorio para los acreedores.

B) El Concordato Potestativo Obligatorio está instituido para las sociedades comerciales sometidas al control de la Superintendencia de Sociedades: a) con un pasivo externo superior a cinco millones de pesos; b) más de cien trabajadores permanentes. Y que no estén comprendidas en las excepciones del artículo 1935.

Dichas sociedades por encontrarse en estado de cesación de pagos, a través del mecanismo del concordato podrían evitar su declaración de quiebra (art. 1928).

A este concordato también se sujetan las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta en que aquel tenga parte principal, directa e indirectamente. Mas en este caso si no se celebra el concordato, si no se homologa, o si no se cumple no serán declaradas en quiebra sino disueltas y liquidadas por la Superintendencia de Sociedades (art. 1933).

Como se ve, se trata de darle posibilidad de sobrevivir económicamente a entidades con altos índices de endeudamiento o proveedoras de fuerza laboral considerable. O a empresas del Estado.

La solicitud de admisión a concordato se presenta ante dicha Superintendencia, quien tiene competencia privativa para asumir el conocimiento del mismo.

El trámite que se debe observar en este concordato es el mismo señalado para el concordato preventivo facultativo a términos del artículo 1930 del Código de Comercio. Mas el juez interviene en las controversias que se susciten sobre la existencia, cuantía, naturaleza, garantía, intereses y prelación de los créditos, para lo cual la Superintendencia le enviará la documentación pertinente (art. 1930 citado) y mientras el juez resuelve se aplazarán o suspenderán las deliberaciones. Llevadas a cabo estas y obtenido a consecuencia de ello un acuerdo, este se enviará al juez competente para su aprobación, esto es, su homologación.

2. Vistas las características de los concordatos anteriores, no cabe duda que en ambos se está frente a verdaderos procesos judiciales que se cumplen: el preventivo facultativo ante juez civil y el preventivo obligatorio ante la Superintendencia de Socidades que por lo tanto asume funciones jurisdiccionales igual que aquel.

La Superintendencia cuando admite a concordato a las empresas que califican para ello y lo tramita hasta llegar a su celebración,

no actúa en función de ente administrativo que busca la satisfacción de su propio fin (acto administrativo), consistente en la inspección necesaria sobre las sociedades (art. 120, num. 15 de la Carta), sino que desarrolla una actividad jurisdiccional porque persigue como juez de la controversia al igual como lo hace el juez civil, propiciar un acercamiento y arreglo sobre las diferencias económicas existentes entre el deudor y la masa de acreedores que en último redunda en beneficio de ambos, evitando así al primero alcanzar el estado de quiebra o disolución y liquidación de las personas y sociedades en su caso.

Dentro de esta actividad jurisdiccional de la Superintendencia en que a lo largo del proceso concursal hace actuar la ley al caso concreto, participa del mismo modo el juez civil que tiene a su cargo la solución de las discrepancias que surjan sobre los créditos y la homologación del concordato.

Producida esta homologación y en firme, pasa el acuerdo a ser ley para las partes y obviamente adquiere el carácter de cosa juzgada, característica esta exclusiva del acto jurisdiccional. El acta que lo contiene entonces deberá inscribirse en la Cámara de Comercio del domicilio del deudor, adjuntando copia de la parte resolutiva de la providencia judicial aprobatoria del concordato. Si hay disposición de bienes raíces el acta se inscribirá en la Oficina de Registro de Instrumentos.

Entonces en ambos concursos (el facultativo y el obligatorio) se desarrolla el mismo proceso de índole jurisdiccional y a través del cual —se repite— se dirime la pugna de pretensiones económicas que surge entre el ente en dificultades de esta clase y sus acreedores, como procedimiento para evitar la quiebra o la liquidación administrativa del primero y finalmente obtener un acuerdo que satisfaga por igual a las partes.

Los principios de la lógica no permiten considerar que una cosa sea y no sea al mismo tiempo. Es el postulado ontológico que enuncia: "Ningún objeto puede ser al mismo tiempo P y S".

Dándose entonces las notas que caracterizan el acto jurisdiccional en el proceso concordatario, sea cual fuere este, no puede concebirse que el obligatorio por ser de conocimiento de la Superintendencia de Sociedades —ente administrativo— sea a su vez administrativo. Ocurre sencillamente que en tratándose de estos concordatos la Superintendencia cumple funciones jurisdiccionales, aunque excepcionalmente.

Fue así entonces que el legislador con buen tino sometió a ambos concordatos al mismo procedimiento (art. 1930 del C. de Co.).

3. En la forma anterior, sostiene esta Corporación su posición de estimar jurisdiccional y no administrativa la actuación de la Su-

perintendencia de Sociedades, en tratándose del concordato preventivo obligatorio, consignada entre otras en providencias de 29 de septiembre de 1976 (consejero ponente: Carlos Betancur Jaramillo), 3 de febrero de 1977 (Expediente núm. 2577. Consejero ponente: Humberto Mora Osejo), 20 de octubre de 1980, 22 de enero de 1981 (Expediente núm. 3446. Consejero ponente: Carlos Galindo Pinilla) 26 de julio de 1983 (Expediente núm. 4094, Consejero ponente: Carlos Betancur Jaramillo), 20 de mayo de 1983 (Expediente núm. 10.107. Consejero ponente: Enrique Low Murtra), 24 de noviembre de 1986 (Expediente núm. 239. Consejero ponente: Miguel Betancourt Rey).

A la providencia de 22 de enero de 1981 pertenecen las siguientes apreciaciones, que se reiteran ahora:

> "El concordato preventivo, tanto el potestativo como el obligatorio, están previstos en el Código de Comercio bajo la forma de un proceso, no sólo porque así se le denomina en los artículos 1917, 1918, 1921, 1926, aplicables a uno y otro, sino porque en esencia se trata de actuar una pretensión procesal. En efecto lo que se demanda es una actividad del poder público a través de la cual se persigue obtener un arreglo que facilite el pago de las obligaciones del deudor (art. 1911 C. de Co.) para evitar así un proceso de quiebra; para lograrlo es menester la actuación de poderes compulsivos y decisorios con virtualidad suficiente para afectar la esfera de terceros acreedores, tales como el enervamiento de todo juicio de quiebra (art. 1913 *ibídem*), la suspensión de la prescripción de créditos y de toda actuación en procesos de ejecución contra el deudor (art. 1914 *ibídem*); igualmente la garantía general de los créditos a cargo del deudor y a favor de los acreedores que no participan en el concurso se reduce al remanente de los bienes del deudor una vez cumplido este (art. 1917 *ibídem*). Efectos de esta naturaleza sobre las relaciones entre particulares no pueden concebirse si, para producirlos, no media una actividad de naturaleza típicamente jurisdiccional.
>
> "El notable procesalista español Jaime Guasp, cuando trata de los procesos de eliminación 'cuya finalidad es la de impedir que se produzca otro proceso principal, de eventual nacimiento ulterior' (Derecho Procesal Civil —Instituto de Estudios Políticos— Madrid, 1977 2ª reimpresión, 3ª edición 1968. Tomo 2º, Parte Especial, pág. 573), expresa que se trata de verdaderos procesos entre partes y frente a un juez. Señala tres categorías entre ellas a saber, una que tiende a la eliminación de un proceso ulterior de cognición, que es la conciliación y otras dos que persiguen eliminar un proceso de ejecución extraordinario o general, con la quita y espera y la suspensión de pagos.

"Refiriéndose al primero dice: 'Ciertamente el juez no se pronuncia sobre el fondo de la materia que en el proceso de conciliación se debate, ya que lo que se pide de él es, simplemente, la obra pacificadora o avenidora que promueve el demandante, frente al sujeto pasivo o demandado. Por el hecho de que no se pida tanto una resolución concreta como una intermediación entre los litigantes, lo que deja un poco en la sombra la figura de la decisión en esta clase de procesos, no permite desconocer que aquí hay una verdadera reclamación entre partes, que no tiene por qué no merecer el nombre de pretensión procesal' (opus cit. pág. 544). Agrega que la actuación de esta pretensión se realiza a través de un proceso de cognición porque en él no hay lugar a la realización de operaciones materiales sino a la emisión por el órgano jurisdiccional de declaraciones con efecto entre partes. La especialidad de este tipo de procesos no deriva según el mismo Guasp de razones de derecho material, sino que se funda en razones de derecho procesal. En efecto, dice: 'la materia que se recoge en la conciliación es irrelevante para la configuración de este proceso. No es la sustancia sobre la que hay que conciliarse, sino la forma de la avenencia que se persigue, la que define la especialidad de esta actuación procesal' (opus cit. pág. 575).

"Dentro de este mismo orden de ideas y en relación con el proceso de 'quita y espera' cuya función es la de eliminar el concurso de acreedores para el deudor civil dice: 'La quita y espera' es en primer término un verdadero proceso. En efecto en ella interviene un juez en cuanto tal y se recoge una pretensión procesal, que se ha de satisfacer a través de la actuación del órgano jurisdiccional, que media entre deudor y acreedores, al efecto de conseguir el convenio de rebaja o aplazamiento (op. cit. pág. 591). Luego, refiriéndose a la naturaleza jurídica del proceso especial de la suspensión de pagos dice que ella: Se deduce con toda claridad de la concurrencia de los diversos elementos que integran su concepto, y que se trata de un proceso de cognición especial por razones jurídico materiales, y de significación eliminadora, lo mismo que la conciliación y 'la quita y espera' (op. cit. pág. 607).

"Tanto el concordato potestativo como el obligatorio previstos en la legislación colombiana corresponden al tipo de procesos especiales que Guasp engloba bajo la denominación de procesos de eliminación, en los cuales el deudor pretende a través de la actuación de un juez obtener un acuerdo en relación con sus obligaciones pendientes, bien para obtener una espera o un pago escalonado, o la aceptación de abonos parciales sobre créditos actual o inmediatamente exigibles, la administración de los negocios del deudor por un tercero, o

la vigilancia de su propia administración, la enajenación de bienes para la ejecución del concordato o de cualquier otra medida que facilite el pago de sus obligaciones. La simple admisión de la demanda produce unos efectos que trascienden la esfera jurídica del actor para incidir en la esfera de terceros acreedores según se expresó anteriormente. Durante la actuación de la pretensión puede surgir una serie de cuestiones incidentales cuya solución supone una competencia estrictamente jurisdiccional que ha de culminar con la homologación del concordato.

"Teniendo en cuenta estas notas esenciales, la propia ley califica esta actuación como un proceso y, como tal, lo regula. La jurisprudencia de esta Corporación en perfecto acuerdo con la ley ha concluido también en la naturaleza jurisdiccional de la actividad pública que se desarrolla, no sólo frente al concordato preventivo sino el obligatorio, pues ambos tienen una esencia común. La circunstancia de que la ley le asigne a la Superintendencia el trámite parcial del proceso, no lo convierte en mera actuación administrativa. Lo que ocurre simplemente es que el legislador le ha atribuido a la Superintendencia, como algo excepcional, el ejercicio de una función jurisdiccional por razones de utilidad y conveniencia, lo cual es perfectamente factible dentro de un sistema jurídico como el colombiano, según el cual la separación funcional de las Ramas del Poder Público, no excluye su colaboración armónica en la realización de los fines del Estado (art. 55, Const. Nal.). Por la misma razón, la Superintendencia en cuanto titular de esta función excepcional tampoco deja de ser un órgano de la administración pública; ese carácter lo mantiene, pero los actos que realice en ejercicio de esta función jurisdiccional que excepcionalmente, se le atribuye no se convierte en actos administrativos, pues su naturaleza propia sigue siendo jurisdiccional y, como tales, sólo están sometidos a la impugnación por la vía de los recursos propios de la vía jurisdiccional ordinaria.

"Sin embargo de lo ya dicho, en el artículo 3º número 1º del Decreto ley 1171 de 1980 se expresa que la Superintendencia de Sociedades convoca a concordato preventivo en ejercicio de su función administrativa de inspección y vigilancia. Este decreto se dictó en ejercicio de facultades extraordinarias que el Congreso otorgó al Gobierno mediante el artículo 16 de la Ley 32 de 1979, cuyo texto es del siguiente tenor:

"'Artículo 16. De conformidad con el numeral 12 del artículo 76 de la Constitución Nacional, invístese al presidente de la República de facultades extraordinarias por el término de 12 meses contados a partir de la sanción de la presente ley, para que:

"'1. Establezca la estructura de la Comisión Nacional de Valores y determine las escalas de remuneración de sus empleados, el régimen de sus prestaciones sociales, así como su participación en el presupuesto nacional.

"'2. Determine la competencia de los distintos órganos de la comisión y les asigne sus funciones administrativas, redistribuya las funciones que las actuales entidades estatales tienen sobre la materia y les asigne las que sean necesarias para el cabal cumplimiento de esta ley.

"'3. Señale las incompatibilidades e inhabilidades que surjan del ejercicio de cargos en cualquiera de los órganos de la Comisión Nacional de Valores.

"'4. Fije el procedimiento administrativo que deba seguirse en la expedición de los actos de la Comisión Nacional de Valores, y determine las consecuencias de su inobservancia.

"'5. Determine las pautas conforme a las cuales se organizará el Registro Nacional de Valores e Intermediarios, y expida las normas que regulan la actividad de los comisionistas de bolsa.

"'6. Ordene abrir los créditos y hacer los traslados necesarios en el presupuesto nacional para el cumplimiento de la presente ley'.

"Salta a la vista que la prescripción contenida en el numeral 1º del artículo 3º se refiere a una materia no comprendida en el artículo 16 antes transcrito, lo cual implica un desbordamiento del marco de las facultades extraordinarias, que se traduce en clara violación de los artículos 76-12 y 118-8 de la Constitución Nacional que hace inaplicable el precepto del referido artículo 3º numeral 1º, en los términos del artículo 215 de la Constitución Nacional como lo sostiene el propio actor en su alegato. De esta suerte, carece de toda operancia jurídica dentro de este proceso que la disposición en comento determine que la convocatoria a concordatos sea un atributo derivado de la función administrativa de inspección y vigilancia que le asigna la ley a la Superintendencia de Sociedades, por lo cual el intérprete debe estar a la naturaleza o esencia misma de la función, que conduce a catalogarla como jurisdiccional según las razones que se expusieron antes.

"Como se expresó en otro aparte de esta providencia es evidente que en el caso del concordato preventivo obligatorio, cuando su convocatoria procede de la Superintendencia, la competencia se bifurca en cierta forma, pues el juez se reserva la decisión de las cuestiones incidentales de fondo,

en tanto que a la Superintendencia sólo le compete la decisión de inicial y la actuación subsiguiente de simple trámite. Pero esta bifurcación no altera en lo más mínimo la naturaleza jurisdiccional de la función, pues es sabido que esta comprende no sólo poderes para dictar la decisión definitiva o para resolver cuestiones incidentales de fondo sino también los requeridos para la secuela o sustanciación del proceso.

"Sería ilógico calificar la misma clase de autos o providencias unas veces como jurisdiccionales y otras como administrativas, cuando es el caso que todas se dictan dentro de un mismo tipo de proceso, como es el concordato preventivo, sólo porque unas veces las dicte el juez (concordato preventivo potestativo, en realción con comerciantes individuales o con sociedades comerciales no sometidas a vigilancia de la Superintendencia) y en otras ocasiones los dicte el superintendente por virtud de la competencia especial que le asigne en la ley.

"Por lo demás es incuestionable que la posibilidad de formular pretensiones contencioso administrativas contra las providencias que profiera la Superintendencia, en el caso que se contempla, implicaría un quebrantamiento de la unidad del proceso establecido para el concordato preventivo, con el consiguiente aniquilamiento de una institución útil y conveniente".

Sólo con la expedición del reciente Decreto ley 350 de 16 de febrero de 1989 sobre la presente materia concursal, se otorgó expresamente competencia a la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de las impugnaciones contra la providencia de la Superintendencia de Sociedades "mediante la cual se apruebe el acuerdo celebrado entre el empresario y sus acreedores, que le pone fin a la actuación administrativa" (art. 60).

Habrá pues de inadmitirse la demanda por falta de jurisdicción, ya que la presente al tenor del artículo 82 del Código Contencioso Administrativo está instituida "para juzgar únicamente las controversias originadas en actos y hechos administrativos y de las privadas cuando cumplan funciones públicas".

Mas suponiendo el carácter administrativo de los actos acusados, halla la Sala lo siguiente:

a) Los actos acusados son de trámite y no definitivos (art. 84 inciso 4º del C. C. A.) porque constituyen apenas etapas procesales dentro del procedimiento que se desarrolla en el concordato preventivo obligatorio, pues: el OC-MZ-00167, luego de admitir a la Sociedad GONCHECOL Ltda., al trámite de este, se limita a ordenar la publi-

cación prevista en el artículo 1916 del Código de Comercio (art. 7º demandado), y los autos OC-MZ-01664 y OC-MZ-02151 se contraen a fijar la fecha hasta la cual los acreedores pueden presentar su crédito para ser tenidos en cuenta en el concordato (arts. 1916 y 1917).

b) De todos modos se observa que existe un interés particular y subjetivo por parte de los bancos y personas recurrentes en la vía gubernativa del auto OC-MZ-01664 consistente en variar la fecha para la introducción de créditos en el concordato fijada en tal providencia y de lo cual se beneficiarían, luego la acción pertinente no es la de nulidad como lo pretende el actor, sino la de restablecimiento del derecho que tiene un término de ejercicio de cuatro meses (art. 136 ordinal 2º del C. C. A.).

Como la última providencia, esto es, el auto OC-MZ-02151 se notificó el 7 de diciembre de 1987 (fl. 45) la presentación de la demanda el 22 de septiembre de 1988 se hizo hallándose archicaducada dicha acción de restablecimiento (fl. 77).

Además el actor, profesional del derecho, debía requerir de poder de los bancos o entidades comprendidos en la situación jurídica particular.

En mérito de lo expuesto, no se admite la demanda.

Cópiese y notifíquese.

Simón Rodríguez Rodríguez, Consejero de Estado.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

CARRERA JUDICIAL. CONCURSO. CONVOCATORIA. SUSPENSION EN PREVENCION. CONSEJO SUPERIOR DE ADMINISTRACION DE JUSTICIA. Funciones.

La convocatoria impugnada, en lugar de colocar a todos los aspirantes en igualdad de oportunidades frente al examen de conocimientos, le da un trato de privilegio a los magistrados de Tribunal Superior que estén desempeñando en propiedad el cargo, al eximirlos de tal prueba.

El Consejo Superior de la Administración de Justicia en el acto de convocatoria impugnado, admitió que este puede expedirse con sujeción a las bases señaladas por la Corte Suprema de Justicia, cuando lo que dispuso el artículo 23 del Decreto 52 de 1987 fue que la Corte podrá coordinar con los Consejos, en ciertos eventos, las bases del concurso para efecto de la convocatoria.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., veintiocho de marzo de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejera ponente: *Doctora Aydée Anzola Linares.*

Referencia: Expediente número 4038. Autoridades nacionales.

Actor: Jaime Horta Díaz.

El ciudadano Jaime Horta Díaz, con apoyo en el artículo 153-1 del Código Contencioso Administrativo, solicita se suspenda provisionalmente en prevención al acto administrativo del Consejo Superior de la Administración de Justicia de 19 de octubre de 1988, por medio del cual se convoca a concurso para la provisión de cargos de magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial.

Afirma el demandante que no admite discusión que la convocatoria acusada es un acto preparatorio.

Acerca de la violación de normas sostiene que se quebrantaron los artículos 1º y 5º del decreto con fuerza de ley (52 de 1987), que disponen, respectivamente, que el objeto de la carrera judicial tiende a garantizar la eficiente administración de justicia y "con base en el sistema de mérito, *asegurar en igualdad de oportunidades* el ingreso y ascenso en el servicio, de funcionarios y empleados con estabilidad

e independencia", y que el sistema de méritos se establece para asegurar el ingreso y promoción en la administración de justicia, de las personas más idóneas "*mediante el análisis y evaluación* de sus calidades, *conocimientos,* capacidad, vocación y experiencia" (destaca y subraya el memorialista).

La argumentación demostrativa se hace consistir en que, contrariamente a lo dispuesto por la ley, la convocatoria "...exonera del examen de conocimientos a los magistrados nombrados en propiedad, con lo cual se los excepcionó de una parte del concurso, como es la etapa eliminatoria, para acceder de plano a la etapa clasificatoria, *en privilegiadas condiciones frente a los demás aspirantes,* a pesar de las voces de ese Estatuto que pregona la *igualdad de oportunidades* para ingresar a la carrea judicial" (fl. 16).

Al efecto, el memorialista transcribe el siguiente aparte de la convocatoria: "Las personas aceptadas al concurso, con excepción de quienes estén desempeñando en propiedad al cargo de magistrado de Tribunal Superior, deberán presentar un examen de conocimientos en el área de especialización del cargo al cual aspira, de acuerdo con reglamentación que expida la Sala de Gobierno de la Corte Suprema de Justicia" (fl. 4).

Además, plantea el peticionario:

> "Ahora bien, de realizarse el concurso en esas condiciones se estarían pretermitiendo expresas disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de tal índole que las designaciones de los magistrados serían sin duda viciadas de inconstitucionalidad e ilegalidad no susceptibles de ningún recurso".

El señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado, en el escrito de folios 29 a 31, interviene como parte y en interés del orden jurídico señaló otras disposiciones violadas por el acto cuya suspensión se impetra, así:

> "Al intervenir, como agente del Ministerio Público y a título de parte, me permito señalar otras disposiciones violadas por la convocatoria cuya suspensión se impetra, así:
>
> "La 'fijación de políticas y programas para convocatorias, selección, ingreso y ascenso en la carrera' por mandato del numeral 1º del artículo 10 del Decreto 0052 de 1987 corresponde, *exclusivamente,* al Consejo Superior de la Administración de Justicia, con sujeción a la ley, y *no* a las bases que señale la Corte Suprema de Justicia, como sin rubor lo proclama la convocatoria acusada. Resulta, entonces, claramente violada la norma en cita".

Para resolver se considera:

Sea lo primero dejar sentado que, como lo plantea el peticionario y lo ha dicho la Corporación en forma reiterada, la suspensión provisional en prevención de un acto preparatorio o de trámite constituye un incidente autónomo, independiente de cualquier acción de impugnación de uno definitivo y que su viabilidad requiere los siguientes requisitos, con arreglo a las previsiones de los artículos 152 y 153-1 del Código Contencioso Administrativo:

a) Que viola de manera manifiesta una norma superior, la cual infracción debe percibirse a través de una sencilla comparación entre aquel y la norma, o del examen de las pruebas aportadas.

b) Que el acto de trámite se dirija a proferir uno definitivo inconstitucional e ilegal y

c) Que el acto definitivo que se llegue a proferir no fuere susceptible de ningún recurso.

Ahora bien, respecto del Consejo Superior de la Administración de Justicia, el numeral segundo del artículo 10 del Decreto 52 de 1987, dispuso:

> "Además de las funciones señaladas por la ley, el Consejo tendrá las siguientes:
>
> "1ª ... ...
>
> "2ª ...Efectuar las convocatorias a concurso para la provisión de cargos de magistrados de Tribunal y de empleados de la Corte Suprema de Justicia".

De otro lado se tiene que realizado un concurso para acceder al servicio y a la carrera judicial y hecha la correspondiente calificación, el pago siguiente es el nombramiento del ganador o ganadores, conforme al artículo 29 del mismo decreto, que en su parte exequible dispone:

> "En firme la calificación, se procederá al nombramiento del ganador o ganadores, según el número de cargos".

Luego, frente a las normas anteriormente transcritas necesario es concluir que entre los actos preparatorios o de trámite conducentes a la expedición de los actos definitivos de nombramiento de los magistrados de los Tribunales, está la convocatoria al concurso correspondiente.

Verificado lo anterior se procede al estudio de los requisitos que se dejaron enunciados:

1. La sencilla comparación entre la convocatoria acusada y las normas invocadas por el demandante y el Ministerio Público, conduce

a establecer que, efectivamente, como ellos lo plantean, aquella vulnera de manera ostensible los artículos 1º, 5º y 10 del Decreto 52 de 1987.

En efecto, a términos de la primera norma indicada, ya transcrita en lo pertinente, el ingreso al servicio de funcionarios y empleados judiciales DEBE HACERSE CON BASE EN EL SISTEMA DE MERITOS Y EN IGUALDAD DE OPORTUNIDADES. Además, la segunda, cuyo texto también quedó transcrito en lo conducente, consagra la finalidad del sistema de méritos consistentes en asegurar el ingreso y promoción en la administración de justicia, de las personas más idóneas, mediante el análisis y evaluación de sus calidades, CONOCIMIENTOS, capacidad, vocación y experiencia.

Pero la convocatoria impugnada ,en lugar de colocar a todos los aspirantes en igualdad de oportunidades frente al examen de conocimientos le da un trato de privilegio a los magistrados del Tribunal Superior que estén desempeñando en propiedad el cargo, al eximirlos de tal prueba, según la parte pertinente de la convocatoria que se transcribió anteriormente. Máxime cuando se convocó "A los interesados para que se inscriban en el concurso PARA LA PROVISION DE CARGOS DE MAGISTRADOS DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE DISTRITO JUDICIAL..." y que a términos del artículo 4º del Decreto 52 de 1987 "El nombramiento en carrera judicial UNICAMENTE PODRA RECAER EN PERSONAS SELECCIONADAS MEDIANTE EL CONCURSO DE MERITOS" (las mayúsculas no son del texto).

Esto sería suficiente para acceder a la suspensión solicitada.

Además, la sencilla comparación entre el acto de convocatoria en cuestión y el artículo 10 del mismo decreto evidencia la ostensible violación de la norma en la cual se dispuso:

> "Además de las funciones señaladas por la ley, el Consejo Superior de la Administración de Justicia, tendrá las siguientes:
>
> "1ª FIJAR POLITICAS Y PROGRAMAS PARA CONVOCATORIA, SELECCION, INGRESO Y ASCENSO EN LA CARRERA" (las palabras en negrilla, las subrayas y las mayúsculas no son del texto).

Y el acto de convocatoria dice:

> "El Consejo Superior de la Administración de Justicia CON SUJECION A LAS BASES SEÑALADAS POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA en el Acuerdo número 002 de octubre 13 de 1988..." (las surbayas y mayúsculas no son del texto).

Significa lo últimamente transcrito, que el Consejo Superior de la Administración de Justicia, en el acto de convocatoria impugnado, admitió que este puede expedirse con sujeción a las bases señaladas por la Corte Suprema de Justicia, cuando lo que dispuso el artículo 23 del Decreto 52 de 1987 fue que la Corte Suprema de Justicia podrá *coordinar* con los Consejos al producirse "una vacante o ante la proximidad del vencimiento del período", "en ambos casos", las fechas, modalidades y bases del concurso para efecto de la convocatoria.

Entonces, resulta incontestable que la convocatoria se llevó a cabo condicionada, o mejor, sujeta al criterio de otra autoridad sin que la ley lo hubiera establecido así.

Vale decir que aquella no fue el fruto de la coordinación conjunta del Consejo Superior de la Administración de Justicia y de la Corte Suprema de Justicia sino de la disposición unilateral de la segunda.

2. Todo lo anterior es útil para la verificación del segundo requisito, o sea que el acto impugnado se dirija a producir uno definitivo inconstitucional o ilegal, en razón de que para los efectos de la viabilidad de la medida solicitada hubo de dejarse por sentado que dicho acto si era preparatorio o de trámite, para la emisión de los nombramientos de magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito.

Resta averiguar si tales nombramientos en las condiciones que se dejan reseñados serían inconstitucionales o ilegales.

Al respecto, el artículo 162 de la Constitución Política, dispone:

> "La ley establecerá la carrera judicial y reglamentará los sistemas de concurso para la selección de los candidatos que hayan de desempeñar los cargos judiciales y los del ministerio público..."

En desarrollo de la norma transcrita se expidió el Decreto 52 de 1987 "por el cual se revisa, reforma y pone en funcionamiento el Estatuto de la Carrera Judicial", algunas de cuyas normas ya se vio que fueron ostensiblemente quebrantadas por el acto de convocatoria.

Así las cosas ante una convocatoria a concurso que transgrede la ley, y consecuentemente la norma constitucional mencionada arriba, los nombramientos derivados de aquel estarían afectados de ilegalidad e inconstitucionalidad, toda vez que los que se conformarían a derecho, serían los que se hubieran ceñido estrictamente a las disposiciones legales que reglamentan el proceso de selección de candidatos exigido en la Constitución Política.

3. Finalmente, corresponde elucidar si los actos de nombramientos que se dictaren serían susceptibles de algún recurso.

El proceso de selección establecido en el Decreto 52 de 1987 culmina con la calificación de los concursantes, que se notifica por aviso fijado en la secretaría correspondiente y contra la cual ellos pueden interponer recurso de reposición, conforme lo dispone el artículo 27 del mismo estatuto.

En firme la calificación, como ya se dijo, se procede al nombramiento del ganador o ganadores.

Entonces, bien se ve, que la ley le da oportunidad a los participantes de discutir los resultados del concurso respecto de la calificación pero no en relación con los nombramientos, los cuales simplemente se comunican a los nombrados, quienes obviamente carecen de interés para recurrirlos, fuera de que contra tales actos la ley no ha establecido recursos en la vía gubernativa. Por regla general, cualquier vicio en los nombramientos tendría que discutirse mediante la acción pertinente en esta jurisdicción.

En mérito de lo dicho, se dispone:

Suspéndese provisionalmente en prevención al acto del Consejo Superior de la Administración de Justicia de 19 de octubre de 1988, por medio del cual se convocó a concurso para la provisión de cargos de magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito.

Cópiese, notifíquese personalmente al agente del Ministerio Público y al ministro de Justicia y por estado. Comuníquese al mismo ministro de Justicia, a la Corte Suprema de Justicia y al Consejo Superior de la Administración de Justicia.

Aydée Anzola Linares.

Miguel Antonio Perilla P., Secretario.

ACTUACION ADMINISTRATIVA. Principios generales. PRINCIPIO DE ECONOMIA. PRINCIPIO DE CELERIDAD. PERSONERIA ADJETIVA.

Los artículos 65 y 84 del Código de Procedimiento Civil se deben entender aplicables a la actuación administrativa en cuanto no se contrapongan a su propia naturaleza que impone una preceptiva menos rígida conforme al texto del artículo 3º Del Código Contencioso Administrativo al determinar una pauta general de orientación tendiente a evitar el desconocimiento de derechos por formalismos no ordenados expresa y claramente en la ley. En tratándose de una actuación administrativa, el poder presentado con nota de autenticación notorial es suficiente para acreditar la personería adjetiva correspondiente.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., treinta de marzo de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja.*

Referencia: Expediente número 187.

Actor: Fernando Dueñas y Andrés Rodríguez Pizarro.

I. Antecedentes:

El abogado Andrés Rodríguez Pizarro, en su nombre, y además, como apoderado del señor Fernando Dueñas, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, ha ocurrido ante esta Corporación impetrando se hagan las siguientes declaraciones:

"1. Se declare la nulidad por manifiesta ilegalidad del acto administrativo de 12 de diciembre de 1984, por medio del cual la señora superintendente de Control de Cambios se negó a reconocerme personería dentro del trámite de una investigación administrativa que se adelantaba en ese despacho contra el señor Fernando Dueñas (anexo C).

"2. Se declare la nulidad del acto administrativo de 4 de enero de 1985, por medio del cual la Superintendencia de Control de Cam-

bios, se abstuvo de considerar el memorial presentado por mí, interponiendo el recurso de reposición en contra de lo dispuesto en contra del acto administrativo de fecha 12 de diciembre de 1986 (anexo E).

"3. Que a título de restablecimiento del derecho y como consecuencia de las anteriores declaraciones se decrete que la Superintendencia de Control de Cambios está obligada a reconocerme la personería como apoderado especial del señor Fernando Dueñas, dentro de la investigación administrativa que se adelanta contra el mencionado señor".

Expone como hechos de la demanda, los siguientes:

"1. Con fecha 1, 2, 6 y 7 de noviembre de 1984, funcionarios de la Superintendencia de Control de Cambios acompañados de detectives del Departamento Administrativo de Seguridad, adelantaron una visita administrativa a las oficinas del señor Fernando Dueñas, ubicada en la oficina número 2-23 de la carrera 15 número 93-60. Los mencionados funcionarios fueron atendidos personal por el señor Fernando Dueñas (anexos G y H).

"2. Teniendo en cuenta que en dicha visita administrativa los funcionarios enviados por la Superintendencia de Control de Cambios, con desconocimiento absoluto de lo dispuesto en el artículo 38 de la Constitución Nacional, retuvieron documentos de manera indebida; el señor Fernando Dueñas, procedió a conferirme poder para efectos de representarlo ante la Superintendencia de Control de Cambios, ejercer el derecho de defensa y obtener el restablecimiento de sus derechos.

"3. Con fecha 6 de diciembre de 1984, me permití presentar en forma personal ante la Superintendencia de Control de Cambios, un memorial donde habiendo acompañado el documento poder otorgado por el señor Fernando Dueñas, solicitaba que se me reconociera personería (anexo D). Sea del caso destacar que en el documento poder presentado, constaba la presentación personal que del mismo había hecho el señor Fernando Dueñas ante el Notario Veinticinco del Círculo de Bogotá, D. E.

"4. A continuación, mediante acto administrativo de fecha 12 de diciembre de 1984, la señora superintendente de Control de Cambios se negó a reconocerme personería para actuar como apoderado del señor Fernando Dueñas '...por no reunir los requisitos legales estipulados en los artículos 65 inciso 2º 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' (anexo C).

"5. Dentro de su oportunidad legal el suscrito procedió a presentar recurso de reposición (anexo D) para que dicha providencia fuera revocada en su integridad, y a ello la Superintendencia de Control de Cambios dio respuesta, mediante auto de 4 de enero de 1985, notificado el 14 de enero del presente año, manifestando lo siguiente:

"...El 18 de diciembre de 1984, el doctor Andrés Rodríguez Pizarro, presentó un memorial interponiendo recurso de reposición contra un acto de 12 de diciembre de 1984, por medio del cual no se acepta su representación como apoderado de la firma investigada (sic).

"De acuerdo con lo establecido en el artículo 52 del numeral 1 del Decreto 01 de 1984, el recurso de reposición debe presentarse personalmente por el interesado o por su apoderado *debidamente constituido*. Según esto, el recurso de reposición contra el acto que decidió sobre la representación del doctor Rodríguez como apoderado del señor Fernando Dueñas, ha debido ser presentado personalmente por el señor Dueñas quien es el interesado en este caso. No puede considerarse, en ningún momento, como lo hace el doctor Rodríguez, que él tenga personería dentro del proceso para poder actuar como apoderado interponiendo recurso, pues, dicho acto le resolvió en forma negativa tal calidad. Siendo así, no cabe la posibilidad de que el recurso sea interpuesto por él.

"Además, se informa que de acuerdo con lo establecido en el artículo 4º del Decreto 577 de 1967, 'el recurso de reposición procede únicamente contra las resoluciones por medio de las cuales se imponen multas u otras sanciones previstas en la legislación de oro y cambios, o se niegan licencias para la explotación de minas de oro y platino. Todos los demás actos cumplidos por la Superintendencia no son susceptibles de recurso alguno'. Según esto, el acto que decide sobre la personería del apoderado no es susceptible de reposición 'por las razones anteriormente expuestas, este despacho se abstiene de considerar el memorial presentado el 18 de diciembre de 1984' (anexo E).

"6. Teniendo en cuenta que con las actuaciones de la Superintendencia de Control de Cambios se han violado las diferentes normas jurídicas que a continuación expondré, de la manera más respetuosa solicito que se declare la nulidad de los mencionados actos administrativos, conforme a lo expuesto en el *petitum* de este escrito.

"7. La presente demanda es procedente, por cuanto sin lugar a la menor duda los actos administrativos aquí causados son de los llamados actos de trámite definitivos, respecto de los cuales ejerce control la jurisdicción de lo contencioso administrativo, conforme a lo dispuesto en los artículos 82 y 83 del Decreto 01 de 1984".

Cita la demanda como normas violadas por los actos acusados, los artículos 16, 20, 26 y 55 de la Carta; 4º y 252 del Código de Pro-

cedimiento Civil; el artículo 1º del Decreto 624 de 1974; el artículo 1º de la Ley 29 de 1973; el 73 del Decreto 960 de 1970; y los artículos 1º 50 y 57 del Código Contencioso Administrativo.

El concepto de la violación está expuesto a folios 36 a 49, fundamentalmente orientado a desvirtuar el motivo por el cual la Superintendencia de Control de Cambios no reconoció personería al doctor Andrés Rodríguez Pizarro como apoderado del señor Fernando Dueñas, por no haberse hecho presentación personal ante la secretaría general de dicha entidad, sino ante un notario del Círculo de Bogotá.

En dicho concepto se hace hincapié en la fe pública que la ley ha depositado en los notarios, en la interpretación de las normas procesales que el juzgador debe hacer para la efectividad de los derechos sustanciales y sobre los medios de prueba admisibles en el Código de Procedimiento Civil atinentes con documentos públicos y privados a que remite el Estatuto de lo Contencioso Administrativo.

Así mismo transcribe algunos apartes de jurisprudencias del Consejo de Estado sobre la veracidad de la identidad de los poderdantes, mediante documentos presentados ante notario o juez, entre ellas, las sentencias de 23 de septiembre de 1968 y de 11 de febrero de 1983, así como el auto de 29 de marzo de 1979, todas estas providencias proferidas por la sección cuarta de la Corporación, encaminadas a demostrar lo contrario de la decisión tomada por la Superintendencia de Control de Cambios y recavar sobre la admisibilidad de los poderes presentados ante notario, con lo cual se garantiza la autenticidad de la firma del poderdante.

Concluye el libelo demandatorio con lo siguiente:

"De lo expuesto, se puede concluir de acuerdo a sanos principios de la hermenéutica jurídica, ratificados por la doctrina y la jurisprudencia, que sí es válida la presentación de poderes ante notario público, cuando quiera que se trata de actuaciones ante funcionarios administrativos de la rama ejecutiva.

"Pero otro punto que llama la atención, de la aberrante actuación de la Superintendencia de Control de Cambios, es que habiendo presentado el recurso de reposición contra el auto de diciembre 12 de 1984 (anexo D), dicha entidad se abstiene de conocerlo por cuanto el memorial ha debido ser presentado por el señor Fernando Dueñas (ver auto de 4 de enero de 1985). Ello es un irrespeto al artículo 26 de la Constitución Nacional (derecho de defensa) que ciertamente no da la mejor imagen de las actuaciones de la Superintendencia de Control de Cambios. Para responder cualquier interrogante que se pueda efectuar, basta afirmar de manera categórica y clara, que la persona que había solicitado el reconocimiento de personería, era el suscrito en su carácter de abogado titulado e inscrito y por ende la decisión que se tomara afectaba de manera directa su interés, siendo para ello persona debidamente legitimada para interponer el recurso.

"Por último, y para no alargar demasiado este escrito, deseo manifestar que la cita efectuada del Decreto 577 de 1967, es un total desconocimiento a conveniencia, de lo dispuesto en los artículos 1º y 50 del Decreto 01 de 1984 que claramente establecen la procedencia de los recursos contra actos administrativos decisorios de las entidades administrativas, como la Superintendencia de Control de Cambios, que se encuentran sujetas a dicho ordenamiento (art. 1º del Decreto 01 de 1984)".

Por su parte, la Superintendencia de Control de Cambios, al contestar la demanda argumenta sobre los actos acusados en la siguiente forma:

"...La jurisdicción contencioso administrativa está instituida para conocer las controversias originadas en actos y hechos administrativos de las entidades públicas de conformidad con el artículo 82 inciso 1º del Código Contencioso Administrativo. Sin embargo, el artículo 84 de esa misma obra, es claro al señalar que la acción de nulidad procede contra actos de carácter definitivo. En efecto, dice el citado artículo 84 en su inciso 3º: 'Esta acción (se refiere a la acción de nulidad) procede contra los actos de carácter *definitivo;* excepcionalmente contra los preparatorios, de trámite y de ejecución en los casos de los artículos 50, 88 y 153 de este Código' (subrayo). Es así como el artículo 50 de esta misma codificación, en su último inciso, dice: 'Son actos definitivos, que ponen fin a una actuación administrativa, los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto; *los de trámite pondrán fin a una actuación cuando hagan imposible continuarla*' (subrayo).

"Por acto administrativo definitivo o de trámite definitivo debe entenderse aquellos actos que contienen la decisión de la administración propiamente dicha. Por actos administrativos preparatorios, accesorios o de trámite, deben entenderse aquellos actos que se expiden como parte de un procedimiento administrativo y que se encaminan a adoptar una decisión, o cumplen un requisito posterior a ella. Así lo ha definido Libardo Rodríguez en su obra *Derecho administrativo general y colombiano* (Editorial Temis, 1985, tercera edición, pág. 194).

"Así mismo, puede decirse que el acto administrativo definitivo o de trámite definitivo al ser emitido agota el procedimiento administrativo toda vez que decide consignando la voluntad final de la administración; los de trámite preparan la decisión del órgano administrativo o son aquellos que deben cumplirse con anterioridad a la emisión del acto definitivo.

"Así las cosas, el acto definitivo o de trámite definitivo contiene la manifestación propia de voluntad dada por el órgano administrativo respectivo que hace que esta sea irreversible frente al ente que lo expide, salvo que se ejerza el recurso procedente. Son entonces, estos actos los que están sujetos al control gubernativo o jurisdiccio-

nal de conformidad con el citado artículo 84 inciso 3º en concordancia con el artículo 50 del Código Contencioso Administrativo.

"No obstante lo anterior, por disposición expresa los actos administrativos de trámite o preparatorios e inclusive los de trámite definitivos no son sujetos de control gubernativo, aunque los últimos lo sean por vía del Contencioso. En efecto, los Decretos 584 de 1967, artículo 4º y 212 de 1977, artículo 3º, someten los actos administrativos susceptibles de impugnar ante el superintendente de Control de Cambios mediante el recurso de reposición correspondiente; excluyendo de su control, los actos de trámite o preparatorios y los de trámite definitivos; disposiciones que guardan a su vez total correspondencia con el artículo 49 del Código Contencioso Administrativo, en el caso de los actos administrativos de trámite preparatorios; significa lo anterior, que el presupuesto para calificar un acto de trámite o preparatorio o de trámite definitivo, no lo da el control gubernativo, como pretenden los actores sino la decisión que contenga el mismo".

Decretadas las pruebas pedidas y recepcionadas estas, se dio traslado para alegar de conclusión a las partes, que lo hicieron conforme aparece a folios 135 a 140 por los demandantes y entre folios 141 a 146 por parte de la Superintendencia de Control de Cambios, reiterando las argumentaciones expuestas tanto en la demanda como en la contestación de la misma. Por economía procesal no se vuelve sobre ellas.

II. Los actos acusados:

El primer acto que aparece al folio 7 del expediente, suscrito por la Superintendencia de Control de Cambios y su secretario general, de fecha 12 de diciembre de 1984, dice:

"No se acepta la representación del doctor Andrés Rodríguez Pizarro, identificado con la cédula de ciudadanía número 19.098.193 de Bogotá y con tarjeta profesional número 14.380 del Ministerio de Justicia como apoderado de Fernando Dueñas, por no reunir los requisitos legales estipulados en los artículos 65 inciso 2º 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 encuentran en lugares distintos, 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.

"La Superintendente de Control de Cambios

"María Lugario Castrillón

"El Secretario General,

"Emilio Wills Cervantes".

El segundo acto que aparece al folio 14 del expediente suscrito por la superintendente de Control de Cambios y su secretario general, de fecha 4 de enero de 1985, dice lo siguiente:

"El 18 de diciembre de 1984, el doctor Andrés Rodríguez Pizarro, presentó un memorial interponiendo recurso de reposición contra un acto de 12 de diciembre de 1984, por medio del cual no se acepta su representación como apoderado de la firma investigada.

"De acuerdo con lo establecido en el artículo 52 numeral 1 del Decreto 01 de 1984, el recurso de reposición debe presentarse personalmente por el interesado o por su apoderado *debidamente constituido*. Según esto, el recurso de reposición contra el acto que decidió sobre la representación del doctor Rodríguez como apoderado de Fernando Dueñas ha debido ser presentado personalmente por el señor Dueñas, quien es el interesado en este caso. No puede considerarse en ningún momento, como lo hace el doctor Rodríguez, que él tenga personería dentro del proceso para poder actuar como apoderado interponiendo recursos, pues dicho acto le resolvió en forma negativa tal calidad. Siendo así, no cabe la posibilidad de que el recurso sea interpuesto por él.

"Además, se informa que de acuerdo con lo establecido en el artículo 4º del Decreto 577 de 1967, 'el recurso de reposición procede únicamente contra las resoluciones por medio de las cuales se imponen multas u otras sanciones previstas en la legislación de oro y cambios, o se niegan licencias para la explotación de minas de oro y platino. Todos los demás actos cumplidos por la Superintendencia no son susceptibles de recurso alguno'. Según esto, el acto que decide sobre la personería del apoderado no es susceptible de reposición.

"Por las razones anteriormente expuestas, este despacho se abstiene de considerar el memorial presentado el 18 de diciembre de 1984".

III. El concepto fiscal:

El señor Fiscal Primero de esta Corporación, una vez corrido el traslado para su concepto de fondo, expone lo siguiente:

"Analizados el contenido y la naturaleza de los actos demandados, este despacho encuentra que los mismos no cumplen los presupuestos legales que permitan hacerlos objeto de controversia ante lo contencioso administrativo, razón por la cual la demanda adolece de una ineptitud sustantiva que necesariamente debe concluir en un fallo inhibitorio. En efecto, la jurisdicción de lo contencioso administrativo, fue creada, básicamente para dirimir los conflictos suscitados entre el Estado y los particulares con motivo de los actos o conductas que el primero asume respecto de los segundos y que puedan significar perjuicio o daño de cualquier índole para estos últimos.

"No obstante, no todos los actos o conductas de la administración respecto de los particulares pueden ser objeto de exámenes o de estudio ante lo contencioso administrativo, por cuanto la misma ley ha determinado cuáles pueden y cuáles no pueden serlo. El artículo 84 del Código Contencioso Administrativo consagra, que la acción de nulidad procede contra los actos *definitivos* y excepcionalmente contra los preparatorios, de trámite y de ejecución en los casos de los artículos 50, 88 y 153 del mismo estatuto. El artículo 50, por su parte, preceptúa en su último inciso: 'Son actos definitivos, que ponen fin a una actuación administrativa, los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto; los actos de trámite pondrán fin a una actuación cuando hagan imposible continuarla'.

"... ... ...

"Planteadas de esta manera las cosas y compartiendo en todo lo expresado por la Superintendencia de Control de Cambios a través del proceso, este despacho considera que la demanda que originó el presente proceso adolece de una ineptitud sustantiva, que sólo puede revertir en un pronunciamiento inhibitorio por parte de la Sala.

"Así lo sugiere la Fiscalía al honorable consejero ponente".

IV. Consideraciones de la Sala:

Para decidir, la Sala hace las siguientes argumentaciones:

1. Los actos administrativos acusados, es decir, los proferidos por la Superintendencia de Control de Cambios el día 12 de diciembre de 1984, por el cual no se acepta la representación del doctor Andrés Rodríguez Pizarro como apoderado del señor Fernando Dueñas, por falta de presentación personal de este último ante la secretaría de dicha Superintendencia (fl. 7 del cdno. ppal. y 443 del cdno. 3 de anexos); y el de 4 de enero de 1985, por el cual se abstiene la Superintendencia de considerar el recurso de reposición por improcedente (fl. 14 del cdno. ppal. y 453 del cdno. 3 de anexos), son actos de trámite que ponen fin a una actuación, pues impidieron continuarla, como está consagrado en el inciso final del artículo 50 del Código Contencioso Administrativo, antes transcrito.

Por manera que, si los actos demandados pusieron fin a la actuación iniciada por los actores del presente proceso, son actos susceptibles de control jurisdiccional, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 84 inciso 4º del Código Contencioso Administrativo.

2. Conforme a lo anterior, siendo procedente el control jurisdiccional de los actos acusados, entra la Sala al estudio de los cargos esgrimidos para solicitar la nulidad de los mismos.

Del texto del primer acto, esto es de la resolución de la Superintendencia de Control de Cambios de 12 de diciembre de 1984 (fl. 7),

se desprende que al doctor Andrés Rodríguez Pizarro no se le aceptó como apoderado del actor Fernando Dueñas por no haberse presentado el poder que se le otorgaba, personalmente ante la secretaría de aquella entidad en lugar de hacerlo como se hizo ante notario público (fl. 3) para lo cual se invoca lo dispuesto en los artículos 65 inciso 2º y 84 del Código de Procedimiento Civil.

Sobre el particular, debe indicarse en primer lugar, que si bien es cierto que el artículo 267 del Código Contencioso Administrativo se remite al de Procedimiento Civil en los aspectos no contemplados en aquel, también lo es que esta remisión se contrae solamente a lo que "sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo", cuestión esta que corresponde determinar, teniendo en cuenta sobre todo los principios que rigen los procedimientos administrativos entre los cuales es pertinente citar el de la economía explicado en el artículo 3º del Código Contencioso Administrativo para agilizar las decisiones mediante procedimientos que se adelanten en el menor tiempo y con la menor cantidad de gastos procurando no pedir "más documentos y copias que las estrictamente necesarias, ni autenticaciones ni notas de presentación personal" no exigidas expresamente en la ley.

En el caso *sub lite* en el que se invocan los artículos 65 y 84 del Código de Procedimiento Civil por la Superintendencia de Control de Cambios para no atender el recurso interpuesto por quien se presentó como apoderado del señor Fernando Dueñas, cabe decir que estas normas se deben entender aplicables a la actuación administrativa en cuanto no se contrapongan a su propia naturaleza que impone una preceptiva menos rígida conforme al texto del artículo 3º del Código Contencioso Administrativo al determinar una pauta general de orientación tendiente a evitar el desconocimiento de derechos por formalismos no ordenados expresa y claramente en la ley.

Por ello esta Sala estima que estuvo bien presentado el poder en cuestión en tanto lleva la nota de autenticación notarial siendo suficiente en este caso para acreditar la personería adjetiva correspondiente en tratándose de un actuación administrativa en la cual una u otra forma de presentación tienen igual valor probatorio dados los fines de aquella definidos en el artículo 2º del Código Contencioso Administrativo, en cuanto se refiere a la efectividad de los derechos e intereses de los administrados.

Por lo demás, no se discute aquí la forma de presentación del recurso por parte del apoderado para los efectos del artículo 52 del Código Contencioso Administrativo, por lo cual se podía considerar en derecho la parte demandante para interponer el recurso que le fue denegado. Y volviendo al tema de la presentación del poder "ante notario", se trae a colación un caso idéntico resuelto por esta Sala recientemente mediante sentencia de 2 de diciembre del año pró-

ximo pasado con ponencia del consejero Guillermo Benavides Melo, en la cual se dijo lo siguiente:

"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 Codigo Contencioso Administrativo remite al Código de Procedimiento Civil y establece cómo las normas de este 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 encuentra 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 esta 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 oiga ni atienda, pretendiendo justificar su rechazo en norma jurídica establecida de manera expresa para actuaciones distintas de aquella 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:

Declárase la nulidad de los actos administrativos proferidos por la Superintendencia de Control de Cambios el 12 de diciembre de 1984 y el 4 de enero de 1985, objeto de este proceso.

Como consecuencia de la nulidad decretada, y a título de restablecimiento del derecho, la Superintendencia de Control de Cambios deberá reconocer personería al abogado Andrés Rodríguez Pizarro como apoderado especial del señor Fernando Dueñas dentro de la investigación administrativa que adelante contra él.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha treinta de marzo de mil novecientos ochenta y nueve.

Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, no asistió; *Samuel Buitrago Hurtado, Luis B. Flórez Suárez,* conjuez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

PENSION DE JUBILACION. SUSTITUCION PENSIONAL.

Fue voluntad clara del legislador convertir en vitalicia la sustitución que previamente existía por tiempo limitado en favor del cónyuge supérstite. Si la sustitución pensional no fue creada por el legislador únicamente para las viudas, el carácter vitalicio que luego le atribuyó no podía ser para éstas exclusivamente.

CAMBIO JURISPRUDENCIAL del contenido en fallo de noviembre 9 de 1979, expediente 3472, consejera ponente doctora Aydeé Anzola Linares.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., treinta y uno de marzo de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

Referencia: Expediente número 314. Reconstrucción. Apelación sentencia.

Actor: Roberto Díaz Castro.

Roberto Díaz Castro, a través de apoderado y en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, solicitando la declaración de nulidad de las Resoluciones números 1255 y 00087 de 1979, emanadas de la Caja Nacional de Previsión, por las cuales se le negó "un auxilio de pensión de viudedad o sustitución pensional" y que, como consecuencia, se ordene reconocerle y pagarle el mencionado derecho pensional en forma vitalicia y en cuantía de la mínima legal, más los reajustes de ley, con efectividad a partir de 15 de agosto de 1979 (fl. 2 cdno. ppal.).

Esas pretensiones se apoyaron en los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

Que la cónyuge legítima del demandante venía disfrutando de pensión jubilatoria, decretada por el Ministerio de Educación Nacional, cuando falleció el 15 de agosto de 1974 y, por esta circunstancia, esa pensión le fue sustituida al actor por cinco años.

Que el actor solicitó a la Caja Nacional de Previsión la prórroga de esa sustitución, en forma vitalicia; la cual le fue negada mediante las resoluciones acusadas en la demanda, con violación de los artículos 1º de la Ley 33 de 1973 y 1º de la Ley 12 de 1975 (fls. 2 a 4 cdno. ppal.).

El Tribunal del conocimiento negó las súplicas de la demanda, en sentencia de 18 de febrero de 1983, al considerar que el actor no tiene derecho a la sustitución vitalicia de la pensión de jubilación de su cónyuge muerta, de conformidad con la preceptiva jurídica invocada en la demanda y la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Esta sentencia fue apelada por el actor, quien en su alegato de conclusión ante esta Corporación reafirmó los planteamientos de la demanda (fls. 23 a 26 cdno. ppal.).

Reconstruido el proceso, por auto del 23 de marzo de 1988, se determinó que quedaba para fallo, a lo cual se procede, no observándose causal de nulidad de lo actuado, mediante las siguientes,

Consideraciones:

Se trata de definir si, en el caso presente, el demandante tiene derecho a que la pensión de jubilación de que disfrutaba su cónyuge fallecida le sea sustituida en forma vitalicia, de conformidad con las previsiones de los artículos 1º de la Ley 33 de 1973 y 1º de la Ley 12 de 1975, invocados como violados en la demanda contra las resoluciones de CAJANAL que le negaron ese derecho.

Cabe anotar que al demandante le fue reconocido por el Ministerio de Educación, el derecho a sustituir a su extinta cónyuge legítima en el disfrute de la pensión de jubilación, por cinco años a partir de la muerte de esta (Resolución 0037 de 9-2-76, fls. 90 a 93 cdno. núm. 2). En octubre 11 de 1977 solicitó a la Caja Nacional de Previsión Social la sustitución vitalicia (fl. 126, cdno, núm. 2).

La prórroga vitalicia de esa sustitución pensional le fue negada al actor por las Resoluciones enjuiciadas 1255 y 00087 de 1979 (fls. 126 a 128 y 155 a 157 cdno. núm. 2).

En el primero de estos actos señala la Caja Nacional de Previsión, para negar la sustitución pensional, que la Ley 33 de 19733, que convirtió en vitalicia la sustitución "hace relación solamente a las viudas" (fl. 126, cdno. núm. 2). La actitud negativa se mantuvo en la Resolución 00087 de septiembre 11 de 1979, al decidir la Caja el recurso de apelación (fl. 155 cdno. núm. 2).

Igual criterio tuvo el *a quo* basándose en un fallo de esta Corporación de noviembre 9 de 1979 (Exp. 3472. Ponente doctora Aydée

Anzola Linares), aunque el caso no es exactamente igual al *sub lite*, pues, según allí se expresa "el demandante, como ya se vio, a la luz de los estatutos legales antes transcritos, tenía derecho a la sustitución pensional durante cinco (5) años, pero como no la solicitó, mal podría afirmarse que la hubiera disfrutado" (fl. 12).

Conforme al texto de la Resolución 1255 de marzo 2 de 1979, acto enjuiciado, es hecho probado que "el Ministerio de Eduación Nacional, mediante la Resolución número 0037 de 9 de febrero de 1976, reconoció al señor Roberto Díaz Castro el derecho de sustituir a su extinta esposa María Paulina Corredor de Díaz en el pago de la pensión de jubilación que ésta venía disfrutando por la suma de $ 1.711.50 moneda corriente mensuales, por el término de cinco años contados a partir de 15 de agosto de 1974, es decir hasta el 14 de agosto de 1979" (fl. 126, cdno. núm. 2).

Respecto de esta figura de la *sustitución pensional*, cabe recordar que la Ley 171 de 1961 la consagró en su artículo 12 en el caso de fallecer "un empleado jubilado o con derecho a jubilación", para su *cónyuge* y sus hijos menores de 18 años o incapacitados para trabajar o por invalidez "durante los dos años subsiguientes".

Refiriéndose al mismo supuesto, el Decreto 3135 de 1968 en su artículo 36 fija igual período de dos años para la sustitución de la pensión de un empleado público o trabajador oficial fallecido en favor de sus *beneficiarios* "en el orden y proporción señalados en el artículo 34". Según este artículo, entre los *beneficiarios* está, en primer lugar, el *cónyuge sobreviviente.*

Por su parte, el Decreto 1848 de 1969, reglamentario del 3135 de 1968, se refiere en idéntica forma al *cónyuge* del pensionado (art. 92), sin distinguir si es hombre o mujer.

Más tarde, en marzo 27 de 1971, el presidente de la República "en uso de las facultades que le confiere la Ley 20 de 1970", mediante Decreto 434 (art. 19), modificó el 36 del Decreto 3135 de 1968, ampliando a cinco años la sustitución pensional en favor del *cónyuge* y los hijos menores.

Como ha podido verse, la sustitución pensional de que tratan los estatutos citados fue prevista para el *cónyuge* del empleado fallecido. Sólo la Ley 33 de diciembre 31 de 1973, así como su Decreto reglamentario 690 de abril 19 de 1974, señalan, como beneficiaria de la sustitución pensional, a *la viuda,* si bien en el parágrafo 1º del artículo 1º de esta ley se habla nuevamente del *cónyuge,* lo cual revela la incongruencia del legislador al convertir en vitalicia la pensión de que temporalmente disfrutaba por sustitución el *cónyuge supérstite,* limitándola ahora solamente a la viuda.

El legislador de 1975, ciertamente con mejor acuerdo, al crear en Ley 12 de enero 16 la figura de sustitución de pensiones aún no cau-

sadas, vuelve al *cónyuge supérstite* o sobreviviente, con lo cual se corrigió la injusticia que para los viudos representaba la Ley 33 citada. De allí en adelante, la discriminación desaparece en forma definitiva, como puede observarse en la Ley 4ª de 1976, cuyo artículo 8º dispuso:

> "A *quienes* tengan derecho causado o hayan disfrutado de la sustitución pensional prevista en la Ley 171 de 1961, Decreto ley 3135 de 1968 y del Decreto ley 434 de 1971, tendrán derecho a disfrutar de la sustitución pensional conforme a lo previsto en la Ley 33 de 1973 y de la Ley 12 de 1975".

Se repite esta norma, en idénticos términos, en la Ley 44 de diciembre 14 de 1977.

Debe observarse, finalmente, que la Ley 33 de 1973, al convertir en vitalicia la sustitución que anteriormente era sólo por cinco años, contempló dos situaciones:

a) La de un empleado o trabajador que fallece estando pensionado o con derecho a pensión.

b) La de "las viudas que se encuentren en la actualidad disfrutando o tengan derecho causado a disfrutar de los cinco años de sustitución de la pensión".

De otro lado, dispone el artículo 1º de la Ley 12 de 1975:

> "*El cónyuge supérstite,* o la compañera permanente, de un trabajador particular o de un empleado o trabajador del sector público, y los hijos menores o inválidos, tendrán derecho a la pensión de jubilación del otro cónyuge si éste falleciere antes de cumplir la edad cronológica para esta prestación, pero que hubiere completado el tiempo de servicio consagrado para ella en la ley, o en convenciones colectivas".

Conjugados los supuestos que prevén estos dos estatutos, se puede llegar, sin esfuerzo dialéctico, a la conclusión de que fue voluntad clara del legislador el convertir en vitalicia la sustitución que previamente existía por tiempo limitado en favor del cónyuge supérstite.

Podría argüirse que la Ley 12 de 1975 no es aplicable al caso *sub lite* por cuanto la causante falleció en agosto 15 de 1974. Cabe subrayar, sin embargo, que, al momento de entrar en vigencia esta ley, el demandante se encontraba disfrutando de la pensión en virtud de la sustitución por cinco años, la que debía continuar hasta el 14 de agosto de 1979, que es justamente el supuesto previsto para las viudas en la Ley 33 de 1973 en forma vitalicia.

Es de lógica elemental, por otra parte, que, si según la Ley 12 citada el derecho a la pensión se transmite sin disfrutar de ella el causante y por toda la vida del cónyuge supérstite, mayor razón existe para que éste continúe en el ejercicio de un derecho de que ya venía disfrutando por sustitución legalmente otorgada. Es precisamente lo que, con referencia equivocada a las viudas, determinó la Ley 33 de 1973: la prórroga vitalicia de una sustitución de que temporalmente gozaba el *cónyuge sobreviviente*, pues la sustitución no era solamente para la viuda.

Cabe aquí, con recto entendimiento, la aplicación del viejo aforismo de origen romano: "Donde existe la misma razón de hecho, debe existir la misma disposición de derecho".

Así que, si la sustitución pensional no fue creada por el legislador únicamente para las viudas, el carácter vitalicio que luego le atribuyó no podía ser para éstas exclusivamente.

Así se determinó, sin discriminaciones y sin la incongruencia anotada para la Ley 33 de 1973, en los varios ordenamientos legales que luego se refirieron a este asunto, como atrás se anotó, y finalmente en la Ley 71 de 1988, artículo 3º.

Como el actor invocó justamente las Leyes 33 de 1973 y 12 de 1975, es el caso de atender sus peticiones.

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:

1. *Revócase* la sentencia apelada de dieciocho (18) de febrero de mil novecientos ochenta y tres (1983), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

2. *Declárase* la nulidad de las Resoluciones 1255 de marzo 2 y 00087 de septiembre 11, ambas de 1979, expedidas por la Caja Nacional de Previsión Social.

3. *Se ordena* a la Caja Nacional de Previsión Social reconocer y pagar, por vía de sustitución vitalicia, al señor Roberto Díaz Castro la pensión de jubilación de que disfrutaba la causante señora María Paulina Corredor de Díaz, con los reajustes legales correspondientes y con efectos a partir de agosto quince (15) de mil novecientos setenta y nueve (1979).

4. Se dará cumplimiento a esta sentencia en los términos del artículo 176 del Código Contencioso Administrativo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 10 de marzo de 1989.

Alvaro Lecompte Luna, Aydée Anzola Linares, ausente; *Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro.*

Miguel A. Perilla P., Secretario.

RECURSO DE REPOSICION. Requisitos.

Entre los requisitos que deben reunir los recursos, figura el de interponerlo personalmente. En el sub lite *el recurso de reposición fue interpuesto por quien tenía derecho a hacerlo, conclusión sacada de la comparación sencilla que, según la exigencia normativa, no dio la manifiesta violación que se alega.*

CONFIRMA LA SUSPENSION PROVISIONAL de la Resolución número 1766 de 1987 (octubre 26 de 1987) proferida por el director general del INTRA.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Sala de Decisión.— Bogotá, D. E., cinco de abril de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Samuel Buitrago Hurtado.*

Referencia: Expediente número 874. Autoridades Nacionales.

Actor: Expreso Trejos Ltda.

La apoderada del Instituto Nacional del Transporte, interpuso recurso de súplica contra la providencia dictada por el señor consejero ponente en el proceso de la referencia el día 19 de julio de 1988. Dicho auto, además de admitir la demanda, suspende provisionalmente el acto demandado.

El recurso ha sido tramitado en forma legal y en consecuencia se procede a decidirlo.

El acto acusado:

Según la providencia recurrida, 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 no 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.

La providencia suplicada:

Manifiesta la providencia suplicada que "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 julio de 1987, el señor César Córdoba O., depositó 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". Dice también que "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 el mismo acto acusado), tanto el rechazo 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.

Para resolver, se anteponen las siguientes consideraciones:

Punto de partida y patrón primordial en las consideraciones de la providencia recurrida, es indudablemente su conformación o no con la exigencia del inciso 2º del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo en la que dos son los adjetivos rectores que dirigen el criterio del magistrado en cuanto a la violación denunciada y la comparación para deducirla. Exige la norma que aquella sea "manifiesta" es decir, evidente, clara y esta "sencilla" es decir, simple, fácil, descomplicada. Igualmente, no se puede perder de vista en este análisis el carácter de "provisional" de la medida que implica la contingencia de que en el transcurso del proceso esa "apariencia" y esa "sencillez" tomen un cariz tan diverso que la decisión final sea contraria a la tomada inicialmente como cautela, amén de que dicha suspensión podría también extinguirse en el evento contemplado en el artículo 156 de la misma codificación. Es por tanto relevante, para colegir la viabilidad del recurso implorado, considerar no sólo la presentación formal de la solicitud de suspensión sino el método seguido por el ponente para resolverla.

Conviene despejar en primer lugar la cuestión relativa a la presentación personal del recurso de reposición. Entre los requisitos que

deben reunir los recursos, según lo ordena el artículo 52 del Código Contencioso Administrativo, figura, en el ordinal primero, el de interponerlo personalmente. Las normas procesales son claras al hacer esta exigencia. Así, el artículo 107 del Código de Procedimiento Civil al reglamentar lo referente a la presentación y trámite de memoriales, exige que el secretario haga constar la fecha de presentación de los escritos que reciba y que si la persona se halla ausente del lugar del proceso debe presentarlos personalmente ante juez, notario o autoridad política del lugar de presentación. Y el artículo 101 del Decreto 1393 de 1970, establece que "toda solicitud elevada ante las autoridades de transporte que implique la creación, modificación o extinción de un derecho, deberá presentarse personalmente ante las autoridades correspondientes y en su defecto ante un juzgado de la jurisdicción del solicitante".

La interponente, en el caso que nos ocupa, hace una serie de apreciaciones para justificar el rechazo del recurso de reposición impetrado por la empresa Expreso Trejos Ltda., manifestando que éste se fundamentó en la ausencia de presentación personal ya que no se puede tener como satisfecho el requisito con la boleta de radicación de documentos expedidos por la regional del INTRA en el Valle.

Para el consejero que sustancia el proceso, sin embargo, el recurso de reposición fue interpuesto "por quien tenía derecho a hacerlo", conclusión sacada indudablemente de la comparación sencilla que, según la exigencia de la norma, no dio la "manifiesta violación que se alega; apreciación que no siendo definitiva deja el campo abierto para que en el transcurso del proceso, se ventilen las opiniones favorables y contrarias que darían pie para que al respecto se resuelva en la sentencia. Por tanto, consecuentes con lo expresado al inicio de estas consideraciones, los integrantes de esta Sala de Decisión respaldan lo que sobre ello decidió el consejero ponente".

En el mismo orden de ideas, y sin apartarnos de la apreciación *"prima facie"* de rigor en este momento procesal, se observa la justedad de lo expresado en el auto *sub exámine* sobre la pretendida defensa de la revocatoria directa por supuestas fallas de procedimiento en la Resolución 1048 de 1987 aunque cabe anotar que, ciertamente, entre las normas citadas en el auto del consejero, hay una que no estaba vigente al momento del otorgamiento de rutas y horarios por medio de dicha resolución, el Decreto 2245 de 1976. La cita de esta norma, no definitiva por lo demás para la toma de la decisión, señala el interés puesto en la comparación que estaba ya transbordando los linderos de la simplicidad establecida por la disposición legal.

Finalmente, tratándose en el caso *sub iuris* de un acto de carácter particular y concreto, se habría tenido que proceder en concordancia con el artículo 74 del Código Contencioso Administrativo para cuyo efecto se hubiera requerido la consolidación de una situación

jurídica concreta, lo que no sucedió en este caso pues como lo dice el auto recurrido "antes de que tal cosa ocurriera, fue interpuesto el recurso de reposición impidiendo así la posible ejecutoria del mismo, según se ha visto". No era pues procedente dicha revocatoria.

De lo hasta aquí dicho se concluye que, de acuerdo a lo establecido en la norma que rige la suspensión provisional, esta Sala encuentra que la providencia del honorable consejero conductor del proceso estuvo en un todo ajustada al espíritu de la misma y por lo tanto *la confirma.*

Cópiese, notifíquese y vuelva el expediente al despacho del consejero ponente.

La providencia anterior la discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día 30 de marzo de 1989.

Luis Antonio Alvarado Pantoja, Samuel Buitrago Hurtado, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

SUSPENSION PROVISIONAL. CESANTIA PARCIAL. Reconocimiento. PAGO.

SUSPENDE PROVISIONALMENTE los artículos 11 y 12 de la orden de gerencia número 415 de septiembre 15 de 1987 proferida por el gerente general de los Ferrocarriles Nacionales.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., cinco de abril de mil novecientos ochenta y nueve.

Referencia: Expediente número 3633.

Actores: Ricardo Cruz Meza y José de los Santos Meza D.

Admítese la demanda presentada.

Notifíquese, personalmente al agente del Ministerio Público, al gerente de los Ferrocarriles Nacionales y por estado.

Fíjese en lista por el término legal.

Solicítense los antecedentes administrativos.

Para resolver sobre la suspensión provisional se considera:

La parte demandante solicita se suspendan provisionalmente los artículos 11 y 12 del acto acusado, cuyo tenor es el siguiente:

> "*Artículo 11.* Una vez cumplido los trámites a que se refieren los artículos anteriores, la dirección de personal conforme a las normas sobre presupuesto solicitará a la dependencia que corresponda, una certificación de disponibilidad presupuestal para el pago de la respectiva cesantía parcial".
>
> "*Artículo 12.* Expedida la certificación sobre disponibilidad presupuestal, la empresa dictará una resolución de reconocimiento y pago de la cesantía parcial correspondiente. El pago se efectuará de conformidad con el monto y los plazos que figuren en el respectivo contrato".

El artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, tratándose de la acción de nulidad propuesta, exige para la viabilidad de

dicha suspensión que haya manifiesta violación de una norma superior, que se pueda percibir a través de una sencilla comparación, o del examen de las pruebas aportadas.

Al efectuar la sencilla comporación entre el acto acusado y la normatividad del Decreto 2755 de 1966, se aprecia, evidentemente, que la reglamentación del reconocimiento y pago de la cesantía parcial contenida en el último, no condiciona dichos reconocimientos y pago en los términos en que lo hacen los artículos 11 y 12 impugnados, por lo cual la Sala Unitaria llega a la conclusión de que la medida solicitada debe resolverse en forma positiva.

Por lo dicho, se resuelve:

Suspéndense, provisionalmente los artículos 11 y 12 de la *orden de gerencia* número 415 de 15 de septiembre de 1987 proferida por el gerente general de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia.

Notifíquese como está ordenado y comuníquese la suspensión al mencionado gerente.

Aydeé Anzola Linares.

Miguel Antonio Perilla P., Secretario.

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. CADUCIDAD.

El hecho de haberse formulado la petición de allegar previamente a la admisión de la demanda los actos acusados ante la imposibilidad de obtenerlos oportunamente la interesada, no altera el lapso de caducidad, puesto que este no puede correr mientras se cumple el trámite de la solicitud de las copias.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Sala de Decisión.— Bogotá, D. E., seis de abril de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Samuel Buitrago Hurtado.*

Referencia: Expediente número 992.

Actor: Corporación Universidad Libre.

Contra la providencia dictada por el señor consejero Guillermo Benavides Melo el 17 de febrero del año en curso, el señor apoderado de la entidad actora interpuso el recurso de súplica para ante el resto de la Sala. En la providencia referida el ponente inadmite la demanda presentada por la Corporación "Universidad Libre" tendiente a obtener la nulidad de las Resoluciones 002074 de 1º de octubre de 1987 y 00067 de 28 de marzo de 1988 proferidas por el director general del Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior ICFES, mediante las cuales se le sanciona con una amonestación pública pues, considera el señor ponente, el término cuatrimestral previsto en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, para accionar contra actos administrativos de índole particular y concreta como los acusados, comenzó a correr el 26 de abril y expiró el 26 de agosto de 1988. Y agrega:

"La mentada prueba del ICFES sobre notificación por edicto, que fue solicitada por este despacho atendiendo petición que al respecto formulara en su libelo el apoderado de la actora, solamente llegó a la Oficina de Correspondencia del Consejo de Estado el día 2 de noviembre de 1988, como puede verificarse con la anotación visible al folio 33 fte. *in fine.*

"Aunque la demanda fue presentada el 28 de julio de 1988 (fl. 16), como para la citada fecha de 2 de noviembre de 1988, y, más todavía, para la fecha de emisión del presente proveimiento, ya se encontraba largamente vencido el término de los cuatro meses para accionar en restablecimiento del derecho, habrá de inadmitirse la demanda, por caducidad de la acción, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 143 del Código Contencioso Administrativo".

Tramitado el recurso se procede a resolver, previas las consideraciones que siguen:

Dice el señor apoderado de la recurrente que el acto que agotó la vía gubernativa fue notificado por edicto el día 25 de abril de 1988, lo que indica que se tenía un lapso de cuatro meses a partir de esa fecha para demandar. Que la demanda fue presentada el 28 de julio de 1988 de donde se colige que fue presentada en tiempo, no siendo legal el proceder para determinar lo referente a la caducidad aplicada en el auto recurrido.

En ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo se demandó la nulidad de las Resoluciones números 002074 de 1º de octubre de 1987 y 00067 de marzo 28 de 1988. Y con fundamento en el artículo 139 por no haber sido posible obtener oportunamente copia de los actos acusados, se solicitó que antes de resolver sobre la admisión de la demanda se pidiera copia auténtica de ellos, con las constancias de que habla la misma disposición en su primer inciso.

El señor magistrado ponente atendió la petición del actor y dispuso allegar a las diligencias los actos acusados. Así hizo estableciéndose que la última de las resoluciones demandadas fue notificada por medio de edicto que se desfijó el 25 de abril de 1988. Por manera que hasta el 25 de agosto de 1988 tenía plazo el interesado para recurrir ante esta jurisdicción y como lo hizo el 28 de julio de 1988, es obvio concluir que la demanda fue presentada dentro del término fijado en el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo.

Estima la Sala que el hecho de haberse formulado la petición de allegar previamente a la admisión de la demanda los actos acusados ante la imposibilidad de obtenerlos oportunamente la interesada, aseveración que se entiende hecha bajo juramento, no altera el lapso de caducidad, máxime si la demanda reúne los demás requisitos de ley para su admisibilidad, puesto que el término de caducidad no puede correr mientras se cumple el trámite de la solicitud de las copias. Y bien podría ocurrir, por ejemplo, que la administración demorara a su antojo la expedición de las copias con miras a una caducidad de la acción.

Las razones anteriores son suficientes para que la Sala de Decisión de la Sección Primera del Consejo de Estado,

Resuelva:

Revocar la providencia suplicada proferida por el señor consejero ponente el 17 de febrero último y en su lugar disponer que el expediente vuelva a su despacho para que provea sobre la admisión de la demanda, salvo que por otros motivos sea el caso de inadmitirla.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

La providencia anterior la discutió y aprobó la Sala de Decisión en reunión celebrada el día 6 de abril de 1989.

Luis Antonio Alvarado Pantoja, Samuel Buitrago Hurtado, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

LEGISLACION ADUANERA. VIA GUBERNATIVA. Agotamiento.

La legislación Aduanera posee un procedimiento gubernativo especial que no es otro que el establecido en el Decreto 2666 de 1984. De forma que el agotamiento de la vía gubernativa en este campo debe entenderse con relación a este estatuto y no con referencia a las normas del Código Contencioso Administrativo.

ACCION DE NULIDAD. Efectos. TEORIA DE LOS FINES Y MOTIVOS.

No obstante que la acción propuesta es la de nulidad consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, la prosperidad de esta entraña un restablecimiento automático del derecho de la actora, así se trate de obrar con un encomiable fin de preservación del orden jurídico, porque es indudable que de llegarse a decretar la nulidad de los actos impugnados, se restablecería el derecho de la parte actora.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Sala de Decisión.— Bogotá, D. E., quince de abril de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Samuel Buitrago Hurtado.*

Referencia: Expediente número 1093. Autoridades nacionales.

Actor: Sociedad Colombiana del Caribe S. A. —COLCARIBE S. A.—

Contra la providencia dictada el 27 de febrero último por el señor consejero ponente, el apoderado de la entidad demandante interpuso el recurso de súplica para ante la Sala de Decisión. En el proveído en mención el señor consejero dispuso remitir el expediente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca por competencia en razón de la cuantía, de conformidad con el numeral 9º del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, en concordancia con el artículo 2º del Decreto ley 0597 de 1988, ya que como el meollo del asunto en litigio es de índole impositiva y en la Resolución número 1278 acusada se le formula a la actora una cuenta adicional por derechos dejados

de cobrar en cuantía de $ 28.877.718, tal suma es factor determinante de la competencia.

Tramitado el recurso en forma legal, se procede a resolver mediante las consideraciones que siguen:

La Sociedad Colombiana del Caribe S. A. —COLCARIBE S. A.— mediante apoderado judicial formula demanda de nulidad contra los siguientes actos: a) Oficio número 0822 (no 0882 como erróneamente lo denomina el demandante) de 30 de junio de 1988, por medio del cual la División de Valorización de la Dirección General de Aduanas informa a la Aduana de Barranquilla sobre unos precios unitarios FOB para las mercancías que en él se relacionan; b) Cuenta adicional número 49 de 25 de julio de 1988, por derechos dejados de cobrar a la sociedad actora; c) Comprobante de rentas por cobrar número 548999 de 17 de julio de 1988 por $ 28.877.718 moneda corriente y d) Resolución número 1278 expedida por la Administración de la Aduana de Barranquilla el 16 de septiembre de 1988, por medio de la cual se formula a la sociedad actora la cuenta adicional número 049 conforme el comprobante de rentas por cobrar antes mencionado.

Al estudiar el señor consejero ponente el escrito de demanda para decidir sobre la admisión de la misma, encontró que el asunto era de competencia en primera instancia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en consideración a la cuantía del mismo conforme el numeral 9º del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo disponiendo en consecuencia la remisión de las diligencias al Tribunal dicho para proveer sobre el particular. Además, esos actos en su sentir están referidos o enfocados a una situación jurídica individual, concreta, particular, subjetiva de la entidad demandante Colombiana del Caribe S. A., no acreditándose el agotamiento de la vía gubernativa, como tampoco las constancias de notificación ni de ejecutoria de la Resolución 1278 de 1988 que es el acto conclusivo de la actuación y decisorio definitivo del trámite gubernativo. Y en su providencia el señor consejero ponente:

"En la demanda, además de incoarse por vía equivocada en acción popular contra actos de estirpe subjetiva, simultáneamente y en contra vía de la ley y de uniforme y reiterada jurisprudencia de esta Corporación, se impetra decretar la 'suspensión provisional (sic) ordinaria del artículo 152 Código Contencioso Administrativo, y la 'suspensión provisional en prevención' (sic) del artículo 153 *ib.* contra los actos acusados, lo cual apareja, por contera, que el acto no precisa en forma clara qué es lo que pretende y contraría la evidencia de que habiéndose expedido el acto administrativo definitivo (Resolución 1278), mal puede pedirse suspensión provisional en prevención ni contra acto alguno de trámite o preparatorio ni mucho menos contra el mismo acto definitivo".

El recurrente en un extenso memorial trata de rebatir las razones de la providencia suplicada y para demostrar la naturaleza jurí-

dica de los asuntos acusados se extiende en argumentaciones con citas de tratadistas nacionales y extranjeros que se han ocupado del acto administrativo, para concluir sosteniendo que los que él acusa revisten todas las características del mismo. Expresa que si se analizan conjuntamente el oficio 822, la cuenta adicional 049, el comprobante de rentas por cobrar número 548999 y la Resolución 1278 de 1988 de la Administración de la Aduana de Barranquilla, con claridad se puede deducir que el oficio ha decidido definitiva y directamente el asunto relacionado con el valor en aduana o base imponible de la mercancía amparada por la declaración de despacho para consumo número 9763 de 1988 presentada por la actora ante la Administración de la Aduana de Barranquilla. Manifiesta igualmente el señor apoderado de la actora, que la Resolución 1278 de 1988 es un acto administrativo de ejecución definitivo, contra el cual no caben los recursos de la vía gubernativa. Pero que el que pone fin a la actuación administrativa es el oficio 822 como acto administrativo que decide directamente el fondo del asunto relacionado con la valorización en la aduana de las mercancías amparadas por la declaración de despacho para consumo. Afirma también, que no se puede acreditar el agotamiento de la vía gubernativa con relación a un acto administrativo contra el cual no proceden los recursos de la mencionada vía y que de la demanda no se puede colegir de ninguna forma la pretensión de restablecimiento de derecho, ya que ningún derecho de Colombiana del Caribe S. A., ha sido vulnerado con la expedición del oficio 822 y, en consecuencia, su nulidad no implica restablecimiento de derecho alguno. Considerar lo contrario, agrega, obedece a la confusión involuntaria del ponente al pretender tener como acto administrativo definitivo el de ejecución y al definitivo y principal como de trámite.

En la determinación de la naturaleza jurídica de los actos que el señor apoderado del actor acusa, se incurre en una lamentable confusión y en una desinformación conceptual en cuanto al sentido y alcance de ellos a su contenido mismo y a las consecuencias jurídicas y de orden práctico que generan o pueden generar para la entidad actora.

No entiende la Sala la insistencia del recurrente en sostener que el oficio número 0822 de 30 de junio de 1988 es un acto administrativo que decide directamente el fondo del asunto relacionado con la valorización de la Aduana de las mercancías amparadas con la declaración de despacho para el consumo, cuando en verdad, como se dice en el auto recurrido, él es apenas un acto de trámite que se limita a informar al señor administrador de la Aduana de Barranquilla sobre los precios unitarios FOB puerto de embarque, de las mercancías que en el mismo oficio se discriminan y con relación a las cuales se debe exigir a los interesados el pago de los derechos adicionales resultantes de un error en la determinación del valor o precio de la mercancía conforme el artículo 324 del Decreto 2666 de 1984. Eso y nada más. Y como consecuencia de esa información se produjo la cuenta adicio-

nal número 049 el 25 de julio de 1984, consignada luego en el comprobante de rentas por cobrar número 548999 de 27 de julio del mismo año y concretado todo posteriormente, como síntesis de esa actuación previa, en la Resolución número 1278 de 16 de septiembre de 1988 que notifica la formulación de la cuenta adicional a la sociedad actora para obtener precisamente su efectividad.

De tal manera que el acto administrativo que vino a ser la resultante directa e inmediata de la función aduanera, es la Resolución 1278 de 1988 donde se plasmó la voluntad administrativa. Ella es la culminación del querer de la administración que estaba orientado al logro de las consecuencias resultantes de la cuenta adicional por derechos dejados de cobrar.

Para que exista el acto administrativo es menester que se produzca una decisión de la administración y que esa decisión produzca efectos jurídicos; y en el caso presente los efectos no los va a producir ni el oficio 822 de julio 30 de 1988, ni la cuenta adicional 049 de 25 de julio de 1988, ni el comprobante de rentas por cobrar número 548999 de julio 27 de 1988, sino de la Resolución número 1278 de 16 de septiembre de 1988 "Por la cual se formula una cuenta adicional", originaria de la Administración de la Aduana de Barranquilla.

Ahora bien, en el artículo 2º de la parte resolutiva de la Resolución 1278 se dice que contra ella procede el recurso de reposición ante la administración de la Aduana y en subsidio el de revisión para ante la junta general de Aduanas, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a su notificación. La resolución, dicho sea de paso, no tiene las constancias de su notificación.

La legislación Aduanera posee un procedimiento gubernativo especial que no es otro que el establecido en el Decreto 2666 de 1984. De forma que el agotamiento de la vía gubernativa en este campo, debe entenderse con relación a este estatuto y no con referencia a las normas del Código Contencioso Administrativo para el cual según el artículo primero tiene carácter general pero subsidiario, y por tal motivo, sólo aplicable en aquellas materias que no tengan un procedimiento administrativo especial.

Pese a los importantes planteamientos que se hacen en el memorial del suplicante debe anotarse que no se dio en el presente caso el agotamiento de la vía gubernativa, sin el cual no se puede acudir ante esta jurisdicción.

La vía gubernativa está constituida por los recursos viables establecidos contra el acto administrativo. En el caso presente, como ya se dijo, con fundamento en los artículos 316 y 317 del Decreto 2666 de 1988, se le dijo a la interesada que contra la Resolución 1278 de 1984 procedía el recurso de reposición y en subsidio el de revisión para ante la junta general de Aduanas. Sin embargo, puede observarse

en el informativo que a pesar de esta categórica advertencia el interesado guardó silencio y sólo vino a manifestarse ante esta jurisdicción expresando como se ha visto en los escritos del señor apoderado, ser consciente de su conducta.

Además, es indudable como lo destaca el señor consejero ponente en su proveído, que por la cuantía del asunto que asciende a $ 28.877.718 monto de la cuenta adicional por derechos dejados de cobrar, el negocio es de competencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en primera instancia por ser Bogotá el domicilio de la demandante y de conformidad con el numeral 9º del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo en concordancia con el artículo 2º del Decreto 0597 de 1988.

Por último, no sobra anotar, que no obstante que la acción propuesta es la de nulidad consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, la prosperidad de esta entraña un restablecimiento automático del derecho de la actora, así se trate de obrar con un encomiable fin de preservación del orden jurídico, porque es indudable que de llegarse a decretar la nulidad de los actos impugnados la cuenta adicional 049 del mismo año por derechos dejados de cobrar, quedaría sin piso jurídico alguno y liberada consecuencialmente la actora de esa carga tributaria.

La Sala de Decisión considera suficientes las anteriores razones para impartirle la confirmación a la providencia suplicada.

Y en tal virtud, la Sala de Decisión de la Sección Primera del Consejo de Estado,

Resuelve:

Confirmar la providencia suplicada dictada por el consejero ponente el 27 de febrero de 1988.

Cópiese, notifíquese.

La providencia anterior la discutió y aprobó la Sala de Decisión el día 13 de abril de 1989.

Luis Antonio Alvarado Pantoja, Samuel Buitrago Hurtado, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

RENUNCIA.

La renuncia es un acto espontáneo y voluntario por excelencia, nacido de la libre facultad intrínseca que posee la persona natural de hacerlo o no hacerlo. Si no se cumplen estas y otras condiciones, es incuestionable que aquella carece de tales elementos y, por tanto, está viciada y no puede producir los efectos que produciría una dimisión presentada sin coacciones de ninguna especie y contentiva de los restantes elementos de la renuncia regular.

TESTIMONIO. Valor probatorio.

El testimonio humano es un medio de información y prueba de imprescindible ocurrencia, pero como vehículo de verdad peligroso en grado sumo, por lo cual la ley de todo país lo ha rodeado de precauciones, a veces confiadas a la sana crítica del juez y otras veces a normas expresas de experiencia universal. El moderno derecho procesal admite el valor probatorio de una declaración única, pues los testimonios se pesan y no se cuentan por los jueces.

Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.—

Bogotá, D. E., dieciocho de abril de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente número R-083. Recurso de anulación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo con fecha 24 de abril de 1985.

Actor: Luis Ramón Castañeda Contreras contra el Instituto de Crédito Territorial.

El señor Luis Ramón Castañeda Contreras, por conducto de apoderado especial constituido al efecto, en ejercicio de la acción de plena jurisdicción consagrada en ese entonces en el artículo 67 de la Ley 167 de 1941, promovió demanda contra el establecimiento público del orden nacional denominado "Instituto de Crédito Territorial —INSCREDIAL—", representado por su gerente, en orden a obtener la de-

claratoria de nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales se le retiró del servicio oficial, y como consecuencia de ella, la condena de reintegro al cargo de jefe de la Sección de Tesorería 2075-09 que desempeñaba el día 14 de junio de 1983, y de pago de los salarios, prestaciones, bonificaciones, indemnizaciones y demás emolumentos dejados de percibir durante el tiempo en que estuviere separado de dicho cargo. Además, la declaratoria de no haber existido solución de continuidad, en los servicios prestados a la entidad demandada, para todos los efectos legales, y en especial para lo relativo a prestaciones sociales y bonificaciones.

Fundamentó sus pretensiones en los siguientes hechos:

1. El actor entró a la entidad demandada, el día 9 de noviembre de 1982, en virtud del nombramiento que le fuera hecho por la gerencia de la misma mediante Resolución 2659 de 22 de octubre de ese año.

El cargo que entró a ejercer, fue el de jefe de sección 2075-09 (tesorero general) de la Sección de Tesorería.

2. El día 6 de mayo de 1983, el actor le dirige una comunicación a la señora gerente del INSCREDIAL, en donde pone en su conocimiento "que con singular sorpresa he sido emplazado por algunos superiores de turno a renunciar de mi responsabilidad de tesorero, cargo de altísima confianza que usted supo confiar a este modesto servidor hace aproximadamente cinco meses", expresa, además, sus consideraciones sobre los motivos que, a su entender, deben ser causa de la remoción de un tesorero, y concluye expresando: "Como mi interés, como se lo expresé anteriormente no es el de perpetuarme en el cargo, sí tengo la obligación de ilustrarla al respecto sin distorsionar un ápice la verdad, y para el efecto me permito doña María Eugenia poner a su consideración y estudio mis puntos de vista, y a su disposición mi renuncia, determinaciones que dejo a su criterio y respetaré siempre".

3. Mediante Resolución número 1660 de 9 de mayo de 1983, la gerente general del INSCREDIAL designa al doctor Hernando Parra como nuevo jefe de la Sección de Tesorería del Instituto, utilizando para ello la figura del traslado, y dispone que, como consecuencia de ello, al tenor de lo dispuesto en el artículo 107 del Decreto reglamentario 1950 de 1973 quede declarado insubsistente el señor (sic) Luis R. Castañeda C. El actor alega en su demanda que a dicho acto administrativo, precedió una solicitud de la gerencia del Instituto en el sentido de que presentara una renuncia simple y llana, pues no se le podía considerar la presentada de manera motivada, el día 6 del mismo mes y año.

4. Con fecha 13 de mayo de 1983, la gerencia general del INSCREDIAL dictó la Resolución 1782 de 1983, y se aclara en el artículo 2º de la Resolución 1660 precitada, en el sentido de que se le acepta la renuncia al actor "al cargo de jefe de la Sección de Tesorería".

5. El 14 de junio de 1983, el demandante queda definitivamente desvinculado del servicio oficial, en razón de terminar en esa fecha la entrega total de la dependencia a su cargo.

La sentencia de la sección segunda de la Corporación. En sentencia de 24 de abril de 1985, la sección segunda de la Sala contenciosa de esta Corporación puso término a la acción declarando su caducidad, en consideración a que, entre la fecha de la comunicación de la decisión administrativa impugnada y la de presentación de la demanda en su secretaría, habían transcurrido más de los cuatro meses señalados en la ley para su ejercicio.

Esta decisión fue impugnada a través del recurso extraordinario de anulación, vigente en ese momento, y se encontraba en trámite en el momento de los luctuosos acontecimientos del Palacio de Justicia de Bogotá, ocurridos en el mes de noviembre de 1985, durante los cuales el expediente se destruyó totalmente.

Por tal causa, y en ejercicio de las facultades concedidas por el Decreto 3825 de 1985, el señor apoderado del actor solicitó oportunamente la reconstrucción del presente proceso, en orden a obtener la declaratoria de nulidad de la sentencia de la sección, atrás mencionada.

La sentencia de la Sala Plena de lo contencioso administrativo. En providencia de septiembre 21 de 1988, la Sala Plena de lo contencioso administrativo de esta Corporación anuló la sentencia de 24 de abril de 1985 de la sección segunda de la Sala y ordenó, como consecuencia de ello, la reconstrucción del proceso, en orden a dictar la sentencia que la reemplazara.

El concepto de la agencia del Ministerio Público. Dentro de los trámites adelantados en orden a la reconstrucción del proceso, la Fiscalía Quinta del Consejo, a cargo de la doctora María Eugenia Samper Rodríguez, conceptúa que debe accederse a las súplicas de la demanda, por cuanto considera que, conforme a algunos de los medios de convicción aportados al juicio, la renuncia presentada por el demandante está viciada de nulidad, a términos de los artículos 27 del Decreto ley 2400 de 1968, 110 y siguientes de su Decreto reglamentario 1950 de 1973, indicados como violados, por no tratarse de una renuncia libre y espontánea, sino un acto provocado por la propia administración en donde el demandante prestaba sus servicios.

No encontrándose causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala Plena procede a dictar la sentencia, previas las siguientes consideraciones:

Es indubitable que la renuncia, forma de producir la cesación definitiva de funciones de los empleados públicos del orden nacional, cuando su aceptación por el nominador se produce de manera regular, no sólo debe ser un acto libre y espontáneo del empleado, sino

igualmente una manifestación inequívoca de voluntad. Por ello, la norma legal no sólo expresa que "todo el que sirva un empleo de voluntaria aceptación *puede renunciarlo libremente*", renuncia que "se produce cuando el empleado manifiesta en forma escrita e *inequívoca* su voluntad de separarse definitivamente del servicio", sino que en forma terminante preceptúa que quedan "*prohibidas y carecerán en absoluto de valor,* las renuncias en *blanco* o sin *fecha determinada* o *que mediante cualesquiera otras circunstancias pongan con anticipación en manos del jefe del organismo la suerte del empleado*" (art. 27 del Decreto ley 2400 de 1968, concordante con los arts. 110 a 116 de su Decreto reglamentario 1950 de 1973).

En otras palabras, la renuncia es un acto espontáneo y voluntario por excelencia, nacido de la libre facultad intrínseca que posee la persona natural de hacerlo o no hacerlo. Si no se cumplen estas y otras condiciones —como la de efectuarse de manera escrita e inequívoca, con fecha determinada o precisa, y sin anticipación al momento en que el funcionario realmente lo desea hacer de manera libre y espontánea—, es incuestionable que aquella carece de tales elementos y, por tanto, está viciada y no puede producir los efectos que produciría una dimisión presentada sin coacciones de ninguna especie y contentiva de los restantes elementos de la renuncia regular.

Por todo lo anterior, esta Corporación, a través de su sección segunda, ha expresado en diversas oportunidades, lo siguiente que conviene transcribir por cuanto recoge el criterio jurisprudencial reiterado del Consejo en los últimos quince años. Ha dicho la precitada sección:

> "El artículo 27 del Decreto 2400 de 1968 señala que la renuncia se produce cuando el empleado manifiesta en forma escrita e inequívoca su voluntad de separarse definitivamente del servicio, prohibiendo el inciso 4º del mismo artículo las renuncias en blanco, sin fecha determinada o que en cualesquiera otras circunstancias pongan con anticipación en manos del jefe del organismo la suerte del empleado. Quiere el legislador que la voluntad de dimitir a un cargo esté libre de toda coacción o vicio que pueda desvirtuar esa intención de separarse del servicio. Si el empleado es de libre nombramiento y remoción y para el buen servicio de la administración se hace indispensable su remoción, no es necesario recurrir al sistema inveterado, pero vicioso e ilegal, de exigir la renuncia, ni menos con amenazas que coartan la libertad del empleado para tomar una decisión de tal trascedencia.
>
> "La motivación implícita que contiene el acto acusado al aceptar una renuncia que no tiene el carácter de tal, no se ajusta a la realidad y por ende, dicho acto adolece de un falso motivo que lo hace nulo (sentencia de febrero 20 de 1979, consejero ponente Samuel Buitrago Hurtado, *Anales* de 1979, Tomo XCVI, expediente 1180)".

"La renuncia de un cargo público así como su aceptación debe ser un acto plenamente voluntario para que genere la totalidad de los efectos propios de ella. Cuando una persona es designada para un cargo se establece un vínculo entre ella y el Estado en virtud de la manifestación de voluntad de éste y la manifestación de voluntad del nombrado. Esa vinculación no puede romperse sino en la misma forma en que se estableció, esto es, por medio del acto voluntario de la renuncia y del acto voluntario de la aceptación. De manera que cuando no existe voluntad en el agente para separarse del cargo que desempeña, pero sí el ostensible propósito de la administración de forzar la renuncia mediante el empleo de sistemas que harían imposible la continuidad en el empleo, como aquí ha ocurrido, no puede hablarse de que el acto de renuncia haya sido voluntario. *Y tampoco la simple manifestación de dejar en libertad al superior o a una junta directiva para disponer de un cargo debe entenderse como renuncia* (sentencia de 19 abril de 1979, ponente Samuel Buitrago Hurtado, Anales de 1979, tomo XCVI, exp. 1302) —subrayas fuera del texto—.

"El vínculo que une a los empleados públicos de libre nombramiento y remoción con el Estado, puede romperse de dos maneras por parte del funcionario investido de esa facultad: bien declarando insubsistente su nombramiento, ora aceptando regularmente la renuncia. Sin embargo, como queda demostrado en el presente caso, el señor superintendente no adoptó ninguno de estos medios que la ley consagra, sino que prefirió provocar una renuncia colectiva de todos los abogados de su dependencia, para aceptar únicamente la del doctor..., la cual por no haber sido libre, espontánea o voluntaria, sino el resultado de una expresa y perentoria exigencia se torna ineficaz e inválida, al tenor de lo dispuesto en el artículo 27 del Decreto 2400 de 1968, siendo nulo, en consecuencia, el acto de aceptación que tuvo origen en ella" (sentencia de agosto 25 de 1976, ponente Alvaro Orejuela Gómez, exp. 555, Anales de 1976, tomo XCI, pág. 393).

Establecido así el criterio jurisprudencial de esta Corporación sobre los elementos que hacen válida la renuncia presentada por un empleado público y las consecuencias de no tener uno de ellos o todos, precisa entonces establecer si de los medios de prueba aportados al proceso, surge de manera nítida e incontrovertible que el actor al presentar su dimisión el día 6 de mayo de 1983, lo hizo coaccionado por sus superiores, que conlleve a la conclusión de que el acto de aceptación de ella esté viciado de nulidad que deba ser declarada por el Consejo como medio para disponer el restablecimiento del derecho.

Como bien lo expresa la colaboradora fiscal en su concepto, de los elementos de convicción aportados al juicio por el actor —la parte

demandada no lo hizo y se limitó a alegar que se estaba en presencia de un funcionario de libre nombramiento y remoción que podía ser declarado insubsistente sin motivación, proponiendo además la declaratoria de caducidad de la acción que finalmente logró de la sección segunda en su sentencia anulada por la Sala Plena—, sólo sirven para aclarar el aspecto controvertido, el testimonio rendido por el señor Darío Pardo Torres, superior inmediato del empleado separado del cargo, y la propia carta de renuncia, fechada el 6 de mayo de 1983, o sea, tres días antes de que se produjera la resolución de insubsistencia, aclarada posteriormente el día 13 del mismo mes y año, en el sentido de aceptar la renuncia presentada.

El señor Darío Pardo Torres, en su testimonio (fl. 34 del exp., fl. 60 al parecer del proceso destruido) manifiesta que es cierto que el doctor Augusto César Ariza Meola, subgerente financiero del INSCREDIAL y como tal jefe del actor y de él, en presencia suya le solicitó al demandante Castañeda Contreras, la renuncia al cargo de tesorero general "debido a que básicamente necesitaba el cargo", lo que procedió a hacer el actor algún tiempo después. También expresa que el demandante era un funcionario "cumplidor de su deber y atento a cualquier insinuación de sus superiores como era su deber, para que se le diera la imagen, buen funcionamiento y desarrollo normal de sus funciones".

Esa declaración viene a ratificar el encabezamiento de la comunicación que el actor le dirige el día 6 de mayo de 1983 a la señora gerente general del INSCREDIAL, en donde le expresa que "con singular sorpresa he sido emplazado por algunos superiores de turno a renunciar de mi responsabilidad de tesorero, cargo de altísima confianza que usted supo confiar a este modesto servidor...", razón por la cual concluye que pone a su "disposición mi renuncia", determinación "que dejo a su criterio y respetaré siempre".

El testimonio del supuesto solicitante de la renuncia, doctor Ariza Meola, subgerente financiero de la demandada, fue solicitado por el apoderado del actor, pero al parecer no se recepcionó en su oportunidad, sin saberse a ciencia cierta por qué razón o causa. Tal testimonio era trascendental para dilucidar la controversia, como es apenas lógico pensar.

Para llegar a una conclusión sobre el testimonio rendido por el señor Darío Pardo Torres, es necesario que previamente la Sala se pronuncie sobre la tacha formulada contra aquel por parte del apoderado del establecimiento demandado, durante el término para alegar de conclusión. Esa tacha, fundada en presuntas circunstancias que afectan su credibilidad o imparcialidad, consistentes ellas, fundamentalmente, en el hecho de haber sido el testigo empleado del Instituto demandado y haberse retirado o haber sido retirado —de nada de ello hay prueba en el proceso—, lo cual —según el proponente de la tacha— afecta su credibilidad e imparcialidad, no podrá ser considerada por

la Sala en esta oportunidad, que es en la cual la ley ordena apreciarla y tomar una decisión (art. 218 del C. de P. C.), en razón de que la misma disposición que faculta a cada parte para tachar los testigos citados por la otra o por el juez, señala como oportunidad para hacerlo por escrito "antes de la audiencia señalada para la recepción del testimonio" u "oralmente dentro de ella", y así no se hizo por el señor apoderado de la demandada; como se dijo atrás, la tacha se formuló durante el término de traslado a las partes para alegar de conclusión. En consecuencia, no se entra a considerar la tacha propuesta contra el precitado testigo, lo cual no obsta para que la Sala aprecie dicho testimonio como sospechoso, si en su concepto hay de por medio razones de parentesco, dependencia, sentimiento o interés con relación a las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas, que afecten su credibilidad o imparcialidad.

No hay dentro del proceso ningún elemento de juicio que lleve a la Sala a considerar el testimonio del señor Pardo Torres como sospechoso, en razón de parentesco existente entre él y la parte actora, dependencia, sentimiento o interés de algún tipo con relación a las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas como las invocadas por el apoderado del INSCREDIAL en su alegato de conclusión sin respaldo probatorio alguno, y por ello, la Sala entrará a definir la controversia, teniendo para ello en cuenta el indicado testimonio y la propia comunicación de renuncia.

El testimonio humano —una de las pruebas más controvertidas en el mundo jurídico— es un medio de información y prueba de imprescindible ocurrencia, pero como vehículo de verdad peligroso en grado sumo, por lo cual la ley de todo país lo ha rodeado de precauciones, a veces confiadas a la sana crítica del juez y otras veces a normas expresas de experiencia universal. Las disposiciones contenidas en los artículos 215, 216, 217, 226, 227, 228 y 230 del Código de Procedimiento Civil, confirman esta aseveración.

Pero, además, la fuerza probatoria de un testimonio puede estar aumentada o disminuida en razón de determinadas circunstancias. Bentham afirma, por ejemplo, que esa fuerza probatoria puede disminuirse por: 1º la *fuente* misma de que emana, y 2º la *forma* en que se obtiene. Por la *fuente,* la credibilidad del testigo se disminuye por todas las circunstancias que denuncian alguna imperfección en sus cualidades intelectuales o en sus cualidades morales. Por la *forma,* cuando dejan de observarse en la recepción del testimonio una variedad de procedimientos empleados como medios de *seguridad:* la recepción bajo juramento, el interrogatorio de viva voz, las respuestas impremeditadas, el careo, etc. Por el contrario, la fuerza probatoria del testimonio se ve aumentada, según la *fuente* de que emane el testimonio. Así el dicho de un testigo que pertenezca a una clase superior al nivel común, de una condición que permita presumir una educación más cuidada, mayor responsabilidad, más sensibilidad para el honor,

en una palabra un testigo conocido; no ofrece dudas que la *calidad* del testigo influye en la fuerza de su testimonio. Por otra parte, otra fuente de aumento en la fuerza probatoria, fuente más segura, es la del *número* de los testigos. Ese modo de acrecentamiento —dice el tratadista citado— puede calcularse con precisión aritmética; pero lo que no resulta posible es determinar en qué consiste una proporción equivalente entre un número de testigos ordinarios y un número más reducido de testigos de calidad superior. Una tercera fuente que aumenta hasta un grado indefinido la fuerza probatoria del testimonio, es la adición al mismo de la clase de pruebas denominadas *pruebas materiales* y *pruebas circunstanciales*.

Pues bien, aplicando lo anterior al testimonio producido en este proceso y teniendo en cuenta, por otra parte, que, contra lo que proponía el famoso jurista inglés atrás citado, adverso al valor del testimonio único, el moderno derecho procesal admite el valor probatorio de una declaración única, pues los testigos se pesan y no se cuentan por los jueces, para la Sala es incuestionable el valor probatorio del dicho señor Pardo Torres, en orden a establecer la existencia de una renuncia provocada o exigida, que, por lo mismo, le quita el carácter de tal, y vicia de nulidad el acto administrativo de aceptación de ella.

Y es incuestionable el valor probatorio del indicado testimonio, por las siguientes consideraciones:

1ª El testimonio viene a ratificar lo que, desde el mes de mayo de 1983, el actor denunciara a la jefe máxima del servicio: que se le estaba presionando para que presentara renuncia del cargo que ejercía, ante lo cual, no obstante que los motivos o causales de retiro de un tesorero deben ser otros, se veía precisado a poner a su consideración y disposición su renuncia, dejando a su criterio la determinación. En otras palabras, existe perfecta concordancia entre lo expresado en dicha comunicación y el testimonio, no obstante el lapso transcurrido entre una y otro.

2ª Se trata de un testimonio responsivo, exacto y completo, condiciones deseadas por el legislador para que valga después como prueba.

3ª El deponente da la razón de su dicho: era el jefe de la división a la cual pertenecía la sección a cargo del demandante, y en su oficina y en su presencia, el subgerente financiero de la demandada, le solicitó o exigió la renuncia al señor Castañeda Contreras, por cuanto necesitaba de dicho cargo.

4ª No aparecen en el proceso acreditadas circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad tales como las relativas a parentesco, dependencia, sentimiento o interés con relación a las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas.

5ª El Instituto demandado, en ningún momento del juicio, pretendió desvirtuar la aseveración de la parte actora de que se le había coaccionado para que presentara la renuncia. En efecto, no sólo no aportó prueba alguna en orden a demostrar que la renuncia del actor había sido un acto libre y espontáneo, sino que ni siquiera el señor apoderado del INSCREDIAL comparece a las audiencias públicas en donde se recepcionaron los testimonios, en orden a contra interrogarlos, lo que denota una falta de cumplimiento de sus deberes profesionales o un reconocimiento tácito de que lo que allí se pudiera afirmar por los testigos, en relación con la renuncia, estaba acorde con lo realmente acontecido.

6ª Quien rinde el testimonio a que nos venimos refiriendo, es un profesional de la contaduría, es decir, un testigo de mayor calidad a una persona común que no ha cursado estudios superiores.

En síntesis, para la Sala aparece claro que efectivamente existió una renuncia provocada o exigida, que, por consiguiente, no reunía los requisitos de ley, y que, por tanto, no podía ser aceptada por la administración, sin desconocer los ordenamientos de ley en que se fundamenta la demanda.

Pero es que, además, analizando con algún detenimiento la comunicación de renuncia de mayo 6 de 1983 suscrita por el actor, se encuentra que con ella se desconoce igualmente la norma invocada, o sea, el artículo 27 del Decreto 2400 de 1968, que prohíbe las renuncias *sin fecha determinada o que mediante cualesquiera otras circunstancias pongan con anticipación en manos del jefe del organismo la suerte del empleado, y* considera que en esos eventos carecen en *absoluto de valor.*

En efecto, el renunciante expresa en su comunicación lo siguiente que implica lo prohibido por la norma precitada: "y para el efecto me permito doña María Eugenia poner a su consideración y estudio mis puntos de vista, y a su disposición mi renuncia, *determinaciones que dejo a su criterio* y respetaré siempre". En otras palabras, el empleado no manifiesta de manera libre y espontánea su decisión de separarse del cargo, ni la fecha en que considera que debe producirse ese retiro, sino que se remite al criterio y decisión de la jefe del servicio.

Por todo lo expuesto, la Sala considera que las súplicas de la demanda están llamadas a prosperar.

De acuerdo con ello, 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. Declárase la nulidad de las Resoluciones números 1660 y 1782 de 9 y 13 de mayo de 1983, proferidas por la gerencia del Ins-

tituto de Crédito Territorial, en cuanto por ellas se declaró insubsistente el nombramiento recaído en la persona del señor Luis Ramón Castañeda Contreras, para el empleo de jefe de sección 2075-09, y se aclara que se trata es de aceptar la renuncia presentada por el mismo.

Segundo. Condénase al Instituto de Crédito Territorial, establecimiento público del orden nacional a reintegrar al señor Luis Ramón Castañeda Contreras, al cargo que venía desempeñando, o a otro de igual o superior categoría dentro de la entidad.

Tercero. Condénase al mismo establecimiento público a liquidar y pagar al señor Luis Ramón Castañeda Contreras, los sueldos, primas, bonificaciones, prestaciones y demás emolumentos dejados de percibir desde el 15 de junio de 1983, en que se produjo su separación definitiva del servicio, hasta su real reincorporación al mismo como consecuencia de lo dispuesto en esta providencia.

Cuarto. Declárase que no ha existido solución de continuidad en los servicios prestados al Instituto de Crédito Territorial por el actor, para todos los efectos legales y en especial para lo relativo al reconocimiento y pago de prestaciones sociales y bonificaciones durante el tiempo que permaneció por fuera del servicio.

La presente providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase a la sección de origen.

Antonio J. de Irisarri Restrepo, Jaime Abella Zárate, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Carlos Betancur Jaramillo, Samuel Buitrago Hurtado, Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Alvaro Lecompte Luna, Euclides Londoño Cardona, Carmelo Martínez Conn, José Ignacio Narváez García, Jorge Penén Deltieure, Carlos Ramírez Arcila, Simón Rodríguez Rodríguez, Consuelo Sarria Olcos, Julio César Uribe Acosta, Hernando Herrera Vergara, conjuez.

Nubia González Cerón, Secretaria general.

ACTO ADMINISTRATIVO. Motivación. DESVIACION DE PODER.

Los motivos, o la motivación del acto son los hechos que provocan la decisión, que son determinados por el agente administrativo para, con fundamento en ellos, manifestar la voluntad que fuere el caso. Los motivos o la motivación son preliminares a la emisión del acto y reglan y orientan la parte decisoria de éste.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., diecinueve de abril de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente número 1886. Autoridades Nacionales.

Actor: Carlos Adolfo Marsiglia Bettín.

Procede la Sección Segunda de esta Sala de lo Contencioso Administrativo a resolver acerca de la demanda que, en ejercicio de la acción de plena jurisdicción (hoy de restablecimiento del derecho, art. 85 C. C. A.) incoó, por conducto de apoderado judicial, el señor Carlos Adolfo Marsiglia Bettín, a fin de obtener la declaratoria de nulidad del acto contenido en la Resolución número 03400-0606 de 11 de febrero de 1983, emanada de la presidencia de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones 'TELECOM' que causó la insubsistencia de su nombramiento en el cargo que desempeñaba ("código 2404, categoría U, escala salarial RDE-02, en la gerencia regional Bogotá, División Financiera, Sección Suministros Regional").

Como consecuencia de la nulidad que se decrete, la parte demandante pretende que se ordene el reintegro al actor al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o superior categoría "con el mismo salario que tenga la categoría y ubicación que me corresponde en el escalafón de la empresa a la fecha en que quede el fallo ejecutoriado", y que se condene a la entidad mencionada a cancelarle todos los emolumentos salariales dejados de percibir, desde la fecha en que se produjo su retiro, lo mismo que los aumentos que se hayan presentado, las bonificaciones, primas y demás prestaciones sociales que le correspondan.

El expediente ha sido reconstruido a la luz del Decreto extraordinario 3825 de 1985, mediante auto de 10 de junio de 1987 (fl. 113), situándose el proceso en la etapa de apertura del término probatorio. Oportunamente se dispuso el traslado a las partes para alegar de conclusión (fl. 123), así como a la Fiscalía Quinta del Consejo de Estado (fl. 129).

I. Antecedentes:

Según el libelista y como lo corroboran numerosas piezas de índole probatoria allegadas, el señor Marsiglia Bettín prestó sus servicios a "TELECOM". En efecto, entró a laborar el 8 de mayo de 1963; es decir, para la fecha en que fue declarado insubsistente su nombramiento en el último cargo desempeñado, llevaba en la empresa diecinueve (19) años, nueve (9) meses y cinco (5) días.

Desde el cargo en que primero trabajó —revisor de inventarios— fue siendo ascendido a otros de mayor jerarquía debido a su espíritu de organizador, a su constante iniciativa y a su propósito de presentar ideas a sus superiores para mejorar el servicio.

En criterio del demandante, los determinantes de la declaratoria de insubsistencia fueron los siguientes:

"Durante el tiempo que desempeñó el cargo de jefe de la Sección de Suministros, recuerda el señor Marsiglia Bettín que el único problema que tuvo (sic) fue a principios de 1982 con el señor Héctor Cardona, gerente del almacén 'Boutique Carlo', a quien se le adjudicó la licitación número BG-011-A de 1981 y el contrato BG-8647 por 1.500 vestidos de paño. Estos no fueron aceptados por mí, en principio, porque consideré que no reunían las condiciones del pliego. Sobre este hecho dejé constancia (en) la Auditoría, donde se respalda mi petición. Ante estos hechos el señor Cardona se mostró muy molesto por mi actitud. Pero a pesar de ello con motivo de una nueva adjudicación de la licitación número BG-136 de 1982 y el contrato 1225 y ante el nuevo incumplimiento que se veía venir por parte del señor Cardona, le envié el oficio número 201240-0057 de enero 26 de 1983 donde le recordaba las condiciones del pliego de esta nueva licitación, las cuales debía cumplir, para evitarnos los problemas presentados anteriormente (anexo, documentos, punto 5).

"El 16 de julio de 1982, se inicia una investigación administrativa en la gerencia regional de Bogotá, Sección Suministros, por solicitud del señor procurador regional de Bogotá, por un anónimo que llegó a ese despacho donde se le informaba de ciertas anomalías e irregularidades. Esta investigación fue adelantada por la oficina de Control Administrativo Interno de "TELECOM", la cual no encontró mérito en ninguna de las presuntas irregularidades denunciadas. Ver anexo, oficio 001800-00292 sobre resultados.

"El 20 de octubre de 1982, el señor Carlos Adolfo Marsiglia Bettín se encontraba en delicado estado de salud a consecuencia de las prolongadas jornadas de trabajo a las cuales se había sometido voluntariamente desde que comenzó a desempeñar el cargo de jefe de suministros, por lo que con oficio número 201240-1176 solicitó a su jefe inmediato que lo trasladara a una dependencia que le permitiera la efectividad de un nuevo tratamiento neurosiquiátrico a que se sometería. Dicha solicitud, además de justa y necesaria, nunca fue atendida (ver anexo, punto 7).

"El día 8 de febrero de 1983 es sorprendido con la noticia por la cadena "CARACOL" donde se informa que ha sido declarado insubsistente. El 9 de febrero se publica el boletín de prensa número 008 emanado de la oficina de prensa de la empresa, donde se informa sobre lo mismo. El 11 de febrero de 1983 se le notifica oficialmente sobre la declaración de insubsistencia.

"El día 21 de febrero de 1983, le solicita al señor presidente de 'TELECOM' que reconsidere (sic) la medida y le pide reintegro. Con el oficio número 030000-00470 de 1º de marzo de 1983 le ratifican la declaración de insubsistencia. (Ver anexo, punto 9)".

II. Planteamientos de carácter jurídico por la parte actora:

Estima la parte actora que la resolución acusada es violatoria de de los artículos 20 y 26 de la Constitución Política, y de los artículos 26 y 61 del Decreto ley 2400 de 1968; considera igualmente que está viciado de "desviación de poder", por cuanto la administración actuó en forma arbitraria utilizando la facultad discrecional que le da la ley para retirar un funcionario idóneo, honesto, con una excelente hoja de servicios y con 19 años, 9 meses y 5 días. Por último, agrega "se le hace un fraude a la ley utilizando la declaración de insubsistencia para poder satisfacer necesidades particulares del funcionario que expide el acto administrativo, diferentes a las finalidades del buen servicio público". En el pensamiento del libelista, esa desviación de poder se manifiesta en la circunstancia de no haber dejado en la hoja de vida constancia alguna acerca de las causas de la insubsistencia, máxime si se tienen en cuenta los largos años, con plena eficiencia, con que Marsiglia sirvió a "TELECOM", ayudándola a perfeccionarse y a agilizar la prestación del servicio. Por lo tanto, concluye, si no hizo la anotación que manda el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968 fue porque, si lo hubiera hecho "nos daríamos cuenta inmediatamente de que no existe un motivo justo. veremos un capricho acompañado de una arbitrariedad de la administración. Encontraremos que el señor Marsiglia Bettín no tiene mérito para que lo retiren del servicio, cuando mucho para que lo trasladasen como lo había solicitado".

III. Alegato de conclusión de la parte demandada:

Dice a la letra:

"I. Respecto a las peticiones de la demanda.

"Como se puede ver del recaudo probatorio allegado, no existe fundamento jurídico legal que lleve a concluir que es viable acceder a las peticiones, tanto declarativas como condenatorias, que formula el actor; en especial, a que se le declare la nulidad de la Resolución número 03400-0606 de 11 de febrero de 1983 emanada de la presidencia de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones —'TELECOM'— y por la cual se declara insubsistente en (sic) nombramiento del actor.

"No siendo anulable dicho acto, deberá negarse la petición de reintegro y condena a que alude el actor en los numerales primero y segundo de la parte condenatoria del libelo de la demanda.

"II. Respecto de los hechos referidos en la demanda.

"Respecto de los hechos enunciados en el libelo de la demanda, debe destacarse que en ellos no se encuentra fundamento alguno que aún tangencialmente toque el fundamento de la presunción de legalidad del acto atacado, pues allí solamente sólo se hace remembranza y añoranza de hechos que fueran ejecutados en cumplimiento de instrucciones superiores cuyo acatamiento no fue más que el normal desarrollo de las funciones que debía cumplir en ejercicio del cargo que en su oportunidad le fuera asignado.

"Igualmente no es de recibo el anuncio que se hace en los numerales quinto (5º) y siguientes de los hechos respecto de la investigación administrativa que se adelantara a solicitud de la Procuraduría Regional, pues de ella no se dedujo responsabilidad alguna para los funcionarios involucrados y por consiguiente no fue fundamento, ni lo podía ser, de la declaratoria de insubsistencia contenida en la resolución que se ataca.

"III. Normas que señala el actor como violadas y su concepto de violación.

"Señala el actor como violados los artículos 20 y 26 de la Constitución Nacional, al igual que los artículos 26 y 61 del Decreto 2400 de 1968. No obstante al señalar su concepto de la violación acepta, y así lo plasma, que la administración obró en todo momento en ejercicio de su facultad discrecio-

nal que le confiere la ley, cuando dice 'Este acto administrativo no es motivado, por que la administración tiene la facultad discrecional de no motivar esta declaración de insubsistencia (principio de legalidad) de acuerdo con el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968...'

"Pretende el actor que la administración dé razón de las causas en que, según él, se fundamentó la declaratoria de insubsistencia, entrando así en el terreno de las contradicciones al buscar que se le de a la declaratoria de insubsistencia un carácter sancionatorio como si la investigación a que en la demanda se alude fuera el preámbulo de la decisión adoptada por la administración.

"Se refiere el actor al requisito de la consignación en la hoja de vida del empleado de la causa o causas que dieron origen o motivan la declaratoria de insubsistencia, como elemento esencial de validez del acto acusado.

"No obstante debe observarse que esa honorable Corporación ya se ha pronunciado en anteriores y reiteradas oportunidades sobre el particular, indicando que la anotación que debe hacerse en la hoja de vida del funcionario sobre las causas que ocasionaron el hecho no forman parte o son inherentes al acto propio de insubsistencia que afecte su validez.

"Es por lo anterior, que no son de recibo las consideraciones que sobre el particular expone el actor, además si se considera que no se encuentra probado que el funcionario cuyo nombramiento se declaró insubsistente, era funcionario de carrera.

Conclusión:

"Como se encuentra plenamente establecido y probado, los hechos expuestos por el actor carecen de asidero legal pues no se ha probado infracción alguna a la ley y se encuentra claramente establecido que la administración obró siempre dentro del marco de la legalidad al hacer uso en forma, por demás acertada, de su facultad discrecional de libre nombramiento y remoción.

"Dado lo anterior, se impone necesariamente denegar las peticiones de la demanda, como respetuosamente lo solicito de esa honorable Corporación" (fls. 125 a 128).

IV. Concepto del Ministerio Público.

Expresa en lo fundamental:

"En el caso de autos, se trata de dilucidar si la Resolución número 03400-0606 de 11 de febrero de 1983, proferida

por el señor presidente de 'TELECOM' y mediante la cual se declaró insubsistente al actor, se ajusta o no a derecho.

"Se observa que en el caso de autos, el señor presidente de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones podía, indudablemente, hacer uso de su facultad discrecional de remover libremente, y mediante la declaración de insubsistencia al señor Carlos Adolfo Marsiglia Bettín, pues era empleado de libre nombramiento y remoción.

"No ha demostrado el actor que estuviere inscrito en carrera administrativa, ni que gozara de período fijo, ni nada que impidiera tal declaratoria de insubsistencia. Ningún procedimiento irregular se presenta entonces por haber tomado la administración esta medida.

"En cuanto a la violación del artículo 26 del Decreto 2400 de 1968 en cuanto dispone:

" 'El nombramiento hecho a una persona para ocupar un empleo del servicio civil que no pertenezca a una carrera, puede ser declarado insubsistente libremente por la autoridad nominadora, sin motivar la providencia. Si nembargo, deberá dejarse constancia del hecho y de las causas que lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida...'

"Es claro que tal violación no se da, pues ha sido reiterada la jurisprudencia en el sentido que la constancia del hecho y las causas que ocasionaron la insubsistencia no afectan la existencia, validez o eficacia del acto mediante el cual se declara tal insubsistencia.

"Por otra parte, la desviación de poder o los motivos ajenos al buen servicio que se alegan deben probarse, y ello no se hizo.

"Así las cosas, es claro que la administración, no incurrió en ninguna de las irregularidades señaladas por el demandante.

"A juicio de este despacho, no se incurrió en ilegalidad ninguna al expedirse el acto que en este juicio se controvierte.

"Por lo expuesto, esta agencia del Ministerio Público, se permite conceptuar solicitando se nieguen las pretensiones del actor" (fls. 134 a 136).

Para resolver, se considera:

Se tiene entonces que ante esta jurisdicción eminentemente rogada, el acto administrativo es impugnado por la parte actora con el

argumento de que se halla viciado por "desviación de poder", porque, pese a que el presidente de "TELECOM" tiene la facultad de remover a los funcionarios y empleados de la empresa, libremente, mientras no estén vinculados a "carrera" y gocen de la garantía de estabilidad relativa, en el caso concreto que ahora se examina, actuó en forma arbitraria al tomar su decisión respecto de alguien que había prestado sus servicios con tanta dedicación, idoneidad y honestidad durante diecinueve (19) años, nueve (9) meses y cinco (5) días, sin anotar en la hoja de vida el motivo que se tuvo para ello, por lo que deduce que no fue justo, fruto de un capricho, en lo que se plasma la arbitrariedad, sin que existiera, por tanto, mérito alguno para que lo retiraran. Hubos pues, concluye, un desvío de la facultad discrecional.

Es bien sabido que un acto administrativo es susceptible de quebrantar la presunción de legalidad de que se halla investido, de muchas maneras. Varios son los elementos, los caracteres que deben revestirlo, y cada uno de ellos puede entrar en contradicción con una regla de derecho, apareciendo de esta suerte diversas modalidades de ilegalidad. Entre ellas aparece la que la parte actora sostiene que aparece en el caso *sub júdice*, es decir, la ilegalidad relativa al fin perseguido al pronunciarse el acto, porque el agente, competente para tomar la decisión plasmada en el acto, correcta en sí misma, la ha tomado en miras a otro fin distinto con base en el cual tiene competencia; es la forma de ilegalidad que ha recibido el nombre de "desviación de poder". Al lado de este vicio puede también presentarse una ilegalidad relativa a los motivos, y, como se ha observado, la demanda enfoca su raciocinio diciendo que hubo un motivo oculto para declarar la insubsistencia al no anotarse en la hoja de vida la causas para tomar la determinación de desvincularlo del servicio.

Quepa recordar aquí que los motivos —o la motivación— del acto son los hechos que provocan la decisión, que son determinados por el agente administrativo para, con fundamento en ellos, manifestar la voluntad que fuere del caso. Los motivos —o la motivación— son preliminares a la emisión del acto y reglan y orientan la parte decisoria de este. Siendo entonces los motivos preliminares o antecedentes necesarios para el acto en sí considerado, esta Sección Segunda, a través de reiterada jurisprudencia, no ha visto la presencia de "motivo oculto" en el no cumplimiento, por la autoridad nominadora, de lo que el artículo 26 del Decreto ley 2400 de 1968 enseña en la frase final de su primer inciso, que dice: "...deberá dejarse constancia del hecho (de la insubsistencia) y de las causas que lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida". No existiendo "poder" o "competencia ligada" en el acto que declara la insubsistencia de un nombramiento de un empleado público que no está vinculado a "carrera", siendo él claro reflejo del denominado "poder discrecional" porque la ley (o sea, para lo que aquí se estudia, el propio artículo 26 del Decreto ley 2400 de 1968), es claro que el agente es libre de escoger el sentido en el cual él ejercerá esta competencia.

De suerte que por este aspecto no puede considerarse que hubiera en el caso *sub judice* desviación de poder por esta única circunstancia invocada por el demandante.

Así las cosas, coincide la Sala con las apreciaciones que el Ministerio Público hace en su vista arriba transcrita, y concluye en el sentido de que las peticiones de la parte actora no pueden prosperar.

En mérito de 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 peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente. Cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 14 de abril de 1989.

Alvaro Lecompte Luna, Aydeé Anzola Linares, ausente; *Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro.*

Miguel A. Perilla P. Secretario.

DEMANDA. Contenido. CUANTIA.

Al no haberse hecho la estimación de la cuantía, la demanda carece del presupuesto procesal de "demanda en forma" por carencia de requisito exigido en la ley, pues sin la estimación razonada de la cuantía no es posible establecer si el proceso era de única instancia, y por consiguiente su sentencia no era consultable o si, por el contrario, era de primera instancia, y por tanto, obligatorio el grado de consulta.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., veinte de abril de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Gustavo de Greiff Restrepo.*

Referencia: Expediente número 5442.

Actor: Eduardo Bahamón Castilla.

Cumplido el trámite procesal correspondiente procede la Sala a resolver el grado de consulta que se surte contra la sentencia de 26 de abril de 1988, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del proceso adelantado por Eduardo Bahamón Castilla con el fin de obtener la nulidad de las Resoluciones 004 de febrero 10 de 1984 y 007 de abril 17 del mismo año, expedidas por la junta administrativa del Fondo Nacional Hospitalario.

La sentencia consultada:

Dice así el fallo consultado en su parte resolutiva:

"1º Declárase la nulidad de las Resoluciones 004 de febrero 10 de 1984 y la 007 de abril 17 de 1984 expedidas por la junta administradora del Fondo Nacional Hospitalario, por las cuales, la primera, declaró desierto el Concurso Privado de Méritos para la terminación de la construcción del Hospital Rosario Pumarejo de López, Valledupar, Cesar y la segunda, confirmó lo anterior.

"2º Como consecuencia de la anterior declaración, condénase a la junta administradora del Fondo Nacional Hospitalario a reconocer y pagar al señor Eduardo Bahamón Castilla, los perjuicios materiales

sufridos que se le logren probar en el incidente de regulación de perjuicios con fundamento en los artículos 172 y 178 del Decreto 01 de 1984, y 307, y siguientes del Código de Procedimiento Civil de acuerdo con las bases dadas en esta providencia.

"3º Efectuada la liquidación y ejecutoriada la providencia que así se disponga, las sumas liquidadas devengarán intereses comerciales durante los primeros seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de esta providencia y en caso de no pago, después de este término de conformidad con el artículo número 177 del Decreto 01 de 1984.

"4º Deniéganse las demás súplicas de la demanda" (fls. 107 y 108 cdno. 1).

Para llegar a la condena anterior el Tribunal se expresa así, en lo pertinente:

"El señor apoderado entre los cargos que le hace a los actos impugnados señala uno que considera la Sala suficiente para declarar la nulidad de los mismos y es la falsa motivación, consagrada en el artículo 84 del Decreto 01 de 1984, como motivo de anulación por aplicación indebida del artículo 42 numeral 5 del Decreto 222 de 1983.

"Dice la norma '...el jefe del organismo respectivo declarará desierta la licitación o el concurso de méritos... 5) Cuando a su juicio, las diferentes propuestas se consideran inconvenientes para la entidad contratante'.

"Para llegar a esta conclusión la entidad tiene que entrar al estudio de las diferentes propuestas teniendo en cuenta las calidades, cualidades, ofertas, puntajes, etc., de cada uno de los participantes haciendo la respectiva evaluación y tomando como referencia la adecuada prestación del servicio.

"Respecto de la figura jurídica de la conveniencia para declarar desierto un concurso de méritos se ha sostenido que esta conlleva 'el estudio conjunto de los distintos factores' (factores reales que se refieren a la concordancia entre la propuesta) y el pliego de condiciones en relación con el precio, plazo, etc., y factores subjetivos que se relacionen con la experiencia profesional del proponente, su seriedad, sus antecedentes en la ejecución de contratos similares, su capacidad operativa, su buen nombre comercial y profesional, la idoneidad de sus colaboradores, socios o participantes, el hecho de no haber sufrido sanciones anteriores como la caducidad, etc.

"Tal como lo dice el Consejo de Estado y como lo habíamos señalado anteriormente, la noción jurídica de la propuesta más conveniente, es muy vaga, en primer lugar, carece de definición legal; en segundo lugar, permite a la administración que la aplica, su interpretación, que aunque deja entrever cierto grado de discrecionalidad en su valoración, es reglamentada en el fondo, ya que debe apoyarse

en todos los factores y criterios exigidos por el ordenamiento y no en los que quiera caprichosamente evaluar.

"El autor cita la sentencia de junio 20 de 1983 honorable consejero ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo, Jurisprudencia y Doctrina 1983 página 710 obra cit. La Responsabilidad contractual del Estado. Luisa Fernández Mejía (pág. 62).

"En la Resolución 004 de febrero 10 de 1984, la administración aparentemente obró conforme a derecho, la resolución se motivó y como la facultad de la administración para declarar la inconveniencia es la facultad de la administración para declarar la inconveniencia es casi discrecional era suficientes la razón aducida, para no llevar a cabo el concurso. Con la expedición y motivación del acto confirmatorio se dilucidó que el verdadero motivo de la junta administradora del Fondo Hospitalario para proferirlo no fue la causal 5 del artículo 42 del Estatuto Contractual sino otras distintas aunque no excluyentes en la apreciación de la señalada, produciendo en esta forma una falsa motivación en el sentido de que la causa invocada no se ajustó a la realidad jurídica, por cuanto la propuesta del doctor Bahamón a lo largo del procedimiento precontractual no fue tildada de inconveniente en ningún momento de acuerdo con el acervo probatorio traído a los autos.

"En consecuencia el demandante reunió los requisitos exigidos para concursar y su propuesta ha debido ser considerada para culminar la operación contractual que se estaba desarrollando.

"Recapitulando se tiene que la causal aducida por la administración en el sentido de declarar desierto el concurso por inconveniencia, realmente no fue el motivo que la indujo para proferir el primer acto acusado, sino que por el contrario, lo que llevó a la administración a expedirlo fue lo que se adujo en la segunda resolución o sea la insuficiencia en cuanto al número de los proponentes. Este sólo argumento es básico para desvirtuar en principio el motivo dado en la primera resolución 'de declararse desierto el concurso privado de méritos para la terminación de la construcción del Hospital Rosario Pumarejo de López, Valledupar, Cesar' (fl. 2), por cuanto esta causal no se dio, no fue motivo predominante ni exclusivo para proferir el acto.

"En lo relacionado con el acto confirmatorio, la Sala se permite hacer las siguientes precisiones:

"La resolución confirmatoria señala que la propuesta presentada por el demandante reunía todos los requisitos, para nada se refirió o hizo alusión al contenido del oficio de la fecha enero 16 de 1984 (fl. 2, 2º cdno.) enviado por el director general del Fondo, a la junta administradora de dicha entidad donde señalaba que la propuesta del actor no satisfacía plenamente los criterios de calificación, además de no podérsele comparar con las dos (2) anteriores por encontrarse

estas descalificadas evento este que unido a otros relativos a precio, tiempo, etc. ...habían podido acarrear la descalificación del mismo pero de acuerdo con las pruebas traídas al plenario no se presentaba esta figura por cuanto el demandante cumplió... de acuerdo con el documento visibles a folios 4 y 5 del segundo cuaderno donde se dicte textualmente que 'solamente la propuesta número 1 cumple con los requisitos'.

"Es cierto que de acuerdo con el significado de la palabra 'concurso' este no pueda llevarse a cabo solamente entre una persona como lo expresa el acto acusado, pero resulta que este evento no se presenta en este caso ya que consta en autos que se presentaron tres (3) proponentes a concursar, quedando descalificados dos (2) y con vocación a ganar el concurso uno o sea el demandante. Realmente lo que sucedió y motivó a la administración para proferir los actos acusados no fue el de la inconveniencia de las propuestas presentadas ante la administración, sino la imposibilidad de comparar y valorar la del actor con otras que no llenaban los requisitos, que habían sido descalificados por el comité técnico (fls. 4 y 5 2º cdno.) pero que habían concursado en igualdad de condiciones en el sentido de haber presentado ofertas oportunamente.

"Vale la pena señalar en este punto que la causal aducida por la administración respecto del concursante Manuel Lagos Viña, quien fuera descalificado por tener antecedentes jurídico-laborales que lo inhabilitan para contratar, se tiene que esta causal no está prevista en los artículos 8º y 9º del Decreto 222 de 1983, y que si fue invitado era porque estaba inscrito en el registro de proponentes y no estaba incurso en ninguna inhabilidad para contratar.

"Por lo tanto en el caso de autos habían dos (2) propuestas calificadas, pero como la administración consideraba que la única que llenaba los requisitos era la de la demandante se ha debido adjudicar a este el convenio, pues una vez iniciada la operación contractual no le quedaba otro camino a la junta administradora del Fondo Nacional Hospitalario que adjudicar el contrato.

"La declaratoria de desierto el concurso de méritos, hecha por la administración en el caso *sub judice* en criterios y factores no ajustados a la realidad fáctica y por ende jurídica por indebida aplicación del artículo 42 del Decreto ley 222 y del pliego de condiciones, conlleva a la Sala a que se anulen los actos acusados por cuanto su motivación no se ajustó a derecho.

"La anterior actitud de la administración, produjo perjuicios materiales al demandante, que serán resarcidos de acuerdo con las siguientes bases:

"1. El valor de la utilidad reportable por el adjudicatario como administrador delegado, teniendo en cuenta los índices de precios al

consumidor de conformidad con lo dispuesto en el artículo 178 del Decreto 01 de 1984.

"2. A la misma suma resultante señalada anteriormente y sin actualizar, se le aplicará intereses anuales del seis por ciento (6%) en el mismo lapso de tiempo señalado en el numeral 2º antes señalado.

"3. En cuanto a la petición que se ordene a la administración a finalizar el concurso, se denegará por cuanto se considera que el Tribunal no puede obligar a la administración a la ejecución de obligaciones de hacer y además por el transcurso del tiempo se entiende que por el interés público de la obra, ésta ya se realizó" (fls. 103 a 107 del cdno. 1).

Antecedentes:

En demanda presentada ante el Consejo de Estado, Corporación que la envió por competencia al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el señor Eduardo Bahamón Castilla solicita, por intermedio de apoderado, que se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

"*Primera.* Se declare la nulidad de las Resoluciones números 004 de febrero 10 de 1984 y la 007 de abril 17 de 1984 expedidas por la junta administradora del Fondo Nacional Hospitalario, por las cuales, la primera, declaró desierto el Concurso Privado de Méritos para la terminación de la construcción del Hospital Rosario Pumarejo de López de Valledupar, Cesar; y la segunda, no revocó la primera, en virtud del recurso que se interpuso, nulidad de ambas resoluciones por violación de la ley, haberlas dictado con desviación de atribuciones y facultad como por violación de su propio reglamento, y además, por falsa motivación.

"*Segunda.* Como consecuencia de la declaración anterior ordénase a la junta administradora del Fondo Nacional Hospitalario efectuar la adjudicación del Concurso Privado de Méritos para la terminación de la construcción del Hospital Rosario Pumarejo de López, en Valledupar, Cesar, los términos que indique la sentencia y la ley.

"*Tercera.* Se condene a la junta administradora del Fondo Nacional Hospitalario y al Fondo, en el evento de posterior apertura a nueva licitación o Concurso Privado de Méritos de la construcción de dicho hospital, a los perjuicios que se le hubieren causado al actor (fl. 24 cdno. 1).

Como hechos sustento de las pretensiones de la demanda narra los siguientes:

"1. Por oficio número 02235 de noviembre 16 de 1983 el Fondo Nacional Hospitalario invitó al arquitecto Eduardo Bahamón Castilla, por selección, a participar en el Concurso Privado de Méritos para la construcción del Hospital Rosario Pumarejo de López, de Valledupar Cesar.

"2. Con el oficio anterior, se le envió el pliego de condiciones, señalando que el contrato se realizaría por el sistema de administración delegada y pago de honorarios, y fijando las condiciones de la presentación de la propuesta técnica, cierre de presentación señalado el 2 de diciembre de 1982.

"3. Como condición especial para no declarar desierto el concurso era una participación mínima de dos (2) participantes.

"4. Al Concurso Privado de Méritos fueron invitados los siguientes profesionales y firmas: Ingeniero Carlos B. Reyes, Constructora A. y C. Ltda., arquitecto Eduardo Bahamón Castilla, ingeniero Jaime Peralta, arquitecto Manuel Guillermo Lagos y Constructores K. y G. Ltda.

"5. Presentaron propuestas técnicas, dentro de la hora y fechas señaladas, los arquitectos Eduardo Bahamón Castilla y Guillermo Lagos y el ingeniero Jaime Peralta, por consiguiente se cumplía a cabalidad el requisito 1.10 del pliego de condiciones.

"6. En el pliego de condiciones se indicaba en el punto 2.12 los documentos exigidos presentar con la propuesta, siendo ellos, los siguientes:

"2.12 Documentos que deben presentarse con la propuesta carta remisoria de la propuesta:

"—Carta remisoria de la propuesta.

"—Póliza de seriedad de la propuesta.

"—Paz y salvo de renta y complementarios. Tratándose de persona jurídica se presentará paz y salvo de la sociedad.

"—Cuando los proponentes fueren personas jurídicas acreditaran su existencia y representación mediante certificado expedido por la respectiva Cámara de Comercio. Con el mismo certificado se acreditará la duración de la sociedad, la cual no podrá ser inferior al plazo del contrato y seis (6) meses más.

"—Tratándose de consorcio: Estar inscritos en el Registro de Contratistas del Fondo Nacional Hospitalario, en las categorías de primera y segunda.

"—Carta de intención autenticada y firmada por los integrantes del consorcio, en la que se compromete a responder solidariamente, en la presentación y el cumplimiento de la propuesta y la firma y cumplimiento del contrato en caso de resultar favorecidos con la adjudicación.

"7. Cuando el pliego de condiciones exige anexar un documento así lo requiere, en los siguientes numerales:

"a) 1.8 Sobre póliza de seriedad de la propuesta y el correspondiente recibo de pago.

"b) 2.9 a), b), c) y d) relacionados con la organización del proponente, esquema de organización, cuadro esquemático, hoja de vida del director de la obra y del residente. Cronograma de la ejecución de la obra, y en el caso de existir firmas asesoras, anexar hoja de vida de los profesionales.

"c) 2.10 a) y b) sobre la presentación de la propuesta en original y copia, y en un sobre sellado indicando el nombre de la obra y el nombre y dirección del proponente.

"8. En el numeral 2.7 del pliego de condiciones sobre visita a la obra, dice textualmente: Los proponentes deberán efectuar una visita a la obra para conocer, sobre el terreno, las implicaciones de la misma.

"No requirió la presentención de ningún documento para demostrar el hecho de la visita, posiblemente, por la naturaleza del contrato a celebrar, de administración delegada.

"9. El cierre del Concurso Privado de Méritos se llevó a cabo el 2 de diciembre de 1983, presentando propuestas técnicas, los profesionales indicados en el hecho 5, de esta demanda.

"10. En oficio número 228 AJ-1041 de 1984 de fecha 13 de febrero de 1984, el Fondo Nacional Hospitalario enviado al arquitecto Eduardo Bahamón, se le informó que por Resolución número 004 de febrero 10 de 1984, emanada de la junta administradora del Fondo Nacional, declaró desierto el Concurso de Méritos, al cual había sido invitado.

"11. La Resolución 004 de febrero 10 de 1984, resolvió en su artículo 1º declarar desierto el Concurso Privado de Méritos para la terminación de la construcción del Hospital Rosario Pumarejo de López, Valledupar, Cesar, expresando en la parte final del considerando, que la junta administradora del Fondo Nacional Hospitalario, previo concepto del comité técnico designado para el estudio de las propuestas, en su reunión del día 16 de enero de 1984, acordó declarar desierto el Concurso Privado de Méritos por considerar inconvenientes para la entidad las propuestas presentadas.

"12. Contra la citada Resolución número 004 de 10 de febrero de 1984 se interpuso oportunamente el recurso de reposición y el subsidiario de apelación ante el superior, exponiendo las razones sobre la ilegalidad y la desviación de poder.

"13. Por Resolución número 007 de abril 17 de 1984 la junta negó la reposición, agotándose, en consecuencia la vía gubernativa.

"14. En la Resolución número 007, en su parte de 'Considerandos' dice entre otras afirmaciones, lo siguiente:

"A) 'Que únicamente presentaron propuestas los señores: Eduardo Bahamón Castilla, Jaime Peralta y Manuel Guillermo Lagos';

"B) 'Que el comité técnico designado para el estudio de las propuestas rechazó las presentadas por Jaime Peralta y Manuel Guillermo Lagos, por no acreditar el primero de ellos, haber visitado la obra de acuerdo a lo exigido en el pliego de condiciones (2.7), y la segunda, por haber sido informado el Fondo Nacional Hospitalario, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Ibagué, que el proponente tenía reclamaciones laborales pendientes que se estaban adelantando en ese juzgado';

"C) 'La propuesta presentada por el arquitecto Eduardo Bahamón Castilla, reunió todos los requisitos exigidos en el pliego de condiciones, pero el comité técnico teniendo en cuenta que no tenía con qué comparar la propuesta presentada por el arquitecto Bahamón Castilla para determinar la oferta más ventajosa, la que ofreciera condiciones más favorables, recomendó a la junta administradora del Fondo Nacional Hospitalario, en su reunión del día 16 de enero de 1984, declarar desierto el Concurso Privado de Méritos, estudio que fue acogido por la junta administradora, mediante providencia ya citada'.

"15. Entre la motivación de la Resolución número 004 de febrero 10 de 1984, que declaró desierto el concurso, apoyando su juicio 'por considerar inconvenientes para la entidad las propuestas presentadas', significando con ello, haber valorado cada propuesta y en su conjunto, para aplicar la causal 5 del artículo 42 del Decreto 222 de 1983; y en la Resolución número 007 de abril 17 de 1984, que no revocó la anterior, en su parte motiva, al indicar que por haber rechazado el comité técnico dos (2) y de las tres (3) propuestas técnicas en el concurso, al quedar una (1) sola propuesta no le era posible el comité técnico hacer una comparación entre ellas, para conocer la oferta más ventajosa, y la que fuera más favorable, por quedar una sola propuesta técnica, este hecho, no puede fundamentar ni deducirse de él, un juicio o motivo de 'inconveniencia' para la entidad, sino otro motivo distinto del señalado en la Resolución 004, oculto sí, y que conformaría de haber sido legal el rechazo de dos de las propuestas técnicas, a la causal 1 del artículo 42 del Decreto 222, y de la condición 1.10 del pliego de condiciones, mas no causal de inconveniencia expuesta en la Resolución 004 de 10 de febrero de 1984, ocasionándose la falsa motivación en la Resolución 004 que declaró desierto el Concurso de Méritos.

"16. El rechazo del comité técnico de las propuestas técnicas de los proponentes Jaime Peralta, por no presentar un documento no pedido y de Manuel Guillermo Lagos, por haber sido informado el Fondo de la existencia de reclamaciones laborales, que no es causal de inhabilidad conforme al artículo 8º del Decreto 222 de 1983, constituyen ilegalidades, y además, una desviación de facultad y poder de la

administración, que condujo a una situación en las Resoluciones 004 y 007 de 1984 de infringir normas legales, de su propio reglamento señalado en el pliego de condiciones y en las normas del Decreto número 1522 de 1983, en sus artículos 28, 29 y 30" (fls. 25 a 28 cdno. 1).

Del término para alegar solamente hizo uso el apoderado del actor quien solicita que la sentencia sea confirmada (fls. 120 y 121 cdno. 1).

El concepto fiscal:

La Fiscal Segunda de la Corporación solicita en su concepto que se confirme la sentencia consultada. Dice así la colaboradora fiscal en lo pertinente:

"El artículo 42 del Decreto 222 de 1983 dispone los casos en los cuales hay lugar a declarar desierto un concurso de méritos. En la parte considerativa de la Resolución número 004 de febrero 10 de 1984, se expresa que la junta administradora del Fondo Nacional Hospitalario previo concepto del comité técnico designado 'consideró inconvenientes para la entidad las propuestas presentadas', siendo lo anterior la única razón que se adujo para declarar desierto el concurso.

"En la Resolución número 007 de abril 17 de 1984 (fl. 4 cdno. 1), al desatarse el recurso interpuesto contra la Resolución número 004 de 1984, se argumentó que la decisión obedeció al no poderse comparar la propuesta presentada por el arquitecto Eduardo Bahamón Castilla con otras propuestas, por ser la única que reunió los requisitos exigidos en el pliego de condiciones. Siendo esta la razón invocada como fundamento de las resoluciones demandadas, no queda duda alguna sobre los motivos de la decisión que tomó la administración, al declarar desierto el concurso privado de méritos; no siendo en realidad la inconveniencia para la entidad contratante, sino la carencia de otras propuestas que reunieran los requisitos y que permitieran hacer la comparación con la propuesta presentada por el demandante.

"Se dice en la parte motiva de la Resolución número 007 de abril 17 de 1984, que es propio de la naturaleza del concurso la concurrencia mínima de dos o más participantes, la cual da la base de selección del contratante, que con uno solo se considera insuficiente el número de proponentes, debiéndose declarar desierto el concurso. Es necesario analizar las causales números 1 y 3 del artículo 42 del Decreto 222 de 1983, para dilucidar la apreciación anterior. El numeral 1º permite declarar desierto el concurso, cuando no se presenta el número mínimo de participantes según lo que establezca en cada caso el pliego o la invitación.

"El numeral 3º tiene ocurrencia, cuando habiéndose presentado los proponentes requeridos, ninguna de las propuestas se ajusta al pliego de condiciones o a la invitación.

"En el presente caso no se dio ninguna de las causales citadas, pues quedó establecido que se presentaron los proponentes requeridos y de las propuestas, hubo una que a juicio del comité técnico, reunió todos los requisitos exigidos en el pliego de condiciones.

"La norma que se comenta, solamente permite declarar desierto el concurso, cuando no haya ninguna propuesta que se ajuste a la invitación o al pliego de condiciones. Entendiéndose así, que al hacerse el estudio y análisis de las propuestas presentadas, la administración está efectuando la comparación y la escogencia de aquella que se ajusta a las exigencias y requisitos.

"La administración, al parecer confundió el número de proponentes o concursantes, con el número de propuestas que reunieran los requisitos exigidos en la invitación, cuando en realidad el artículo 42-3 del Decreto 222 de 1983 determina que solamente cuando no haya *ninguna* propuesta que se ajuste al pliego o a la invitación, puede declararse desierto el concurso.

"Según el concurso de méritos (fls. 14 a 23) numeral 1-10, se requerían como mínimo dos participantes, requisito que se cumplió con la participación de los señores Eduardo Bahamón Castilla, Jaime Peralta y Manuel Guillermo Lagos. La Resolución número 007 del día 17 de abril de 1984, dice que la propuesta presentada por el arquitecto Eduardo Bahamón Castilla fue la única que reunió los requisitos exigidos en el pliego de condiciones. De lo anterior se deduce, que en el presente caso no se dieron los hechos a que se refieren los numerales 1 y 3 del artículo 42 y en consecuencia no era procedente declarar desierto el mencionado concurso" (fls. 125 a 127 cdno. 1).

Consideraciones de la Sala:

En este proceso la demanda fue inicialmente dirigida y presentada ante esta Corporación, la cual por medio de auto proferido el 1º de agosto de 1984 dispuso inadmitirla y enviar el expediente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca por competencia, basándose en las siguientes razones:

"Para la Sala no hay duda alguna de que la controversia jurídica hecha valer en el libelo que se estudia y las pretensiones deducidas en este escrito, *tienen valor patrimonial estimable* en la utilidad reportable por el adjudicatario del respectivo contrato.

"Por lo demás, el valor de los perjuicios subsidiariamente —dice el demandante pedidos— la Sala los cree pedidos condicionalmente son suficientes para darle valor a la pretensión mínima —tomándola como subsidiaria— o a la menor —tomándola como condicional—, sin que tenga eficacia la simple afirmación del libelista sobre la carencia de valor económico de las pretensiones incoadas.

"Y como según los artículos 131 y 132 del Código Contencioso Administrativo, esta clase de procesos competen a los Tribunales Administrativos en única o primera instancia según la cuantía, habrá de inadmitirse la demanda para enviarla al Tribunal Administrativo de Cundinamarca (fl. 49 A, cdno. 1).

El Tribunal de Cundinamarca a través de auto de 22 de octubre de 1984 decidió admitir la demanda por considerar que reunía los requisitos de forma (fl. 56 cdno. 1) y, en tales circunstancias, el proceso se adelantó hasta culminar con la sentencia objeto de la consulta.

Ahora bien: como ya se vio el Consejo de Estado envió el expediente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por considerar que por lo menos una de las pretensiones es cuantificable económicamente y, en consecuencia, no se trata de una acción de restablecimiento del derecho de aquellas que carecen de cuantía, cuyo conocimiento corresponde en única instancia a esta Corporación.

En las anteriores circunstancias la competencia correspondía al Tribunal en única o primera instancia dependiendo de la cuantía que razonadamente fijare la parte demandante conforme lo preveen los ordinales novenos de los artículos 131 y 132 del Código Contencioso Administrativo.

Sin embargo, el demandante en ningún momento fijó la cuantía de sus pretensiones; puesto que en el escrito de la demanda dice que "carece de cuantía" (fl. 38 cdno. 1) y, posteriormente, no se produjo corrección ni adición de la misma.

El artículo 137 del Código Contencioso Administrativo, establece el contenido de las demandas que se presentan ante la jurisdicción administrativa y, en su ordinal b, impone como requisito *"la estimación de la cuantía, cuando sea necesaria para determinar la competencia"* (subrayas de la Sala).

En el presente caso, para efectos de competencia, se expresó en la demanda: "Este proceso de restablecimiento del derecho carece de cuantía por cuanto al solicitar la nulidad de los actos administrativos del orden nacional, y como consecuencia de ella, el restablecimiento del derecho se concreta en la orden a que la junta administradora del Fondo Nacional Hospitalario proceda a finalizar el trámite del concurso de méritos con los profesionales que presentaron sus propuestas técnicas en el cierre del concurso, el 2 de diciembre de 1983".

"Sólo como subsidiaria y para el evento de que al momento de fallar, al ser favorable al demandante, se hubiere adjudicado en un nuevo concurso, se ocasionaría perjuicio".

"En consecuencia la competencia radica en el honorable Consejo de Estado conforme al numeral 3 del artículo 138 del nuevo Código de lo Contencioso Administrativo" (fls. 38 y 39 cdno. 1).

El consejero ponente al inadmitir la demanda ordenó enviar el expediente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca (fl. 40) por considerar que "para la Sala no hay duda alguna de que la controversia jurídica hecha valer en el libelo que se estudia y las pretensiones deducidas en este escrito, *tienen valor patrimonial estimable* en la utilidad reportable por el adjudicatario del respectivo contrato".

"Por lo demás, el valor de los perjuicios subsidiariamente —dice el demandante pedidos— la Sala los cree pedidos condicionalmente son suficientes para darle valor a la pretensión mínima —tomándola como subsidiaria— a la menor —tomándola como condicional—, sin que tenga eficacia la simple afirmación del libelista sobre la carencia de valor económico de las pretensiones incoadas".

Al expresarse en el auto anterior que las pretensiones "*tienen valor patrimonial estimable*", está apenas significando, que la cuantía de los perjuicios es susceptible de cuantificarse y por lo mismo no es de competencia del Consejo de Estado en única instancia, sino del Tribunal respectivo, pero al enviarse a este lo primero que debería concretarse es su cuantía para los efectos de graduación de las instancias, por eso frente a la afirmación de la demanda de que "este proceso... carece de cuantía, se dijo que era "estimable", pero estimable por quién?, lógicamente que por el demandante. Al no haberse hecho su estimación, la demanda carece del presupuesto procesal de "demanda en forma" por carencia de requisito exigido en el numeral 6 del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo que exige "la estimación razonada de la cuantía, cuando sea necesaria para determinar la competencia", y tal es el caso de autos, pues sin ella no es posible establecer si el proceso era de única instancia, y por consiguiente su sentencia no era consultable o si, por el contrario, era de primera instancia, y por tanto, obligatorio el grado de consulta.

Lo anterior lleva a la inevitable conclusión de que la demanda es inepta y que el *a quo* ha debido ordenar su corrección pero como así no lo hizo y el proceso siguió su curso, en estos momentos la situación es irremediable y conduce a que se declare probada la excepción de inepta demanda, conforme a las reglas de los artículos 163 y 164 del Código Contencioso Administrativo, debiéndose producir en consecuencia, fallo inhibitorio.

La Sala no deja de mostrar su extrañeza por la forma como fue concebido el fallo consultado. Efectivamente, no se comprende como sin haber sido determinada la competencia, conforme a la ley, al no fijarse la cuantía se entra a fallar en el fondo el proceso y, aún más, a condenar al pago de los perjuicios no solicitados en esta forma, por cuanto la demanda se refiere a unos posibles perjuicios dependientes de un hecho que no fue probado, y que tampoco fueron especificados ni en la demanda ni a través de la actuación procesal y que, además, carecen del adecuado sustento probatorio.

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

Falla:

Primero. Revócase en todas sus partes la sentencia consultada.

Segundo. Declárase probada la excepción de inepta demanda y, en consecuencia, inhíbese de fallar sobre el fondo del asunto.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fue discutida y aprobada en Sala en sesión de fecha 20 de abril de mil novecientos ochenta y nueve.

Gustavo de Greiff Restrepo, Presidente Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Antonio J. de Irisarri Restrepo,* ausente; *Julio César Uribe Acosta.*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario

INDEBIDA ACUMULACION DE PRETENSIONES.

Admitiendo que la demanda contenga pretensiones objeto de decisión por la jurisdicción contencioso administrativa, acumuladas con pretensiones de conocimiento de los jueces comunes, se estaría en presencia de una indebida acumulación de pretensiones, que ofrece varias posibilidades de actuación por parte del juez, según el momento procesal en que se advierte, a saber: El auto que devuelve la demanda para que se corrija o el rechazo in límine *o su admisión para proferir fallo de mérito en cuanto a lo que competa e inhibitorio en relación con las pretensiones.*

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., veintiuno de abril de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Guillermo Chaín Lizcano.*

Referencia: Expediente número 0483.

Actor: Banco de Crédito. Autoridades Nacionales. Acción de nulidad y suspensión provisional de los artículos 1º y 3º de la Resolución número 5007 de 1985 y la Resolución número 1016 de 1986 proferidas por la Superintendencia Bancaria. Auto.

Se resuelve el recurso de súplica formulado por el apoderado del Banco de Crédito y Comercio de Colombia contra el auto de Sala Unitaria de noviembre 24 de 1988 por medio del cual se denegó el incidente de nulidad propuesto por el mencionado banco en escrito que obra en el expediente a folios 546 y subsiguientes.

El auto suplicado:

Como se dijo, niega el incidente de nulidad por cuanto considera que las causales o razones invocadas por su promotor, esto es, la 1ª y 2ª del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil (falta de jurisdicción y competencia), fueron objeto de pronunciamiento por la Sala de Decisión, cuando con ponencia del consejero Jaime Abella Zárate, al resolver sobre el recurso de súplica interpuesto contra el auto admisorio de la demanda que decretó además la suspensión pro-

visional, se dijo que no cabía duda que desde el punto de vista estrictamente formal la controversia, por versar sobre la legalidad de un acto administrativo, correspondía dirimirla a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

El recurso de súplica:

Está dirigido a lograr la prosperidad del incidente de nulidad propuesto que fue objeto de negativa en el auto suplicado y se fundamentó en el argumento de que las pretensiones formuladas por el actor, específicamente las tendientes al restablecimiento del derecho, no son de competencia de la jurisdicción contencioso administrativa ya que ellas "no pueden ser decretadas sino por la justicia ordinaria".

Estima además el recurrente, que no es cierto que al resolverse la súplica contra el auto que admitió la demanda y decretó la suspensión provisional, se haya clausurado definitivamente el debate sobre la jurisdicción y que por el contrario, dicho pronunciamiento da pie para plantear la necesidad de "debatir el tema en una forma más amplia que la que la técnica procesal permite en la etapa de admisión de la demanda".

Agrega que se debe examinar en detalle la naturaleza de las pretensiones para comprobar que la demanda, lo que pretende es que el Consejo de Estado decida sobre materias propias de la jurisdicción ordinaria, utilizando la vía del restablecimiento del derecho y termina considerando que dicho examen se impone para evitar que el proceso avance para terminar en una sentencia inhibitoria.

Las consideraciones de la Sala:

Toman como punto de partida el pronunciamiento realizado en el auto de 19 de septiembre de 1986 (fls. 327 y ss.) el cual se reitera ahora en el sentido de que, con respecto a la pretensión de anulación de los actos administrativos demandados "no hay duda de que la controversia corresponde dirimirla a esta jurisdicción puesto que recae sobre un acto típicamente administrativo, materializado en un escrito que fue objeto de controversia ante el gobierno y expedido por una entidad administrativa en ejercicio de sus funciones y con el evidente propósito de producir efectos jurídicos". Conclusión diferente habría conducido a establecer por vía judicial una categoría de actos administrativos no sujetos al control jurisdiccional, cosa que sólo es posible hacer por ministerio de la ley. Es más, el auto rememorado llega a la conclusión que se reitera, simplemente por la aplicación de los artículos 82 y 83 del Decreto ley 01 de 1984 que precisamente se ocupan en señalar la extensión y el objeto del control jurisdiccional de la actividad administrativa, siendo claro que actos como el demandado quedan comprendidos cabalmente dentro de tal objeto. Empero, qué decir de las otras pretensiones que la demanda

plantea como restablecimiento de su derecho y que la parte opositora cuestiona diciendo que no son objeto de juzgamiento por esta jurisdicción, por serlo de la ordinaria y que, incluso, generan anulabilidad total de lo actuado? Se trata de pretensiones irregularmente acumuladas? Dicha irregularidad es causa de las consecuencias que deduce el promotor del incidente y ahora del recurso de súplica? Admitiendo en gracia de discusión que la demanda contenga pretensiones objeto de decisión por la jurisdicción contencioso administrativa (como está definido que las contiene) acumuladas con pretensiones de conocimiento de los jueces comunes, se estaría en presencia de una indebida acumulación de pretensiones, que ofrece varias posibilidades de actuación por parte del juez, según el momento procesal en que se advierta, a saber: El auto que devuelve la demanda para que se corrija o el rechazo *in límine* o su admisión para proferir fallo de mérito en cuanto a lo que competa e inhibitorio en relación con las pretensiones sobre las que no se tenga jurisdicción o competencia. Tanto la jurisprudencia como la doctrina avalan el aserto de la Sala. En efecto, en sentencia de julio de 1977 de que fue ponente el consejero doctor Carlos Aníbal Restrepo, dijo al respecto, esta Corporación:

> "...Pero aunque la doctrina tradicional afirma que en los casos de indebida acumulación de acciones la decisión debe ser inhibitoria total por ineptitud sustantiva de la demanda, la concepción moderna, que es la tesis mayoritaria del Consejo de Estado, se acepta que en estas hipótesis el juzgador deberá decidir de fondo la pretensión o pretensiones que estime procedentes o inhibirse en el resto. Aunque en apariencia la elección queda al arbitrio del fallador, no sucede esto en la realidad porque la escogencia no es caprichosa, ya que este no podrá decidir de fondo sino aquellos extremos que hayan sufrido el trámite adecuado y para los cuales tenga competencia" (Anales 1977, Tomo XCIII).

En sentido análogo, el procesalista Hernando Morales Molina afirmó que: "Así, pues, el único caso en que la falta de competencia produce inhibitoria parcial es cuando alguna pretensión no es de competencia del juez, pero las otras sí, caso en que debe pronunciarse sobre las que le corresponden, pues la nulidad se purga con estas" y citando a la Corte agrega que "es claro que si al pronunciar la sentencia de instancia el Tribunal encuentra que no es competente para conocer de alguna de las acciones (pretensiones) pero si lo es para otras, así debe declararlo en el fallo" (Curso de derecho procesal civil, parte general, novena edición, pág. 369).

Similar solución plantea al problema examinado el procesalista Hernando Devis Echandía.

Pues bien, como en el *sub lite* se controvierte la negativa de la Sala Unitaria al incidente de nulidad propuesto con fundamento en

una falta de jurisdicción total, o parcial si la cuestión se toma como indebida acumulación de pretensiones, y como ya la Sala definió que existen jurisdicción y competencia con relación a la pretensión de anulación de los actos administrativos demandados, encuentra procedente confirmar el auto suplicado y deferir al momento de la sentencia el pronunciamiento sobre si las pretensiones de restablecimiento del derecho formuladas pueden o no ser definidas por esta jurisdicción, en aplicación de los principios legales, doctrinales y jurisprudenciales expuestos.

Por lo anteriormente expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

Resuelve:

No prospera el recurso de súplica.

Vuelve el expediente al despacho del consejero conductor del proceso para que continúe su trámite.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Se deja constancia que este auto se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos, Jaime Abella Zárate.

Jorge A. Torrado, Secretario.

PENSION DE JUBILACION. Régimen aplicable.

Las leyes sobre pensión de jubilación anteriores a la Ley 12 de 1975 (enero 1º) hacen referencia a pensionados o a personas con derecho a pensión. Sólo después de esta ley se estableció una nueva situación abstracta en favor del cónyuge supérstite y de sus hijos menores o inválidos, si el empleado o trabajador fallece sin cumplir la edad requerida por la ley, pero que hubiere cumplido el tiempo de servicio consagrado en la ley o en convenciones colectivas. No es posible darle alcances retroactivos a unas normas que ciertamente no pueden tenerlo por su misma índole.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., veintiséis de abril de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente número 804. Autoridades nacionales. (Reconstrucción D.e. 3825 de 1985).

Actora: Margarita Leonor Murcia viuda de Hernández y otros.

Decídese el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 27 de mayo de 1983 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (sección primera) que denegó las súplicas de la demanda. Esta, en ejercicio de la acción de plena jurisdicción (hoy "de restablecimiento del derecho", art. 85 C. C. A.), impetra las siguientes o semejantes declaraciones:

"*Primera.* Es nulo el acto administrativo complejo conformado por las Resoluciones números 2275 de agosto 8 de 1977 de la seccional especial de Cundinamarca de la Caja Nacional de Previsión y la número 00912 de junio 8 de 1978 de la Dirección General de la Caja Nacional de Previsión por medio del cual se niega el reconocimiento y pago de pensión de jubilación por servicios prestados al Estado colombiano por el causante José Joaquín Hernández Castro y a que tiene derecho su cónyuge supérstite y menores hijos.

"*Segunda.* Como consecuencia de la anterior nulidad la Caja Nacional de Previsión Social reconocerá, liquidará y

pagará a la señora Margarita Leonor Murcia viuda de Hernández y a sus menores hijos Barbarita Raquel, Martha Leonor, Luz Clemencia, Nohora Consuelo, Samuel Horacio, José Joaquín, María Andrea, Julia Ana, Héctor Leonardo, Oscar Daniel y Alexandra Margarita, una pensión mensual de jubilación equivalente al 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicio por el causante, a partir del día en que se produjo su retiro del servicio.

"*Tercera.* La Caja Nacional de Previsión Social, dará cumplimiento al fallo respectivo dentro de los treinta (30) días siguientes a su ejecutoria en los términos del artículo 121 del Código Contencioso Administrativo" (fls. 2 a 2 v.).

Para fundamentarlas, adujo los hechos y sostuvo que el acto administrativo acusado quebrantó las disposiciones legales que a continuación se transcriben:

"1º Joaquín Hernández Castro, prestó servicios al Instituto de Crédito Territorial desde el 21 de septiembre de 1951 y hasta el 10 de febrero de 1974.

"2º El causante contrajo matrimonio con la dama Margarita Leonor Murcia el 9 de septiembre de 1950, de cuya unión procrearon a los menores hijos Barbarita Raquel, Martha Leonor, Luz Clemencia, Nohora Consuelo, Samuel Horacio, José Joaquín, María Andrea, Julia Ana, Héctor Leonardo, Oscar Daniel y Alexandra Margarita.

"3º Su fallecimiento se produjo el día 9 de febrero de 1974.

"4º Durante todo el tiempo de prestación de sus servicios el causante efectuó los aportes legales con destino a la Caja Nacional de Previsión.

"5º Diversas normas legales consagran el derecho a favor de su cónyuge supérstite y menores hijos conforme la legislación que ampara a las viudas del sector oficial, como la Caja Nacional de Previsión Social ha negado el derecho, este deberá ser restablecido anulando la negativa y decretando las súplicas de la demanda, que se funda en normas positivas que han sido violadas conforme se señala así:

"*Disposiciones violadas y concepto de la violación.*

"*Ley 33 de 1973.*

"Fallecido un trabajador particular pensionado o con derecho a pensión de jubilación, invalidez o vejez o un empleado o trabajador del sector público, sea éste oficial, semioficial

con el mismo derecho su viuda podrá reclamar la respectiva pensión en forma vitalicia.

"Como la administración nacional no da cabal cumplimiento esteordenamiento (sic) lo está desconociendo y violando, ya que accede ampliamente al derecho impetrado a favor de la actora.

"Ley 12 de 1975.

"Artículo 1º

"El cónyuge supérstite o la compañera permanente de un trabajador particular o de un empleado o trabajador del sector público o sus hijos menores o inválidos, tendrán derecho a la pensión de jubilación del otro cónyuge si éste falleciere antes de cumplir la edad cronológica para esta prestación, pero que hubiera completado el tiempo de servicio consagrado para ella en la ley o en convenciones colectivas.

"Artículo 3º

"Cónyuge supérstite e hijos concurrirán por mitades con derecho a crecer cuando falte uno de los dos órdenes o se extinga su derecho, lo propio que los hijos entre sí.

"La Caja Nacional de Previsión Social está desconociendo y violando este ordenamiento que señala de una manera clara y precisa el derecho que le asiste a mi mandante para que le sea reconocida y pagada la pensión de jubilación en concurrencia con sus menores hijos.

"Código Sustantivo del Trabajo.

"Artículo 21.

"En caso de conflicto o duda sobre aplicación de normas vigentes de trabajo prevalece la más favorable al trabajador. La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad.

"La administración nacional está desconociendo y violando este ordenamiento superior al no aplicarlo ya que merced a este ordenamiento y en aplicación de la Ley 12 de 1975 se debe reconocer el derecho pensional impetrado a favor de la cónyuge supérstite y menores hijos.

"Fuera de las anteriores violaciones surgen las siguientes:

"Constitución Nacional.

"Artículo 17.

"El trabajo es una obligación social y gozará de la especial protección del Estado.

"Artículo 30.

"Segarantiza (sic) la propiedad privada y los demás derecho adquiridos con justo título con arreglo a las leyes civiles por personas naturales o jurídicas, los cuales no puedenser (sic) desconocidos ni vulnerados por lesyes (sic) posteriores.

"He aquí el compendio natural o primigéneo que determina para el Estado, la obligación de proteger celosamente a todas las personas no sólo en su vida honra y bienes como los señala igualmente la Carta Magna, sino en los derechos de índole laboral. Si los bienes los integran entre otros los de carácter patrimonial no cabe duda que el derecho pensional es esencialmente uno de los más trascendentales y por ello no cabe duda es uno de quellos, (sic) el derecho pensional, que celosamente protege la ley y su origen deviene de la relación laboral.

"Como la entidad demandada no ha acatado estos ordenamientos, está desconociendo y vulnerando el derecho constitucional consagrado en la Carta Magna" (fls. 2 v. a 3 v.).

Reconstruido el expediente por auto de 9 de abril de 1987 (fl. 46, cdno. ppal.) y situado en el estado de emisión de vista del Ministerio Público, oportunamente el señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado dijo:

"En este proceso se cuestiona el derecho que puede o no tener la actora y sus menores hijos a que se les reconozca el derecho de jubilación correspondiente a su esposo y padre en los términos del artículo 1º de la Ley 12 de 1975, a pesar de que este último falleció con anterioridad a la iniciación de la vigencia de dicha normatividad legal.

"Sobre el particular y refiriéndose a una sentencia similar a la que ahora es materia de apelación, la honorable Corte Suprema de Justicia:

" 'El ataque no resulta fundado de manera alguna, pues el sentenciador no desconoció los artículos de la Ley 12 de 1975 (1), ni el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, ni se rebeló contra dichas normas, sino que encontró la situación definida o consumada conforme a las leyes anteriores, y por ello no dio efecto a la ley posterior'.

"Es verdad que la legislación contempla hechos anteriores a la ley cuando se trata de calcular el valor de una cesantía o cuando se computa tiempo para jubilación, pero en

ninguno de esos casos se concede derecho a quien ya no tiene vinculación laboral, porque lo importante es el hecho generador del derecho, que en la cesantía es la terminación del contrato y en la jubilación el cumplimiento del tiempo de servicios y de la edad, porque ese hecho debe ocurrir con posterioridad a la ley que cree un nuevo derecho aunque ese derecho tenga en cuenta para su cálculo o su cuantía tiempo anterior.

"Cuando la ley se aplica a hechos anteriores a ella, como generadores del derecho, la ley es retroactiva, pero cuando la ley solamente se aplica a hechos posteriores a ella, aunque para el monto del derecho o para la medida de él, se tenga en cuenta tiempos anteriores, la ley es retrospectiva.

"En el caso presente, el derecho reclamado por la viuda y por los hijos nace de la muerte del trabajador, que fue hecho ocurrido antes de la vigencia de la Ley 12 de 1975, luego al caso no puede aplicarse tal ley, porque cuando ella fue expedida la situación estaba definida conforme a leyes anteriores y consumada conforme a ellas.

"En razón de lo expuesto, la sentencia acusada no violó la ley sustancial y el cargo no puede prosperar (sentencia de marzo 31 de 1977. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina).

"Posteriormente, el honorable Consejo de Estado, Sección Segunda, con ponencia del doctor Joaquín Vanín Tello, sobre el tema en cuestión dijo:

" 'Dispone el artículo 1º de la Ley 12 de 1975:

" 'El cónyuge supérstite, o la compañera permanente, de un trabajador particular o de un empleado o trabajador del sector público, y sus hijos menores o inválidos, tendrán derecho a la pensión de jubilación del otro cónyuge si éste falleciere antes de cumplir la edad cronológica para esta prestación, pero que hubiera completado el tiempo de servicios consagrado para ella en la ley, o en convenciones colectivas'.

"Esta disposición, que suprime el requisito de la edad, fue dictada varios años después de haber muerto el señor Jaime Salazar (junio de 1972). La que estaba vigente cuando se produjo su deceso, el artículo 15 del Decreto 435 de 1971, establecía en su inciso primero:

" 'Fallecido un trabajador particular jubilado o con derecho a jubilación, su cónyuge y sus hijos menores incapacitados para trabajar por razón de sus estudios o por inva-

lidez, que dependieren económicamente de él, tendrán derecho a recibir entre todos, según las reglas del artículo 275 del Código Sustantivo del Trabajo y disposiciones que lo modificaron y aclararon, la respectiva pensión durante cinco (5) años'.

"Sin embargo, con respetables argumentos, sostiene la señora Fiscal Quinta de la Corporación que es aplicable al cosa *sub judice* la norma primeramente transcrita, a la cual se le estaría dando aplicación inmediata puesto que cuando entró en vigencia no había situación consumada ya que faltaba uno de los requisitos, la edad, para que naciera el derecho a la pensión de jubilación.

"No comparte la Sala la tesis de la señora fiscal por razones que se exponen a continuación, relacionadas con el problema de los efectos de la ley en el tiempo, o del tránsito de legislaciones.

"Según las normas y principios que regulan la materia, la ley nueva no puede, sin colocarse en condición de retroactividad, ir al pasado para calificar los hechos que cayeron bajo la vigencia de la ley anterior, con el fin de hacerles producir efectos que esta última les negaba, o negarles los efectos jurídicos que la ley anterior les concedía, o modificar el conjunto de elementos constitutivos del derecho para suprimir uno de ellos, o agregar otros: no puede, en síntesis, crear, dentro de la vigencia de la ley anterior, derechos o situaciones jurídicas que ella no permitía.

"Cuando acaeció el fallecimiento del señor Salazar existía una ley sobre la materia (el Decreto 435 de 1971) que era la que podía calificar los hechos sucedidos bajo su vigencia, darles o negarles determinados efectos jurídicos, señalar los elementos que podrían constituir una situación jurídica, los requisitos para que naciera el derecho. La ley nueva, la 12 de 1975, no puede, entonces, sin ser retroactiva, entrar en el dominio temporal del Decreto 435 de 1971 para hacer producir a los hechos que se reunieron bajo la vigencia del artículo 15 de este decreto, el efecto de hacer nacer la pensión de jubilación, cuando la norma exigía un elemento más: la edad cumplida por el empleado oficial.

"Y no cabe argumentar que la supuesta situación jurídica nació bajo la vigencia de la nueva ley, porque los dos elementos que ella señala como constitutivos de esa situación y que darían nacimiento al derecho a la pensión de jubilación los hijos menores o inválidos del empleado oficial, se reunieron en el momento de morir el señor Salazar y entonces existía una ley que les negaba ese efecto jurídico.

"Porque, según el Decreto 435 de 1971 ¿qué requisitos eran indispensables para que pudieran recibir la pensión de jubilación los causahabientes de quien aún no estaba disfrutando de ella? Los siguientes:

"1. Que el causante hubiera adquirido el derecho a la pensión de jubilación por haber completado el tiempo de servicio y la edad requerida por la ley.

"2. Que hubiera muerto.

"De modo que, descomponiendo uno de tales requisitos, debían concurrir tres, con relación al causante y no a los causahabientes:

"1. Que el causante hubiera completado el tiempo de servicio requerido.

"2. Que hubiera cumplido la edad exigida por la ley.

"3. Que hubiera fallecido.

"Reunidos esos tres elementos, los causahabientes señados en el artículo 15 del Decreto 435 de 1971 adquirían el derecho a la pensión de jubilación que correspondía al causante.

"¿Qué requisitos exige la Ley 12 de 1975 para que nazca el derecho a la pensión de jubilación en beneficio del cónyuge supérstite, o la compañera permanente, del empleado oficial fallecido, y de sus hijos menores o inválidos? Estos dos requisitos:

"1. Que el empleado oficial hubiere completado el tiempo de servicio.

"2. Que haya muerto.

"Cuando se produjo el deceso del señor Salazar, esos dos requisitos no eran suficientes, de conformidad con la norma entonces vigente, para adquirir el derecho a la pensión de jubilación.

"Al entrar en vigencia la Ley 12 de 1975 encontró ya calificados esos dos elementos y determinados para sus efectos jurídicos, negativos, por la norma vigente cuando se reunieron.

"Luego cuando murió el señor Salazar, en junio de 1972, no nació ninguna situación jurídica relacionada con la pretensión de jubilación, pues la norma entonces vigente ni lo

permitía. De suerte que cuando comenzó a regir la Ley 12 de 1975 no encontró ninguna situación jurídica, ni en curso ni consumada; sencillamente no nació, debido a que el Decreto 435 de 1971 no dio ese efecto a los dos hechos que llegaron a reunirse bajo su vigencia: el tiempo de servicio y la muerte del señor Salazar. Faltaba uno: la edad.

"Por lo tanto, aplicar la Ley 12 de 1975 al caso *sub júdice* es darle efecto retroactivo.

"De ser válida la tesis de la Fiscalía, sucedería que todas las personas que se encontraran dentro de las previsiones de la Ley 12 de 1975 (cónyuge supérstite, compañera permanente, o hijo menor inválido) tendrían derecho a reclamar pensión de jubilación si el causante completó el tiempo de servicio al Estado, aunque hubiera muerto hace muchos años, pues la nueva ley se encontraría con una situación en curso y no prescribe el derecho a reclamar la pensión jubilatoria.

"Pero la realidad jurídica es otra y otro es el mandato del legislador (sentencia de diciembre 17 de 1982).

"Esta Fiscalía adhiere a los pretranscritos pronunciamientos y, como en el *sub lite* se dan los mismos supuestos de hecho y se adopta idéntica decisión, esta, creemos debe ser confirmada.

"Con respecto a lo dicho por la honorable Sección Segunda, sólo disentimos en cuanto se aduce como argumento válido para no admitir la retroactividad o la retrospectividad si se quiere, de la norma en comento, las muchas personas que resultarían beneficiadas de profesarse criterio distinto al adoptado. Cabe recordar que la retroactividad, que no vulnera derechos adquiridos, no es inconstitucional. Lo que ocurre es que una ley sólo puede ser retroactiva en la medida en que así lo disponga expresamente el legislador" (fls. 72 a 77).

Para resolver, se considera:

El acto administrativo acusado, entonces, denegó las peticiones que en la vía gubernativa elevara la hoy parte demandante, porque, teniendo en cuenta que la muerte del empleado público ocurrió el 10 de febrero de 1974 y que pese a que para esa fecha había sido servidor del Estado durante veintidós (22) años, cuatro (4) meses y diecinueve (19) días aún no regía la Ley 12 de 1975 (arts. 1º y 3º) que consagró una especie de sustitución pensional en favor de las personas por ella indicadas, cuando se presenta el fallecimiento del empleado que hubiere laborado el tiempo exigido por las disposiciones legales comunes sin haber cumplido la edad requerida.

Trátase, por lo tanto, como bien lo explica el *a quo* y lo corrobora en su vista el señor colaborador fiscal si bien con otras palabras, de un problema jurídico atinente a la aplicación de una ley que empieza a regir *después* que la situación concreta, creadora del presunto o supuesto derecho subjetivo. ha tenido causación. pues, como es sabido. por regla general, las leyes rigen para el futuro y sólo excepcionalmente tienen carácter retroactivo o retrospectivo.

Cuando ocurrió el deceso del señor José Joaquín Hernández Castro, las disposiciones que regían lo atinente a la sustitución pensional se referían al empleado jubilado o con derecho a jubilación. Así, el artículo 12 de la Ley 171 de 1961: "Fallecido un *empleado jubilado* o *con derecho a jubilación,* su cónyuge y sus hijos menores de diez y ocho (18) años o incapacitados para trabajar por razón de sus estudios o por invalidez, dependieren económicamente de él, tendrán derecho a recibir entre todos, según las reglas del artículo 275 del Código Sustantivo del Trabajo, la respectiva pensión, durante los dos (2) años subsiguientes". Así, el artículo 36 del Decreto 3135 de 1968: "Al fallecimiento de un empleado público o trabajador oficial *con derecho a pensión de jubilación,* sus beneficiarios, en el orden y proporción señalados en el artículo 34, tienen derecho a recibir de la respectiva entidad de previsión, la pensión que le hubiere correspondido durante dos años, sin perjuicio de las prestaciones anteriores". Así, el artículo 92 del Decreto 1848 de 1969: "Cuando fallezca el *pensionado* por invalidez, jubilación o retiro por vejez, su cónyuge y sus hijos menores de 18 años o incapacitados para trabajar por razón de estudios o por invalidez, que dependieren económicamente del causante, tendrán derecho a percibir la respectiva pensión durante los dos años subsiguientes al fallecimiento del *pensionado*". Así el artículo 19 del Decreto 444 de 1971: "Fallecido un empleado público o trabajador oficial *jubilado,* su cónyuge y sus hijos menores o incapacitados para trabajar por razón de estudios o invalidez y que dependieren económicamente del causante tendrán derecho a percibir entre todos, según las reglas del artículo 275 del Código Sustantivo del Trabajo, la respectiva pensión durante los cinco años subsiguientes". Así la ley 33 de 1973: "Fallecido un trabajador particular *pensionado* o *con derecho a pensión* de jubilación, invalidez o vejez, o un empleado o trabajador del sector público, su viuda podrá reclamar la respectiva pensión en forma vitalicia".

Como se observa por las frases o vocablos que se han subrayado en los textos legales arriba reproducidos, hacen referencia a *pensionados* o *a personas con derecho a pensión* que fallecieren. Sólo luego después, el 1º de enero de 1975, empezó la vigencia de la Ley 12 de ese año, que estableció una nueva situación abstracta en favor del cónyuge supérstite y de sus hijos menores o inválidos, si el empleado o trabajador fallece sin cumplir la edad requerida por la ley, pero que hubiere "cumplido el tiempo de servicio consagrado en la ley o en convenciones colectivas".

Resulta claro, por consiguiente, que la Sala reitere lo dicho por ella en la sentencia que cita con todo acierto el señor Fiscal Cuarto de la Corporación. No es posible, porque contradiría las reglas de hermenéutica jurídica, darle alcances retroactivos a unas normas que ciertamente no pueden tenerlo por su misma índole, y de allí que, acogiendo la vista del Ministerio Público, haya de confirmar la sentencia recurrida que tiene iguales alcances.

En mérito de 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:

Confírmase la sentencia de 27 de mayo de 1983 dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en este asunto.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 14 de abril de 1989.

Alvaro Lecompte Luna, Aydeé Anzola Linares, ausente; *Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro.*

Miguel A. Perilla P., Secretario.

SUSPENSION PROVISIONAL. SUSPENSION EN PREVENCION. ACTO ADMINISTRATIVO. ACTO PROCESAL. CONTRATO DE MANDATO.

El acto o negocio jurídico por medio del cual una persona confiere poder a otra para que lo represente en gestiones judiciales o administrativas es de carácter contractual y reúne los elementos propios del mandato; y los contratos no pueden ser objeto de suspensión provisional porque tal fenómeno jurídico solamente se predica de los actos administrativos de formación unilateral y porque la suspensión de la conducta que una persona realiza como consecuencia de un acto jurídico contractual iría contra cualquier razonamiento lógico jurídico.

La presentación de la demanda que inicia un proceso policivo tiene categoría de acto jurídico pero de carácter procesal y tal acto no es más que el ejercicio del derecho público subjetivo de la acción en un caso concreto; entonces como el acto cuya suspensión se pretende es típicamente procesal, no tiene naturaleza de administrativo por lo cual no puede ser susceptible de suspensión provisional.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., veintisiete de abril de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente:: *Doctor Gustavo de Greiff Restrepo.*

Referencia: Expediente número 5371.

Actor: Héctor Luis Gallo Santucho.

Procede la Sala a resolver el recurso de súplica interpuesto contra el auto de fecha 14 de diciembre de 1988, proferido por el conjero doctor Antonio J. de Irisarri Restrepo, por el cual se negó la suspensión provisional en prevención de los actos de ejecución de la Resolución número 2183 de 9 de abril de 1985, originaria del Fondo Aeronáutico Nacional.

El señor Héctor Luis Gallo S., solicita, a través de apoderado, lo siguiente:

"Decretar la suspensión provisional en prevención de los actos administrativos de ejecución, contenidos en el documento o memorial poder otorgado por Juan Guillermo Penagos Estrada, como jefe del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, y como tal, representante legal del Fondo Aeronáutico Nacional, en favor de la doctora Daissy Lourdes Posso Trejos, con el fin de que 'mediante los trámites de una acción policiva según lo dispuesto en el artículo 63 del Decreto 222 de 1983, logre la restitución de los locales destinados a restaurantes, bodegas, oficinas y cocinas localizados en el primer y segundo pisos sector nacional del Aeropuerto Internacional El Dorado de Bogotá, entregados en arrendamiento según contrato 224-X-5-72 y adicionales 0359-IV-9-73, 2371-17-I-77 al señor Héctor Luis Gallo S.' (fl. 81 cdno. 1).

"Así mismo, decretar la suspensión provisional del acto administrativo, que con base en el anterior mandato y a nombre de la entidad pública referida, profirió la doctora Daissy Lourdes Posso Trejos, abogada titulada, a nombre de la entidad, por virtud del cual formuló querella de policía, tendiente a obtener la restitución del inmueble a que hizo referencia el poder mandato..." (fl. 82, cdno. 1).

Se fundamenta la petición de suspensión en prevención en que tanto el memorial poder como la querella policiva son actos de ejecución de las decisiones contenidas en la Resolución 2183 mediante la cual se declaró la caducidad de un contrato de arrendamiento, acto administrativo este que, según el peticionario, no fue legalmente notificado y, por tanto, la actuación encaja dentro de las previsiones del numeral 2, del artículo 153 del Código Contencioso Administrativo.

El auto recurrido negó la suspensión considerando que el acto de carácter definitivo cuya ejecución da lugar a la presente solicitud, sí fue legalmente notificado. Dice al respecto:

"Cuarto. Para decidirse sobre la suspensión provisional en prevención de los actos de ejecución, por falta de notificación legal del acto definitivo de cuyo cumplimiento se trata, debe definirse en primer término, cuáles son las normas que regulan la notificación omitida. Para ese propósito, observa la Sala que el Código Contencioso Administrativo no derogó, ni modificó los procedimientos administrativos especiales regulados por leyes anteriores; aunque si los complementó en lo no previsto en ellas.

"Por lo tanto, el estatuto contractual o Decreto ley 222 de 1983 tiene plena aplicación en los asuntos relativos a los procedimientos que deben seguirse en el desarrollo de la contratación administrativa, desde su iniciación hasta la liquidación definitiva.

"Específicamente, el artículo 64 del decreto ley aludido dispone que la resolución que declara la caducidad se notificará personalmente *a los interesados*. ¿Quiénes son éstos? Naturalmente que el contratista

o su cesionario o causahabientes y toda otra persona que resulte afectada en forma directa con la decisión, tales como los garantes del contrato.

"Previó la norma que si no era posible la notificación personal, entonces la parte resolutiva se publicara en periódicos de amplia circulación. Lógicamente, con este sistema se buscó vincular legalmente a la decisión a todos los interesados, para que cualquiera de ellos ejercitara su derecho de defensa 'dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha' de su publicación y procurar la pronta decisión del asunto. De otro modo, la administración, lenta de por sí, aumentaría el riesgo de quedar paralizada mucho tiempo, por la conducta reticente de los interesados, comprometiéndose el interés general de la comunidad que espera pronta atención de sus necesidades.

"Para la Sala, la administración actuó bien cuando citó telegráficamente en la dirección de los locales arrendados al representante de Inversiones Game Limitada, que lo era precisamente el señor Héctor Luis Gallo Santucho, para notificarle la resolución de caducidad (y, además notificó por edicto). Si el señor Gallo Santucho hubiera atendido tal citación, como era su deber, habría podido ejercitar su derecho de defensa, el personal, y el de la sociedad, según lo tuviera a bien. Pero su desobedecimiento, su contumacia, obligó a la administración a utilizar el otro sistema, el costoso de la publicación para vincular a la decisión de caducidad no sólo al citado sino a todos los interesados. La publicación es igualmente eficaz, cumple sus objetivos y no se torna inane por el hecho de que la citación haya sido más o menos formal. La ley no impone ninguna formalidad para la citación y es lógico que ninguna puede exigirse, o sea que la publicación por si misma, purifica cualquier falta de formalidad en la citación de cualquier interesado y los vincula a todos. Con mayor razón en este caso en que el interesado Héctor Luis Gallo Santucho, como persona natural, era al mismo tiempo el representante legal de la sociedad mencionada" (fls. 123 a 125 cdno. 1).

El recurso se sustenta en escrito que expresa lo siguiente:

"Ha sido reiterada y constante a través de muchos años la jurisprudencia del honorable Consejo de Estado, en el sentido de que la notificación tanto de la iniciación de un proceso administrativo (gubernativo) cuando de partes se trate, como la de los actos administrativos finales o definitivos con que dicho proceso culmine, que como bien lo acepta el proveído, son de carácter particular, concreto y subjetivo, *es un acto procesal formal,* que debe cumplir los requisitos de esta clase de instituciones —la notificación— y que sin el lleno de ellos no se entiende cumplida, de conformidad con lo que dispone el antiguo Código Contencioso Administrativo, con lo que dispuso el Decreto ley 2733 de 1959 y con lo que actualmente establece el nuevo Código Contencioso Administrativo.

"Y la importancia sustancial que dicha actuación procesal conlleva nace no de la simple voluntad del legislador ordinario, sino como lo he dicho en la demanda, por ser el desarrollo básico de las normas constitucionales del debido proceso y del derecho inalienable de ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio, previo el cumplimiento de todas las formalidades que la ley establece".

"... ... ...".

"Sobra ante los juristas miembros de la Sala, hacer hincapié en el hecho que burdamente pudiera afirmarse de que 'en derecho no es lo mismo atrás que en las espaldas' como se pretende por el proveído impugnado. No honorables consejeros, el derecho de defensa y el correcto proceso se violan, cuando se inicia un proceso gubernativo contra quien no es la persona obligada, se da un conocimiento informal, para terminar obligando a una persona natural que como tal no ha tenido participación en el proceso gubernativo.

"Esto ni más ni menos y por ese aspecto sustancial conllevan necesariamente una indebida notificación, porque al señor Héctor Luis Gallo, como persona natural, se le dictó una resolución de caducidad y una serie de condenas, sin que en esa calidad se le hubiera hecho comparecer. Sin que valga el aberrante argumento de que lo mismo es que se haya hecho esa *informal notificación* al señor Gallo como representante de una persona jurídica, que al mismo señor como persona natural.

"... ... ...".

"Las garantías procesales de que venimos hablando, no pueden estar al desgaire o arbitrariedad de un funcionario, sino que deben cumplirse por mandato constitucional conforme al Código Contencioso Administrativo para el caso. No debe olvidarse que dicho Código (Decreto ley 01 de 1984), es posterior al Decreto ley 222 de 1983; y que este último, en su artículo 64 exige la notificación personal a los interesados, no conlleva ninguna contradicción con el Estatuto Contencioso Administrativo que establece los procedimientos de notificación; mucho más cuando no se trata simplemente de un interesado (tercero) en el concepto procesal propiamente dicho, sino de la parte que con la administración constituyen el proceso.

"La notificación y más en este caso en que se sabe exactamente en donde se encuentra la parte contratante que debe ser notificada, debe hacerse personalmente, como acto formal que debe cumplirse en diligencia que se opera por el empleado y el arrendatario. Esto sin tener en cuenta que, conforme a jurisprudencia citada en sentencia del honorable consejero Betancur Jaramillo, se trata de un contrato de arrendamiento de carácter comercial cuyas controversias

por lo menos deben tener una tramitación de acuerdo a las normas del Código de Procedimiento Civil. No se ve la razón, de no ser el deseo del ocultamiento del trámite, el que no se hubiera hecho comparecer personalmente al señor Gallo. Un telegrama no es un acto de notificación y menos como se ha anotado, cuando el notificado está a pocos metros de la entidad contratante" (fls. 130 a 131 cdno. 1).

"... ... ...".

"Tanto en el Código Contencioso como en el artículo 64 del Decreto 2733, se nos habla fundamentalmente de la 'notificación personal' y luego se dice que '*si ello no fuere posible* se procederá a hacer la notificación por edicto'. La sentencia a que he hecho referencia, entre muchas otras, nos habla de que 'el no fuere posible' conlleva por lo menos un informe secretarial que explique bajo la presunción de veracidad, el hecho de haberse realizado la búsqueda de la persona que debe ser notificada. Y eso no ha ocurrido precisamente en este caso, por lo que tampoco puede entenderse así la notificación.

"Finalmente las tales publicaciones, hacen referencia exclusivamente al primer acto administrativo, pero jamás se llevaron a cabo las diligencias de notificación, en forma alguna para los demás actos administrativos con que culminó el proceso. De tal manera que por este aspecto tampoco se ha producido la notificación.

"Debe hacerse hincapié en el hecho de que la propia providencia en los apartes transcritos deja traslucir con claridad su insatisfacción por la forma en que se produjo la pretendida notificación personal" (fls. 132 y 133 cdno. 1).

Para resolver se considera:

En general la Sala considera pertinentes y ajustados a derecho los argumentos que se tuvieron en cuenta para negar la suspensión provisional en prevención impetrada, pero el acto se confirmará por motivos diferentes a los que lo sustentan.

Efectivamente, para la Sala el primer aspecto que se debe analizar cuando de suspensión provisional se trata, es el carácter de administrativos que tengan los actos cuya suspensión se pretende porque sólo tal tipo de actos jurídicos son susceptibles de la aplicación de esa medida cautelar.

El primero de los actos cuya suspensión se busca es el contenido en un "memorial poder" por el cual el jefe del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, en su calidad de representante legal del Fondo Aeronáutico Nacional, faculta a una profesional del derecho para que adelante una acción policiva de carácter civil.

El acto o negocio jurídico por medio del cual una persona confiere poder a otra para que lo represente en gestiones judiciales o administrativas es de carácter contractual y reúne los elementos propios del mandato.

El mandato, dice el artículo 2142 del Código Civil "es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera".

Y el artículo 2144 de la misma obra preceptúa que "Los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios, o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona, respecto de terceros, se sujetan las reglas del mandato".

El acto de apoderamiento efectuado por el señor representante legal del Fondo Aeronáutico Nacional, se subsume perfectamente dentro de los supuestos contenidos en las normas transcritas y, por consiguiente, se ubica totalmente dentro de los preceptos que regulan el tipo de contrato denominado mandato, sin que exista duda alguna al respecto.

En el caso examinado, se trata de un acto contractual que se rige en todas sus manifestaciones por las normas del derecho privado conforme lo disponen los artículos 16 y 80 del estatuto de contratación administrativa (Decreto 222 de 1983).

Y los contratos no pueden ser objeto de suspensión provisional porque tal fenómeno jurídico solamente se predica de los actos administrativos de formación unilateral y porque la suspensión de la conducta que una persona realiza como consecuencia de un acto jurídico contractual iría contra cualquier razonamiento lógico jurídico.

No es, entonces, el apoderamiento un acto administrativo y, en consecuencia, no es susceptible de suspensión provisional de ninguna clase.

El segundo acto que se pide suspender es aquel "por virtud del cual formuló querella de policía", la profesional del derecho en ejercicio del mandato que le fue otorgado por el Fondo Aeronáutico Nacional.

Para dar iniciación a estos procesos de que conocen las autoridades policivas, el interesado presenta una demanda que se denomina "querella". La suspensión en prevención de tal demanda es pues, lo que solicita el apoderado del peticionario.

Ahora bien: la presentación de la demanda que inicia un proceso policivo tiene categoría de acto jurídico pero de carácter procesal y tal acto no es más que el ejercicio del derecho público subjetivo de la acción en un caso concreto.

Esta es la situación que se presenta en el caso en estudio. La administración, como persona y a través de apoderado, hace uso de su derecho de accionar ante la autoridad competente para conocer de un procedimiento policivo civil y este uso del derecho de acción es lo que se pide suspender.

Entonces, como el acto cuya suspensión se pretende es típicamente procesal, no tiene naturaleza de acto administrativo por lo cual no puede ser susceptible de suspensión provisional.

Consecuencia de lo expuesto es que los actos cuya suspensión en prevención se solicita no son administrativos y, por tanto, no es procedente la aplicación de esa institución jurídica.

Por lo anterior el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo —Sección Tercera—,

Resuelve:

Confírmase el auto suplicado.

Esta providencia fue discutida y aprobada en sesión de fecha 27 de abril de1989.

Gustavo de Greiff Restrepo, presidente Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Julio César Uribe Acosta.*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

COADYUVANTE. Facultades.

No pueden variar, modificar, adicionar ni corregir la demanda propuesta por la actora, y consecuencialmente, no puede presentar, para efectos del recurso de súplica que interpuso, razones distintas a las que tuvo a la vista el consejero ponente para resolver lo pertinente ante la demanda que le presentó el actor.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Sala de Decisión.— Bogotá, D .E., cuatro de mayo de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Guillermo Benavides Melo.*

Referencia: Expediente número 826.

Actor: Ernesto Cavelier. Adición de providencia.

De conformidad con las consideraciones que en seguida se apuntan, procede la Sala de Decisión de la Sección Primera a adicionar o complementar su providencia de fecha 20 de enero anterior, en desarrollo de los artículos 267 del Código Contencioso Administrativo y 311, inciso final, del Código de Procedimiento Civil.

En ejercicio de la acción popular demandó ante esta Corporación el ciudadano Ernesto Cavelier la nulidad de la Resolución número 1119 de 1987 proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio y dentro del mismo cuerpo de su libelo solicitó decretar la correspondiente suspensión provisional del acto acusado por reputar que viola flagrantemente disposiciones de carácter superior.

Mediante proveído de fecha 23 de agosto de 1988, el consejero conductor del proceso admitió la demanda, ordenó darle el curso procesal del caso y denegó la medida cautelar extraordinaria (v. fls. 45 a 47).

Habiendo recurrido en súplica el mismo actor contra dicha providencia, en cuanto denegó la medida cautelar, la Sala de Decisión desató el recurso confirmando el auto atacado, mediante providencia de 20 de enero del año en curso, que obra a folios 66 a 68.

A folios 58 a 63 aparece un escrito de la ciudadana Clara Inés Gómez, quien, constituyéndose en tercera interviniente— coadyuvante

de la parte actora—, interpone el recurso de súplica contra el citado proveído de 23 de agosto de 1988, por haber denegado la petición suspensiva provisional de la resolución 1119 de 1987 acusada. En dicho memorial la coadyuvante de la actora indica por qué a su juicio, debe decretarse la medida especial prevista en el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, a la vez que pide que se le reconozca como tercero interviniente.

La misma ciudadana Gómez pide, dentro del término de ejecutoria del auto de 20 de enero de 1989, que la Sala se pronuncie sobre su pedimento de suspensión provisional antes aludido, toda vez que en el auto que desató la súplica del actor la Sala pasó por alto el escrito suplicatorio de dicha ciudadana.

La Sala evidentemente no observó la existencia de dicho escrito, por lo cual ahora complementa la providencia de 20 de enero anterior.

Como parte coadyuvante de la actora, no puede variar, modificar, adicionar ni corregir la demanda propuesta por la actora y, consecuencialmente, no puede presentar, para efectos del recurso de súplica que interpuso, razones distintas a las que tuvo a la vista el consejero ponente para resolver lo pertinente ante la demanda que le presentó el actor. Esto en desarrollo de lo previsto en el inciso segundo del artículo 55 del Código de Procedimiento Civil, que preceptúa: "El coadyuvante podrá efectuar los actos procesales permitidos a la parte que ayuda, en cuanto no estén en oposición con los de esta y no impliquen disposición del derecho en litigio". Como la ciudadana Gómez viene a atacar en súplica la providencia que denegó suspender provisionalmente el acto acusado después de que aquella fue proferida y obviamente sus argumentos no pudieron ser previstos (y menos aún, no pudieron ser conocidos) por el consejero ponente, mal puede venir a posteriori, con otra argumentación diferente de la que en su oportunidad trajo el demandante, a pedir la suspensión provisional mediante el recurso de súplica.

Para lo anterior ha de tenerse en cuenta lo que dijo tanto el auto atacado en súplica por el actor, como la providencia que desató dicho recurso de súplica y que ahora se adiciona. Al respecto, en síntesis, la denegatoria de la suspensión provisional solicitada obedece a las siguientes razones que expresa el proveído de esta Sala de fecha 20 de enero pasado:

"La Sala Decisoria comparte lo expresado por el proveído materia de súplica. Pero no puede compartir lo que anota el recurrente en su escrito impugnatorio (fls. 48 a 51), para tratar de rebatir el auto confutado, puesto que en el acápite específico que bajo el número 4 y el título 'Petición de suspensión provisional' de su demanda, no indica el actor los diferentes artículos y las respectivas razones de ostensible violación en que incurrirían las disposiciones del acto atacado frente a cada una de las normas superiores supuestamente que-

brantadas para ameritar la excepcional medida cautelar solicitada, como puede fácilmente comprobarse en leyéndose dicho acápite que más arriba quedó transcrito. No prospera, en consecuencia, la impugnación suplicatoria".

No son menester más consideraciones para que la Sala de Decisión de la Sección Primera de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado,

Resuelva:

1º *Adicionar* con esta providencia su proveído de fecha 20 de enero de 1989 (fls. 66 a 68), el cual queda confirmado.

2º En firme este auto, vaya el expediente al despacho del consejero ponente para que continúe tramitándolo.

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 dos de mayo de mil novecientos ochenta y nueve.

Guillermo Benavides Melo, Samuel Buitrago Hurtado, ausente; *Simón Rodríguez Rodríguez.*

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

SUPERINTENDENCIA BANCARIA. COMPETENCIA. POLICIA ADMINISTRATIVA.

La Superintendencia Bancaria tiene competencia de carácter preventivo, para calificar a los directivos de las entidades financieras, durante todo el tiempo de su existencia, competencia que implica un alto grado de discrecionalidad.

ACTO ADMINISTRATIVO. Motivación.

Todo acto administrativo que afecte a particulares, debe expresar, a sí sea en forma sumaria, sus motivos, no siendo válida la afirmación de que los actos que emanan de una competencia de carácter discrecional no deben motivarse, pues, por el contrario, es en éstos en los que precisamente, por el amplio margen de apreciación subjetiva del funcionario que lo expide, resulta de mayor trascendencia la expresión manifiesta de la causa que originó la decisión administrativa, para poder establecer su proporcionalidad con los hechos y circunstancias que le sirven de causa.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., cinco de mayo de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejera ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación 0517. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho del oficio número 25815 y la Resolución número 5157 de 1984 proferidos por la Superintendencia Bancaria.

Actor: Pablo Michelsen Niño. Fallo.

Habiéndose cumplido el trámite de reconstrucción del expediente, procede la Sala a pronunciarse sobre la demanda presentada, mediante apoderado judicial por el señor Pablo Michelsen Niño, en la cual solicita se declare la nulidad del oficio número 25815 dirigido por el superintendente bancario segundo delegado, al gerente general de la Compañía de Financiamiento Comercial Grancolombiana de Promociones S. A., PRONTA y la Resolución número 5157 de 16 de octubre

de 1984 del superintendente bancario y que se declare también que el señor Pablo Michelsen Niño "...no está vetado para ocupar cargo de administrador en las sociedades sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria, por los motivos señalados por esa entidad en el oficio y en la resolución cuya nulidad se solicita".

Antecedentes:

El señor Pablo Michelsen Niño fue elegido miembro de la junta directiva de la Compañía de Financiamiento Comercial Grancolombiana de Promociones S. A., PRONTA, en la reunión de asamblea general de accionistas de dicha sociedad, realizada el 30 de marzo de 1984.

El acta correspondiente fue remitida a la Superintendencia Bancaria y dicha dependencia, mediante el oficio número 25815 de 26 de junio de 1984 dirigido al representante legal de PRONTA S. A., comunicó su decisión de "...considerar procedente abstenerse de autorizar, por ahora y mientras tales actuaciones no concluyan definitivamente, la posesión del señor Pablo Michelsen Niño como miembro de la junta directiva de PRONTA S. A..."

El señor Michelsen Niño, en su propio nombre solicitó la reconsideración de la anterior determinación y dicha solicitud fue decidida negativamente mediante Resolución número 5157 de 16 de octubre de 1984, previa una extensa motivación.

Estos son los actos demandados.

Argumentos de la demanda:

Se citan como disposiciones violadas las siguientes:

Ley 45 de 1923: artículos 27 y 92.

Constitución Nacional: artículos 20 y 26.

Pacto internacional de derecho económicos, sociales y culturales (3 de enero de 1976) y pacto de derechos civiles y políticos, aprobados por la Ley 74 de 1968 y ratificados el 29 de octubre de 1969.

Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José, aprobado por la Ley 16 de 1972.

El concepto de la violación de las normas citadas, planteado por el actor puede sintetizarse así:

1. Inaplicabilidad del artículo 27 de la Ley 45 de 1923, por cuanto dicha norma se refiere al caso de la fundación de un banco, y a la aprobación del acta correspondiente, aplicable, quizás, a las otras

sociedades sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria pero que no se refiere a los administradores elegidos con posterioridad.

2. Falsa motivación: porque si se aceptare que la Superintendencia tiene facultad para no dejar posesionar a un administrador, esa facultad sería discrecional y no se necesitaría motivar su decisión.

En el caso de autos, la decisión demandada fue "producto de una motivación de tipo fáctico que no puede conducir a la decisión tomada sin que sea motivo de controversia por parte del interesado, por una parte y sin que se hayan establecido plenamente los hechos base de la determinación".

Dichos motivos no se refieren a actuaciones pasadas del señor Michelsen Niño, sino a "...probables actuaciones futuras..."

Por ello, afirma que los actos demandados impusieron una verdadera sanción al interesado, sin que éste hubiera tenido oportunidad de controvertir los hechos que sirvieron de motivos para proferirlos, lo cual implica la violación del artículo 26 de la Constitución Nacional.

3. Violación del artículo 26 de la Constitución Nacional porque el señor Michelsen Niño "no fue sancionado después de proceso alguno..."

Insiste en que "si la facultad es discrecional no lo habría violado, pero al motivar la determinación, ha debido dar traslado al interesado para, de acuerdo con el proceso administrativo policivo, tuviera oportunidad de defenderse".

4. Violación de los tratados internacionales por cuanto según estos no podrán establecerse diferencias entre las personas, por ninguna razón y al aplicar sanción a un accionista de CINGRA S. A., y no hacerlo a otro u otros se desconocen dichas disposiciones.

Alegatos de conclusión:

1. El señor apoderado del actor oportunamente presentó su alegato de conclusión, e insiste en los argumentos propuestos en la demanda y anota que:

La facultad discrecional que le atribuye el artículo 27 de la Ley 45 de 1923 al superintendente bancario sólo puede aplicarse para la aprobación o rechazo de la fundación de un banco o de una entidad sometida a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria, pues de lo contrario sólo podrían ser directores las personas que contaran con la simpatía y la aprobación del superintendente y si la voluntad de los accionistas se encuentra supeditada a la aprobación del gobierno, se llegaría a la responsabilidad gubernamental por los actos de los directores o administradores.

Los directores y administradores deben posesionarse ante el superintendente bancario para que exista información ante el público de quiénes son los administradores de las entidades respectivas.

Si se acepta en gracia de discusión que el superintendente bancario está facultado para calificar la habilidad de los directores y administradores de las entidades sometidas a su vigilancia, dicha facultad es reglada y debe ser motivada en hechos anteriores a la calificación. Esto de acuerdo con los artículos 91, 93 y 27 de la Ley 45 de 1923.

En el caso de autos, la decisión de no dar posesión al actor se basó en la existencia de algunas investigaciones pendientes, sin que se supiera exactamente "...cuáles fueron los hechos que ha debido enfrentar el doctor Michelsen Niño..." y aunque se acepta que el citado señor, no fue objeto de sanción, la Superintendencia le negó la posesión.

Alega que en las decisiones de la Superintendencia "...están en juego temas extralegales" y que se negó la posesión del señor Michelsen Niño, por ser hijo de Jaime Michelsen Uribe.

2. El señor representante de la Superintendencia Bancaria en su alegato final, argumenta:

De conformidad con el artículo 27 de la Ley 45 de 1923, el superintendente bancario tiene facultad para tomar todas las medidas previas y necesarias para autorizar el funcionamiento de un establecimiento bancario y dicha facultad no se limita al momento de su fundación sino que, se extiende mientras esté en funcionamiento y para efectos de la posesión de sus directores y administradores.

Respalda la anterior afirmación en el concepto OJ 103 de la oficina jurídica de la Superintendencia Bancaria según el cual, por la trascendencia que la actividad desarrollada por los establecimientos de crédito en general y su incidencia en diferentes sectores de la comunidad se establece una estrecha vigilancia por parte del Estado, ejercida por el superintendente bancario; y de conformidad con los artículos 27, 93 y 95 de la Ley 45 de 1923, dicha entidad tiene una competencia discrecional para establecer el carácter, la responsabilidad e idoneidad de quienes pretenden ejecutar negocios bancarios, lo cual no puede confundirse con las situaciones de incompatibilidad, restricción y prohibición desarrolladas a través de diversas normas, pues estas están expresamente consagradas en la ley.

Según el citado concepto esa función de vigilancia en el tema cuestionado tiene dos manifestaciones diferentes: una facultad discrecional para establecer la moralidad, idoneidad y confianza de quienes van a realizar la actividad crediticia y una facultad reglada para determinar si esos directores y administradores están cobijados por una inhabilidad, incompatibilidad o prohibición de las previstas en la ley.

En cuanto a la alegada falsa motivación, se precisa que el hecho de que la competencia ejercida implique un amplio grado de discrecionalidad, no exime a la autoridad de motivar sumariamente su decisión, de acuerdo con el artículo 36 del Decreto 01 de 1984.

Agrega que los motivos invocados en los actos demandados están comprobados.

No se puede confundir el contenido de los actos demandados con una sanción, pues esta implica un procedimiento disciplinario para comprobar una falta que amerite la utilización de poderes represivos lo que no se presenta en el caso de autos.

No hubo violación de los Tratados Internacionales invocados por el actor, por cuanto no se trataba de casos iguales, toda vez que el señor Pablo Michelsen Niño aún no se había posesionado, mientras que los otros accionistas de CINGRA S. A., ya se encontraban ejerciendo los respectivos cargos como directores o administradores de entidades vigiladas por la Superintendencia.

Concepto fiscal:

La señora Fiscal Sexta de la Corporación, considera que deben negarse las pretensiones de la demanda, con base en los siguientes planteamientos:

Según los artículos 27, 93 y 95 de la Ley 45 de 1923, la Superintendencia Bancaria, tiene la función de calificar a los directivos elegidos en cualquier tiempo, como un requisito para que puedan entrar a ejercer sus funciones.

Afirma que otra interpretación implicaría dejar sin efectos el artículo 27 de la citada ley y precisa al respecto:

"La naturaleza pública del servicio que prestan las entidades financieras y su connotación dentro de la vida económica del país exigen que la autoridad vale por la seriedad de su manejo impidiendo que en cualquier tiempo tengan ingerencia en él, personas que por algún motivo no ofrezcan la suficiente confianza del organismo controlador. El carácter, la responsabilidad e idoneidad de los directores y gestores no puede ser exigible únicamente al iniciar operaciones, debe requerirse durante todo el desarrollo de los negocios de la entidad, de manera que sea permanente y garantice a los usuarios el manejo honesto y adecuado del servicio público que constituye la la intermediación financiera".

Con relación a la alegada falsa motivación considera que la citada facultad de la Superintendencia es en buena parte discrecional en cuanto su ejercicio implica un libre juicio de valor del superintendente,

orientado por la intención finalista de la norma, pues esta no le indica el grado de responsabilidad e idoneidad que le inspire confianza.

Anota:

"En este orden de ideas, la decisión podía no haberse motivado, pues la motivación sólo es de rigor para los actos reglados en los cuales el funcionario debe, así sea sumariamente, adecuar los hechos a las normas de derecho que considere aplicables. Pero no existe óbice legal para que en determinados casos se expresen las razones que dan lugar a los actos discrecionales. Es más, si así sucede, el funcionario antes de obrar mal, está entregando instrumentos de control al interesado, pues abre paso al ejercicio del control jurisdiccional respecto a los supuestos fácticos de la decisión.

"En el caso que nos ocupa, en el oficio dirigido al representante legal de la sociedad PRONTA S. A., la Superintendencia sumariamente expresó los motivos de su decisión y posteriormente a solicitud del accionante amplió en la Resolución 5157, las razones que lo llevaron a ella. Los hechos aducidos pudieron ser controvertidos ante la jurisdicción, pero ello no ocurrió; se controvirtió en cambio la decisión y esta escapa al control jurisdiccional pues es el producto de un juicio sobre el carácter técnico (idoneidad) y moral (responsabilidad) del directivo, que cae dentro de la absoluta discrecionalidad que la ley otorga al superintendente.

"No puede por ello, en nuestro sentir, acusarse el acto de falsa motivación. El hecho de haberse motivado no constituye falsedad de los motivos y la no veracidad de ellos que debió ser demostrada por el accionante, no lo fue".

Afirma que no es pertinente considerar como sanción los actos demandados y por ello no hubo desconocimiento del debido proceso y del derecho de defensa.

En cuanto al trato discriminatorio considera que el cargo debe desestimarse por no haber sido demostrado.

Cumplido el trámite de rigor y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde proferir sentencia, previas las siguientes:

Consideraciones:

De acuerdo con los argumentos de las partes, son cuatro los aspectos que debe analizar la Sala para resolver la presente controversia, a saber:

1. Ambito de la competencia de la Superintendencia Bancaria.

2. Falsa motivación de los actos demandados.

3. Imposición de una sanción, con desconocimiento del derecho de defensa y violación del debido proceso.

4. Trato discriminatorio.

1º *Ambito de la competencia de la Superintendencia Bancaria.*

Desde la expedición de la Ley 45 de 1923, se consagró a nivel legal (posteriormente se reconoció en normas constitucionales), la intervención del Estado en las entidades privadas que realizan actividades en el campo financiero.

De conformidad con el artículo 120 ordinales 14 y 15 de la Constitución Nacional, el presidente de la República tiene como atribución constitucional propia, la facultad de ejercer la intervención necesaria en el Banco Emisor y en las actividades de personas que tengan por objeto el manejo o aprovechamiento y la inversión de los fondos provenientes del ahorro privado, así como en los demás establecimientos de crédito y sociedades mercantiles, conforme a las leyes.

Según la mencionada Ley 45 de 1923 y las normas que la modifican y adicionan, la Superintendencia Bancaria tiene diferentes atribuciones a través de las cuales vigila las entidades que están sometidas a su control, el cual inicialmente recaía únicamente en los bancos y posteriormente fue extendido a otras entidades financieras y entre ellas a las nuevas figuras que el mundo financiero ha venido originando, como lo son las Compañías de Financiamiento Comercial; a estas últimas, en virtud de lo dispuesto por el Decreto 1970 de 1979.

Dentro del marco constitucional vigente entre nosotros, de libertad de empresa y de garantía a la iniciativa privada, de acuerdo con los límites del bien común, dichas atribuciones tienen como finalidad propia el desarrollo integral, el adecuado manejo de los intereses económicos y específicamente el correcto manejo y el eficaz funcionamiento de las entidades crediticias, en razón de que sus actividades deben gozar de la absoluta confianza de los asociados, pues en ellas, está comprometido el interés de la comunidad.

Por ello, entre dichas atribuciones se establece expresamente, la de juzgar "...el carácter, la responsabilidad y la idoneidad de la persona o personas..." que van a dirigir dichas entidades crediticias, todo lo cual implica la competencia para analizar subjetivamente la conducta personal, la trayectoria, la seriedad, la moralidad, la honorabilidad, la responsabilidad, etc., de las personas en quienes la sociedad va a confiar el manejo de sus intereses.

Lo anterior, es adicional al régimen específico de incompatibilidades y prohibiciones que para ejercer los cargos directivos, establece la ley que regula la materia.

La Superintendencia Bancaria, debe "calificar" como lo dispuso la Ley 45 de 1923 en su artículo 95 a esas personas y esa calificación se realiza al momento en que le corresponde darles posesión del cargo para el cual fueron designados.

Se trata entonces de una competencia discrecional sí, porque el funcionario competente debe apreciar subjetivamente las condiciones del posible director, sin que existan parámetros preestablecidos por la ley, para tal efecto.

Pero no se trata de una competencia *absolutamente* discrecional, como lo afirma el señor apoderado de la Superintendencia Bancaria, por cuanto, por una parte el posesionar o no a un directivo de una entidad crediticia, implica la verificación de su situación enfrente al régimen de incompatibilidades y prohibiciones, el cual está debidamente *reglado* y por otra parte, por cuanto no existen competencias ni absolutamente regladas, ni absolutamente discrecionales ya que siempre, en toda competencia administrativa existe un mayor o menor grado de discrecionalidad y de reglamentación.

Es claro para la Sala, que así entendida la competencia en cuestión, las decisiones que la concretan son típicas medidas de policía administrativa en el campo financiero, de carácter *preventivo* como manifestación de su función de *vigilancia*, la cual implica la posibilidad de tomar las decisiones encaminadas a *prevenir*, todas aquellas circunstancias o hechos tendientes a mantener la confianza de los depositantes y a evitar las que pongan en peligro la buena marcha de la entidad financiera.

Acorde con lo anterior, no es posible aceptar el planteamiento del actor, en el sentido de que dicha facultad de calificar a los directores de entidades financieras, propia de la Superintendencia Bancaria, es para la oportunidad en que se organiza inicialmente una de estas entidades financieras, pero no, cuando se trata de una designación de directivos, ya con posterioridad y de acuerdo con sus propios estatutos.

En efecto, si la finalidad de esa vigilancia es la de mantener la confianza de la sociedad en las entidades financieras, y prevenir lo que afecte su adecuado funcionamiento, ello debe mantenerse siempre y no solamente cuando comienzan sus actividades. Lo anterior explica el por qué se le atribuye a la Superintendencia Bancaria, la competencia de dar posesión a los directivos de las citadas entidades.

Una interpretación diferente de dicha competencia implicaría la imposibilidad para la Superintendencia Bancaria de vigilar adecuadamente a aquellas entidades que realizan actividades que ponen en juego el interés público en cuanto no tendría instrumentos adecuados que le permitieran mantener la confianza de los asociados en su sistema financiero.

Lo hasta aquí expuesto le permite precisar a la Sala, que la Superintendencia Bancaria sí tiene competencia de carácter preventivo, para calificar a los directivos de las entidades financieras, durante todo el tiempo de su existencia, competencia que implica un alto grado de discrecionalidad.

2º *Falsa motivación de los actos demandados.*

La decisión de la Superintendencia Bancaria, de no dejar posesionar al actor como miembro de la junta directiva de la Compañía de Financiamiento Comercial Grancolombiana de Promociones S. A., PRONTA, fue expresamente motivada en el texto mismo de los actos demandados. En efecto, en el oficio número 25815 de 26 de junio de 1984, dirigido por el superintendente bancario, segundo delegado al representante legal de PRONTA S. A., luego de relatar y precisar algunos hechos relacionados con actividades del actor, se afirma:

"En este orden de ideas, como los hechos recién reseñados han dado lugar a investigaciones penales, administrativas y fiscales conducentes a establecer la responsabilidad por las irregularidades constatadas, en uso de sus atribuciones legales este despacho considera procedente abstenerse de autorizar, por ahora y mientras tales actuaciones no concluyan definitivamente, la posesión del señor Pablo Michelsen Niño como miembro de la junta directiva de PRONTA S. A.".

También en la Resolución número 5157 de 1984 del superintendente bancario luego de hacer una enumeración detallada, según actas, de operaciones de crédito realizadas por PRONTA S. A., con la participación del actor como miembro de su junta directiva, y de precisar su vinculación con la sociedad CINGRA S. A., se precisa:

"En síntesis, el motivo determinante del acto cuya reconsideración se solicita, es categórico y admite ser generalizado para aplicarlo, como uno de los posibles criterios orientadores para el ejercicio legítimo de la potestad discrecional analizada, en todos los casos idénticos o semejantes al que ahora nos ocupa; el superintendente bancario, con base en los artículos 27, 93 y 95 de la Ley 45 de 1923 y ajustándose a la finalidad de estos preceptos, denegará la autorización de posesión cada vez que, por circunstancias como las que quedan expuestas, existe duda justa y sostenible sobre la conducta de la persona elegida o nombrada cuando —teniendo ella participación importante en la entidad matriz (art. 260 del Código de Comercio) dotada de capacidad suficiente para influir decisivamente en el proceso de otorgamiento de crédito en una institución bancaria a favor de un conglomerado empresarial dirigido por esa misma compañía— se sucedieran multitud de operaciones crediticias irregulares que constituyen seria amenaza para la estabilidad económica de la institución acreditante, son indicativas de que el patente conflicto de intereses existente no fue sorteado con la independencia e imparcialidad requeridos y, finalmente, muy lejos están de podérselas presentar como un

ejemplo del espíritu de competencia neutral y abierta que debe presidir en todo momento la acción crediticia de los establecimientos encargados de prestar este servicio".

Todo acto administrativo tiene una causa, unos motivos que originan la decisión en él contenida, sea que se trate de actos expedidos en ejercicio de competencias regladas o en ejercicio de competencias discrecionales. Y todo acto administrativo que afecte a particulares, debe expresar así sea en forma sumaria sus motivos (art. 35 Decreto 01 de 1984), no siendo válida la afirmación de que los actos que emanan de una competencia de carácter discrecional no deben motivarse, pues, por el contrario, es en estos en los que precisamente, por el amplio margen de apreciación subjetiva del funcionario que lo expide, resulta de mayor trascendencia la expresión manifiesta de la causa que originó la decisión administrativa, para poder establecer su proporcionalidad con los hechos y circunstancias que le sirven de causa.

Los actos demandados, fueron expresamente motivados en los términos ya transcritos, los cuales se refieren a la existencia de investigaciones penales, administrativas y fiscales por "irregularidades constatadas en la Compañía de Financiamiento Comercial Grancolombiana S. A.", en la cual, el actor había actuado como miembro de su junta directiva.

Dicha motivación no fue desvirtuada en el curso del proceso, y por lo tanto, por estar bajo la presunción de legalidad que ampara los actos administrativos, ha de tenerse como cierta y no puede afirmarse que se haya configurado la causal de anulación, alegada por el actor, de la falsa motivación.

3º *Imposición de una sanción, con desconocimiento del derecho de defensa y violación del debido proceso.*

Ya se preció que la competencia que la ley le atribuye a la Superintendencia Bancaria para calificar a los directivos de las entidades financieras que van a tomar posesión de sus cargos ante ella, implica la aplicación de medidas preventivas como manifestación propia de la policía administrativa.

Dentro de este contexto, la medida contenida en los actos demandados es una decisión que no puede calificarse jurídicamente como una sanción y por ello, no es posible afirmar que con su expedición se violaron las normas que regulan el derecho de defensa y el debido proceso.

Además, considera la Sala que la Superintendencia Bancaria, al motivar ampliamente su decisión facilitó ese derecho de defensa, el cual fue ejercido a través del recurso de reposición interpuesto por el actor, así que, no se puede afirmar que hubo violación del artículo 26 de la Constitución Nacional.

4º *Trato discriminatorio.*

El planteamiento hecho en la demanda en el sentido de que se desconocieron algunos tratados internacionales, en cuanto al actor, se le dio un trato discriminatorio enfrente a otras personas que se encontraban en iguales circunstancias y no fueron objeto de veto por parte de la Superintendencia Bancaria no fue comprobado en la etapa probatoria.

En síntesis, observa la Sala, que la presunción de legalidad de los actos demandados no fue desvirtuada y por ello la demanda no puede 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.

Cópiese, publíquese, notifíquese, archívese el expediente. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Carmelo Martínez Conn, presidente de la Sección; *Jaime Abella Zárate, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

CARRERA ADMINISTRATIVA. NOMBRAMIENTO EN OTRO CARGO. DERECHOS DEL ESCALAFONADO.

La Sección Segunda y la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo han estimado que cuando un funcionario inscrito o promovido en carrera administrativa en un determinado cargo, pasa a otro, no pierde por ese solo hecho su escalafón y, por ende, continúa gozando de todos los derechos inherentes a la carrera, entre los cuales se encuentra el de la estabilidad.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., doce de mayo de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente número 1778. Autoridades nacionales.

Actor: Antonio José Martínez Magaña.

El señor Antonio José Martínez Magaña, mediante apoderado y en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, solicitó al Consejo de Estado que en sentencia definitiva se hagan las siguientes declaraciones:

"Primera. Que es nula la Resolución número 0340005524 de 21 de septiembre de 1982, expedida por el presidente de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones TELECOM, por medio de la cual se declara insubsistente el nombramiento del doctor Antonio José Martínez Magaña, como asistente II, código 0356, categoría 'Z', en la presidencia Oficina de Planeación.

"*Segunda.* Que como consecuencia de lo anterior se declare que la Empresa Nacional de Telecomunicaciones 'TELECOM', deberá reintegrar a mi poderdante en el mismo cargo que venía desempeñando cuando fue declarado insub-

sistente o a otro de igual o superior categoría y remuneración.

"*Tercera.* Que igualmente se declare que la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, deberá pagar al doctor Antonio José Martínez Magaña, o a quien sus derechos represente el valor de los sueldos, primas, vacaciones, bonificaciones, aumentos y demás emolumentos dejados de devengar desde la fecha en que se produjo su insubsistencia por medio de la resolución mencionada y hasta que se produzca su reintegro legalmente.

"*Cuarta.* Que además se disponga que para todos los efectos legales relacionados con prestaciones sociales, no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios de mi poderdante, desde la fecha de su separación y hasta cuando sea reintegrado en forma legal.

"*Quinta.* Que a las anteriores declaraciones se les deberá dar cumplimiento dentro del término previsto en el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo".

Los hechos en que fundamentó su demanda pueden ser resumidos así:

1º El señor Martínez Magaña fue nombrado para desempeñar el cargo de gerente regional de la Empresa Naciona lde Telecomunicaciones —"TELECOM"— en la ciudad de Cali, por medio del acto administrativo contenido en la Resolución número 2886 de 8 de octubre de 1974, expedida por el director general de dicho ente estatal.

2º Habiendo cumplido los requisitos legales del caso, fue inscrito debidamente en "carrera administrativa" por Resolución número 735 de 1973, del Departamento Administrativo del ramo, al tenor de lo preceptuado en el inciso 1º del artículo 42 y en el artículo 45 de los Decretos leyes 2400 y 3074 de 1968.

3º Habiendo sido relevado de su cargo, el Consejo de Estado declaró nulos los actos consiguientes y ordenó el reintegro al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o superior categoría, según sentencia de 26 de octubre de 1978.

4º En cumplimiento de este fallo, el hoy actor fue reintegrado al cargo de gerente regional de Medellín y, más tarde, fue trasladado al de "asistente II de la presidencia", oficina de Planeación.

5º De este último cargo fue suspendido (Resolución núm. 4590 de 29 de julio de 1981), obedeciendo orden del Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Cali.

6º Estando suspendido y sin esperar a que se decidiera su situación jurídica penal, se profirió el acto demandado (Resolución 034000-5524 de 21 de septiembre de 1982), decretando la insubsistencia de su nombramiento como asistente II de la presidencia "con fundamento en un oficio de la oficina jurídica de la empresa, según el cual podía hacerse uso de esta medida, por la urgencia en la necesidad de que un funcionario cumpliera las funciones que venía desempeñando el doctor Martínez Magaña, para no entorpecer la actividad de la oficina de Planeación".

Estima el actor que el acto acusado es violatorio de las disposiciones sobre "carrera administrativa", amén que se produjo "estando mediante el resultado judicial del proceso que cursaba en el juzgado de Cali" y "desde luego con manifiesta falsa motivación en cuanto a la provisión del cargo que venía desempeñando el doctor Martínez Magaña".

Como disposiciones violadas se citaron en el libelo las que a continuación se enumeran: artículos 2º, 26 y 30 de la Constitución; artículos 12, 13, 14, 26 y 46 del Decreto 2400 de 1968; artículos 180 y 241 del Decreto 1950 de 1973, el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo vigente para la época, y el Decreto 3074 de 1968.

En el concepto de la violación se argumenta que TELECOM, o mejor, la presidencia de la empresa, no ejercitó sus atribuciones conforme a derecho al expedir el acto acusado porque desconoció el espíritu y la letra de las normas que reglamentan el ingreso y la permanencia en los cargos de carrera, puesto que carece de la facultad de libre nombramiento y remoción para los funcionarios vinculados a ella, que gozan de la garantía de estabilidad relativa, y cuya remoción debe hacerse por los motivos taxativamente enunciados en la ley.

Este proceso, desaparecido durante los sucesos de 6 y 7 de noviembre de 1985 en el Palacio de Justicia de Bogotá, fue reconstruido según las pautas del Decreto extraordinario 3825 de dicho año, y así se dispuso por auto de nueve (9) de abril de mil novecientos ochenta y siete (1987), quedando en la etapa de traslado a la agencia del Ministerio Público ante la corporación. De esta suerte, la Fiscalía Quinta del Consejo de Estado emitió la siguiente vista:

> "Se pretende en el presente caso, dilucidar si le asiste razón al demandante para que sea anulado el acto acusado contenido en la Resolución número 034000-5524 de 21 de septiembre de 1982, proferida por el presidente de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones 'TELECOM', por medio del cual se le declaró insubsistente del cargo de asistente II, código 0356, categoría Z en la presidencia, oficina de Planeación.

"Se demostró en este proceso, según certificación que obra en el folio 200 del cuaderno de pruebas, que el demandante, Antonio Martínez Magaña se vinculó a la Empresa Nacional de Telecomunicaciones el 8 de octubre de 1969 en el cargo de gerente seccional de Cali. Mediante Resolución número 735 de 18 de mayo de 1973, proferida por el jefe del Departamento Administrativo del Servicio Civil, fue inscrito en el escalafón de la carrera administrativa en el empleo de *gerente regional* (fls. 54 y 55 cdno. principal) (subrayas de la Fiscalía).

"Tal cargo de gerente regional lo desempeñó hasta el 9 de marzo de 1975. Luego en cumplimiento de un fallo del Consejo de Estado que ordenó el reintegro fue nombrado en el cargo de gerente regional en Medellín.

"Posteriormente pasó a desempeñar el cargo de asistente II en la presidencia, oficina de Planeación, tomó posesión el 15 de mayo de 1979, según Acta número 4497.

"No demostró el actor en ningún momento que tal cargo fuera de inferior categoría, antes por el contrario, todo parece indicar que le fue asignado un cargo de superior categoría que obviamente no le otorgaba ningún amparo de estabilidad mientras no concursara y obtuviera la inscripción en el escalafón de la carrera administrativa correspondiente a esa posición.

"En el libelo se controvierte tal declaratoria de insubsistencia con base en que al actor ha debido adelantársele proceso disciplinario previo, lo que obviamente no resultó acertado alegar, ya que la situación creada por el proceso penal que se le seguía, lo que hizo fue causar trastorno a la buena marcha de la administración.

"En efecto, a folio 296 del cuaderno de antecedentes administrativos obra copia del oficio número 225 de 12 de mayo de 1981, del Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Cali, solicitando suspender al señor Antonio José Martínez Magaña en el ejercicio de las funciones del cargo de asistente en la presidencia, oficina Asesora de Planeación de TELECOM. Mediante Resolución número 04590 de 29 de julio del mismo año, emanada de la presidencia de TELECOM, el demandante fue suspendido en el ejercicio de su cargo (fl. 9 cdno. ppal.).

"A juicio de este despacho, no era necesario la apertura de un proceso disciplinario o investigación porque no se requería establecer hechos que aparecen suficientemente pro-

bados, ni el funcionario ocupaba, un cargo de carrera administrativa como erróneamente se afirma en el acto acusado.

"Se ha sostenido siempre que el ejercicio de la facultad de libre remoción no debe hacerse en forma arbitraria, sino que debe obedecer a motivos o causas que perturben el buen servicio.

"Es claro que la situación del actor frente a la justicia penal, y el estar suspendido durante más de un año, más que una falta constituía un factor grave de perturbación para el buen desempeño de su cargo.

"Aparece, entonces, en opinión de este despacho, legítimo y conforme al buen servicio recurrir a la declaratoria de insubsistencia para desvincular al señor Antonio José Martínez Magaña de la entidad por las causas ya anotadas, no presentándose por tanto la desviación del poder, ni la falsa motivación, ni la necesidad de proceso disciplinario previo.

"Así las cosas, el acto administrativo por medio del cual se declaró insubsistente al señor Martínez Magaña, es plenamente válido y su legalidad no ha sido desvirtuada dentro de este proceso.

"Por lo expuesto, esta agencia del Ministerio Público se permite conceptuar solicitando se nieguen las súplicas de la demanda".

No observando entonces la Sala causal de nulidad que invalide lo actuado, entra a decidir lo que fuere del caso, previas las siguientes

Consideraciones:

El asunto *sub judice* consiste entonces en dilucidar si el actor, en su condición de funcionario escalafonado en carrera administrativa en el cargo de gerente regional, pero en ejercicio de un empleo diferente a aquel en el cual había sido inscrito —el de asistente II de la presidencia, oficina de Planeación—, podía ser desvinculado del servicio mediante declaratoria de insubsistencia, como se hizo por Resolución 0034000-5524 de 21 de septiembre de 1982.

Bien es sabido que el funcionario inscrito en la carrera administrativa tiene derecho a permanecer en su cargo mientras desempeñe con honestidad, lealtad y eficiencia las atribuciones y deberes propios que le correspondan y que únicamente podrá ser desvinculado por las causales y mediante los procedimientos señalados en las normas jurídicas del caso. En otras palabras, que mientras en juicio disciplinario no se demuestre, con la plena observancia del derecho de defensa, una causal de separación del cargo, ha de permanecer en él.

También existen causales para declarar la insubsistencia, pero excepcionalmente, y ellas se refieren al bajo rendimiento en el cargo, que se evidencia a través de las calificaciones. Como no fue esa la situación, sino que la oficina jurídica conceptuó que, ante el hecho cierto de la acefalía por estar suspendido el hoy actor por orden de la justicia penal ordinaria, lo que no está contemplado en las disposiciones aludidas, la Sala ha de concluir que el acto acusado infringió reglas de carácter superior. El artículo 240 del Decreto 2400 de 1968 no contempla dicha posibilidad.

Esta Sección Segunda y la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo han estimado que cuando un funcionario inscrito o promovido en carrera administrativa en un determinado cargo, pasa a otro, como ocurrió en el caso del doctor Martínez Magaña, no pierde por ese solo hecho su escalafón y, por ende, continúa gozando de todos los derechos inherentes a la carrera, entre los cuales se encuentra el de la estabilidad. El artículo 47 del Decreto 2400 de 1968 da base para esta afirmación, pues indica 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, sigue anotando la doctrina en cuestión, la pérdida del escalafonamiento por pasar a otro cargo, así sea este de superior categoría a aquel 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 este por pasar a ocupar un cargo de libre nombramiento y remoción, fue declarado inexequible por la Corte Suprema de Justicia precisamente por considerar que ese sería una forma fácil para que la administración, por su propia iniciativa, pusiera fin a la carrera valiéndose de la imposibilidad práctica del empleado, de negarse a aceptar tal nombramiento.

Por todo ello, para la jurisprudencia acogida por esta Sección y reafirmada por la Sala Plena al dirimir un empate presentado en aquella, 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 aun 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 las causas legales y previo el adelantamiento de un proceso disciplinario, salvo que se imponga la insubsistencia a causa de la calificación deficiente. Si ocupa 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 en 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 por 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 garantía de estabilidad.

Podría surgir un reparo a lo anterior, consistente en que se reconozca un derecho no pedido por el demandante, quien solicitó como consecuencia de la nulidad del acto de desvinculación, ser reintegrado al cargo que desempeñaba o a otro de igual o superior categoría. No considera la Sala, no obstante, 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 respectivos demandantes. El reconocimiento parcial se ajusta a derecho.

El vicio, pues, del acto acusado, se halla en el desconocimiento de los derechos del demandante como empleado de carrera administrativa, dado que para separarlo del servicio se utilizó la medida de la insubsistencia del cargo sin que se dieran las situaciones que la ley contempla para el caso de inscritos en escalafón.

(Quepa advertir que el consejero ponente que ha redactado el presente fallo no participa enteramente de las tesis que se han expuesto en las consideraciones de esta sentencia. Pero, en atención a que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo así lo ha sentado, acata reverente tal doctrina y en tal forma la ha vertido para decidir el caso *sub lite*).

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 Es nula la Resolución número 034000-5524 de 21 de septiembre de 1982, mediante la cual el señor presidente de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones —"TELECOM"— declaró insubsistente el nom-

bramiento hecho al doctor Antonio José Martínez Magaña, como "asistente II, código 0356, categoría Z, en la presidencia, oficina de Planeación".

2º Como consecuencia de la anterior nulidad y a manera de restablecimiento del derecho, la Empresa Nacional de Telecomunicaciones —"TELECOM"— reintegrará al doctor Antonio José Martínez Magaña al cargo de "gerente regional" en el que está escalafonado en carrera administrativa, y le pagará todos los sueldos, primas, bonificaciones y demás emolumentos y prestaciones sociales dejadas de devengar desde cuando fue desvinculado del servicio hasta cuando sea reintegrado al mismo, teniendo en cuenta para ello las variaciones del salario.

3º De la suma que resulte en favor del señor Martínez Magaña se descontará lo que hubiere recibido de entidades públicas por el mismo concepto.

4º Para efectos de prestaciones sociales se entenderá que no ha habido solución de continuidad en el ejercicio de las funciones.

5º Deniéganse las demás peticiones de la demanda.

6º La Empresa Nacional de Telecomunicaciones dará cumplimiento a esta sentencia dentro del término señalado en el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Una vez ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente.

La anterior sentencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 5 de mayo de 1989.

Alvaro Lecompte Luna, Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, con salvamento de voto; *Clara Forero de Castro.*

Miguel A. Perilla P., Secretario Sección II.

CARRERA ADMINISTRATIVA. NOMBRAMIENTO EN OTRO CARGO. DERECHOS DEL ESCALAFONADO. (Salvamento de voto).

La vinculación a la carrera es necesariamente en un determinado destino para el cual concursa el aspirante y cuyas exigencias debe cumplir para acceder a él como funcionario de carrera. Si pasa a otro cargo y desea continuar con el fuero, debe actualizar en este nuevo cargo su vinculación a la carrera.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., dieciséis de mayo de mil novecientos ochenta y nueve.

Referencia: Expediente número 1778. Reconstrucción. Unica instancia.

Actor: Antonio José Martínez Magaña.

Como he tenido oportunidad de señalarlo en casos anteriores, no comparto el criterio de que un funcionario inscrito en el escalafón de una carrera pueda conservar su fuero en cargos diferentes y pueda, en consecuencia, saltar de un cargo a otro o pasearse por todos los cargos de una institución ostentando su fuero, pues, como lo expresa la propia sentencia de cuyas conclusiones discrepo "no existe reclasificación automática en el escalafón, como no existe tampoco inscripción automática en el mismo" (fl. 105).

La vinculación a la carrera es necesariamente en un determinado destino para el cual concursa el aspirante y cuyas exigencias debe cumplir para acceder a él como funcionario de carrera. Si pasa a otro cargo y desea continuar con el fuero, debe actualizar *en este nuevo cargo* su vinculación a la carrera.

El artículo 47 del Decreto 2400 de 1968 que se cita en la sentencia y que indica en qué casos se pierde la condición de funcionario de carrera por *cesación definitiva en el ejercicio de las funciones*, no puede referirse sino al cargo en que el funcionario se encuentra inscrito en la carrera, pues no existe inscripción *"in abstracto"* o genéricamente para cualquier empleo. Es obvio, por lo demás, que si el empleado pasa a cumplir otras funciones en forma definitiva, hay "cesación definitiva en el ejercicio de las funciones" del cargo a que estaba vinculado por inscripción en la carrera.

Es lógico pensar que el legislador fue sensato al exigir que para el ingreso a la carrera en un cargo han de acreditarse los requisitos que sus funciones exigen y concursarse directamente para el mismo. Igualmente, es lógico que, si el funcionario de carrera cesa definitivamente *en el ejercicio de esas funciones*, termina su vinculación a la carrera. Siempre en relación con ese cargo específico, vale decir, en las funciones que corresponden a ese cargo, no a cualquier cargo que en el futuro pueda desempeñarse o que se haya desempeñado en el pasado.

Por eso, no estimo acertada la afirmación de que "cuando un funcionario inscrito o promovido en carrera administrativa en un determinado cargo pasa a otro, como ocurrió en el caso del doctor Martínez Magaña, no pierde por ese solo hecho su escalafón y, por ende, continúa gozando de todos los derechos inherentes a la carrera, entre los cuales se encuentra el de estabilidad".

En tal caso, existe cesación definitiva en el ejercicio de las funciones del cargo a que el funcionario estaba vinculado por su inscripción en el escalafón.

Son inquietudes estas que, pese a la decisión de la Sala Plena, me impiden aceptar aquellos criterios.

Reynaldo Arciniegas Baedecker.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., veintiocho de junio de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente número 1778. Autoridades nacionales (reconstrucción).

Actor: Antonio José Martínez Magaña.

Solicita el apoderado del actor se aclare la parte resolutiva de la sentencia proferida por esta Sala a doce de mayo del corriente año de mil novecientos ochenta y nueve "para que se establezca si los salarios, primas y vacaciones dejados de percibir por mi poderdante, ordenados pagar, deben hacerse efectivos teniendo en cuenta el cargo que venía desempeñando como asistente II código 0356 en la presidencia de la empresa —oficina de Planeación— o en el cargo de gerente regional de la misma empresa al cual se ordena reintegrar".

Ahora bien, de conformidad con la disposición del artículo 309 del Código de Procedimiento Civil, pueden aclararse en auto complementario "los conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contemplados en la parte resolutiva de la sentencia o influyan en ella".

En el fallo *sub lite* se dispuso respecto a lo que se solicita sea aclarado "que como consecuencia de la anterior nulidad y a manera de restablecimiento del derecho, la Empresa Nacional de Telecomunicaciones —'TELECOM'—, reintegrará al doctor Antonio José Martínez Magaña al cargo de 'gerente regional' en el que está escalafonado en carrera administrativa, y le pagará todos los sueldos, primas, bonificaciones y demás emolumentos y prestaciones sociales dejados de devengar desde cuando fue desvinculado del servicio hasta cuando sea reintegrado al mismo, teniendo en cuenta para ello las variaciones del salario".

Tal vez porque el actor Martínez Magaña fue desvinculado del servicio cuando desempeñaba el cargo de asistente II, código 0356, categoría Z, en la presidencia, y no cuando atañe al empleo en el que estaba inscrito en carrera administrativa, pueden surgir motivos de duda acerca de si los emolumentos a que tiene derecho a que se

le paguen a título de restablecimiento del derecho son los que devengaba en el cargo primeramente mencionado, teniendo en cuenta para ello las variaciones del salario, o si son aquellos que correspondan al cargo de "gerente regional", que es el cargo respecto al cual se ordena el reintegro, también a título de restablecimiento del derecho e igualmente "teniendo en cuenta para ello las variaciones del salario".

Entonces el derecho que se ordena restablecer emerge del cargo en el cual estaba inscrito en carrera administrativa, los sueldos, primas, bonificaciones y demás emolumentos y prestaciones sociales se refieren a los propios del empleo al que tenía derecho a permanecer por esa circunstancia, o sea por estar vinculado a él por carrera administrativa, como se explica en la parte considerativa de la providencia.

Es de aclararse, pues, el segundo acápite de la parte resolutiva de la sentencia en el sentido indicado.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda,

Resuelve:

Aclárase el segundo acápite de la parte resolutiva de la sentencia de doce (12) de mayo de mil novecientos ochenta y nueve (1989) dictada en este asunto, en el sentido de que los sueldos, primas, bonificaciones y demás emolumentos que han de ser pagados, teniendo en cuenta para ello las variaciones del salario, son los que correspondan al cargo de "gerente regional" en la Empresa Nacional de Telecomunicaciones —"TELECOM"—.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 23 de junio de 1989.

Alvaro Lecompte Luna, Reynaldo Arciniegas Baedecker, ausente; *Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forrero de Castro.*

Miguel A. Perilla P., Secretario Sección II.

SUSTITUCION PENSIONAL.

La Ley 64 de 1947 que consagraba la sustitución pensional por 2 años, ya no regía cuando falleció la titular del derecho a pensión, por haber sido sustituida por normas posteriores como la Ley 171 de 1961 y el Decreto 3135 de 1968 que se refieren a transmisión de pensiones nacionales, y la concedida por la Ley 114 de 1913, como un beneficio especial a los maestros por servicios prestados a los departamentos y municipios, es una pensión nacional.

Aceptando que la pensión pueda transmitirse a los beneficiarios de pensiones indicados en la ley, tendríamos que en efecto la Ley 44 de 1977 sólo se refiere a quienes hubieren disfrutado de pensión sustitutiva prevista en la Ley 171 de 1961, Decreto 3135 de 1968, Decreto 434 de 1971, Ley 33 de 1973 y Ley 12 de 1975.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., quince de mayo de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejera ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente número 642. Recurso extraordinario de anulación.

Actor: José Guillermo Pinilla Pinilla.

José Guillermo Pinilla Pinilla, por conducto de apoderado, interpuso recurso extraordinario de anulación contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 7 de diciembre de 1985 en el proceso de restablecimiento del derecho entablado por aquel contra unas resoluciones de la Caja Nacional de Previsión, por las cuales se le negó el derecho a disfrutar de una sustitución pensional.

La sentencia recurrida:

En la sentencia impugnada se negaron las pretensiones de la demanda, considerándose lo siguiente:

Que la causante, señora María Elsa Olarte de Pinilla, disfrutaba de la "pensión gracia", creada por la Ley 114 de 1913 en favor de los maestros de escuelas primarias oficiales que hubieren servido en el magisterio por no menos de veinte años.

Que esta pensión es "una prestación especialísima que se obtiene y se pierde por motivos diferentes a la pensión de jubilación reconocida por leyes posteriores y a la cual se refieren las normas sobre sustitución pensional".

Agrega el Tribunal:

> "Particularmente la Ley 44 de 1977, que invoca el actor, en su artículo 1º reconoce este derecho a quienes hubieren disfrutado de la sustitución prevista en la Ley 171 de 1961, en el Decreto ley 3135 de 1968, el Decreto 434 de 1977, la Ley 33 de 1973 y la Ley 12 de 1975.
>
> "Es decir, que la ley es aplicable exclusivamente a los beneficiarios de sustitución pensional en virtud de las normas legales expresamente citadas, que únicamente cobijan las pensiones de jubilación propiamente dichas, las de invalidez y vejez, pero que para nada mencionan la pensión gracia de la Ley 114 de 1913, entre cuyas características está también la de ser compatible con las pensiones que la Nación o el Departamento puedan conceder al agraciado" (fls. 70 y 71 cdno. 2).

Formulación de cargos contra la Sentencia del Tribunal:

En el escrito de interposición del recurso extraordinario de anulación se acusa la sentencia del Tribunal de violación directa, por falta de aplicación, de la Ley 64 de 1947, del artículo 19 del Decreto ley 434 de 1971, del artículo 10 de la Ley 10 de 1972, de la Ley 33 de 1973, del artículo 1º de la Ley 12 de 1975 y de la Ley 44 de 1977, por las razones siguientes:

> "...es evidente que la sentencia acusada viola de manera ostensible las anteriores normas, pues habiendo tenido el actor Guillermo Pinilla un derecho causado a sustituir a su esposa en la pensión de que ésta disfrutaba, aunque no hubiese ejercitado ese derecho por haberlo dejado en favor de

su hija, la sentencia del Tribunal le niega ese derecho, pretextando, mediante una jurisprudencia insostenible, que las pensiones de que trata la Ley 114 de 1913, que denomina 'pensión gracia', no son objeto de sustitución pensional porque el legislador no se ha ocupado de decirlo.

"... ... ...

"Conclusiones:

"a) La falta de aplicación de las normas invocadas en la demanda, en el alegato de conclusión y que son las mismas que se repiten en este escrito sustentatorio del recurso de anulación, indujo al Tribunal a violarlas en forma directa, tal como se deja expresado.

"Como en la parte motiva de la sentencia no se estudiaron las normas legales de carácter sustantivo que reglamentan el derecho a la sustitución pensional, es obvio que no se aplicaron, y por este error judicial se concluye en la parte resolutiva con la negación de las pretensiones del demandante, a quien se le lesiona su derecho particular, cuyo restablecimiento es imperativo para el juez de la administración pública, como así lo solicito" (fls. 4 a 5 y 6 cdno. 3).

En el concepto fiscal se solicitó declarar desierto el presente recurso por no haberse cumplido con el requisito del numeral 3 del artículo 199 del Código Contencioso Administrativo "pues la formulación de los cargos y del concepto de la violación no resulta acertada".

Cumplido el trámite de ley y no observándose causal de nulidad procesal, se decide mediante las siguientes,

Consideraciones:

Según jurisprudencia constante del Consejo de Estado, para que un recurso extraordinario de anulación pueda prosperar, es indispensable constatar la violación directa de normas constitucionales o legales, quedando excluida así la posibilidad de analizar disposiciones de naturaleza diferente, o de tener en cuenta pruebas para establecer situaciones de orden fáctico.

En el presente caso en verdad no se aprecia la violación directa de las disposiciones legales invocadas.

En primer lugar, de la Ley 64 de 1947 no se cita ningún artículo, ni tampoco se citó en la demanda inicial. Esta ley que consagraba sustitución pensional por dos años, ya no regía en el año de 1970, cuando falleció la titular del derecho a pensión, por haber sido sustituida por normas posteriores como la Ley 171 de 1961 y el Decreto 3135 de 1968 que se refieren a transmisión de pensiones nacionales, y la concedida por la Ley 114 de 1913, como un beneficio especial a los maestros por servicios prestados a los departamentos y municipios es una pensión nacional.

Aceptando en gracia de discusión que esta pensión pueda transmitirse a los beneficiarios de pensiones indicados en la ley, tendríamos que en efecto la Ley 44 de 1977, invocada por el recurrente, sólo se refiere a quienes hubieren disfrutado de pensión sustitutiva prevista en la Ley 171 de 1961, Decreto 3135 de 1968, Decreto 434 de 1971, Ley 33 de 1973 y Ley 12 de 1975.

Y el recurrente no ha disfrutado de tal pensión sustitutiva porque, como él mismo lo afirma, no la reclamó.

Habiendo sido ese derecho temporal, es decir de 2 años primero y de 5 después, en el año de 1981, luego de transcurridos más de 10 años desde el fallecimiento de su esposa, el señor José Guillermo Pinilla no podía pretender aplicación de la Ley 44 de 1977, pues había dejado prescribir su derecho a la sustitución temporal y por tanto no encajaba su caso en los supuestos de dicha ley.

Estando de por medio todas esas situaciones fácticas, es evidente que ninguna de las disposiciones invocadas por el recurrente aparece infringida en forma directa por el Tribunal en sentencia.

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 contra la sentencia de 7 de diciembre de 1985 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el proceso iniciado por el señor José Guillermo Pinilla Pinilla.

Cópiese, notifíquese y una vez ejecutariada esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada el día 9 de mayo de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

Alvaro Lecompte Luna, Aydée Anzola Linares, con salvamento de voto; *Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro.*

Miguel A. Perilla P., Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA DOCTORA AYDEE ANZOLA LINARES

SUSTITUCION PENSIONAL.

La correcta interpretación de la Ley 44 de 1977 debe conducir, por el contrario, a que con mayor razón, tienen ese derecho quienes siendo titulares de la sustitución no la hubieren disfrutado por no haberla reclamado, pues, con la interpretación de la sentencia de la cual me aparto se coloca a tales titulares como si en realidad no lo hubieran sido y en estas materias de seguridad social, de pensiones, ello es injusto.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION. Prosperidad.

Es obvio que toda norma jurídica, toda demanda y todo recurso extraordinario, deben tener unos supuestos fácticos. Y si por ello no pudiere presentarse una violación directa de la ley, esta no podría configurarse nunca.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.—

Referencia: Expediente número 642. Anulación.

Actor: José Guillermo Pinilla P.

Con todo respeto, por dos razones me veo en la necesidad de salvar el voto.

1ª Existen dos grupos de personas que no disfrutan de una sustitución pensional: a) quienes no son titulares de ella y b) quienes siendo titulares no la reclaman.

No existe duda de que el demandante era titular del derecho a la sustitución pensional, tanto que la sentencia de la cual me aparto dice que lo dejó prescribir. Pero, no se le concede porque la Ley 44 de 1977 lo tiene establecido para quienes "hayan disfrutado de la sustitución pensional".

Pienso que la correcta interpretación de la Ley 44 de 1977 debe conducir, por el contrario, *a que con mayor razón,* tienen ese derecho

quienes siendo titulares de la sustitución no la hubieren disfrutado por no haberla reclamado, pues, con la interpretación de la sentencia de la cual me aparto se coloca a tales titulares como si en realidad no lo hubieran sido y en estas materias de seguridad social, de pensiones, ello es injusto.

2ª Se dice que "Estando de por medio todas esas situaciones fácticas, es evidente que ninguna de las disposiciones invocadas por el recurrente aparece infringida en forma directa por el Tribunal en su sentencia". Tales situaciones fácticas son estas: Que la esposa falleció en determinada fecha; que el demandante no reclamó la sustitución pensional por dos años ni por cinco; que después de más de diez años de fallecida su esposa pretende la aplicación de la ley.

Pero, si se estudia con cuidado el recurso se verá que ni la sentencia impugnada, ni el recurrente, dice lo contrario o ponen en duda tales situaciones fácticas.

Es obvio que toda norma jurídica, toda demanda y todo recurso extraordinario, deben tener unos supuestos fácticos. Y si por ello no pudiere presentarse una violación directa de la ley, esta no podría configurarse nunca.

A mi manera de ver, el aspecto fáctico que impide la violación directa, es el necesario para la violación *pero que se discute, se cuestiona,* por lo cual primero habría que aclararlo o establecerlo, en cuya hipótesis la violación no sería directa.

En el presente caso, nadie, ni la parte demandada, ni la sentencia impugnada, ni el recurso, ha discutido la situación fáctica. Este es el típico caso de puro derecho.

Bogotá, D. E., mayo 15 de 1989.

Aydeé Anzola Linares.

EMPLEADOS DEL CONGRESO. Estabilidad.

Los artículos 3º de la Ley 28 de 1983 y 3º de la Ley 52 de 1978 consagran para los 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.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., dieciseis de mayo de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejera ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente número 2497. 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 solicitando la declaración de nulidad de la Resolución número 109 de 20 de julio de 1986 de la Comisión de la Mesa de la Cámara de Representantes, por la cual se decidió "declarar en interinidad a los siguientes empleados que conforman la planta de personal de esta Corporación..."

En la demanda se citaron como normas violadas con la expedición de la resolución acusada, los artículos 2º, 16, 20, 30, 62, 75 y 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 01 de 1984.

En el concepto de la violación se hacen los siguientes planteamientos:

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 al personal que presta servicios en la Cámara de Representantes.

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 causa de mala conducta u otra causa justa. Al terminar el período pueden ser libremente removidos. Pero si ya se inició uno nuevo y los empleados no fueron reemplazados, los cobija la norma sobre estabilidad por el período legislativo.

"Ingenuamente, la Comisión de la Mesa de la Cámara de Representantes creyó que declarando en interinidad a los empleados de la Cámara, 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. Se citan dos sentencias sobre la aplicabilidad del artículo 2º de la Ley 54 de 1968 a los empleados designados en interinidad o en propiedad por las cámaras legislativas y las comisiones constitucionales.

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.

Al expedirse la resolución acusada, la Comisión de la Mesa directiva de la Cámara de Representantes desbordó su competencia, con el ejercicio de facultades privativas del Congreso pleno mediante ley, porque, de conformidad con los artículos 62, inciso 1º, 75 y 76, ordinal 92 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.

Dicha comisión de la mesa no podía desmejorar la situación laboral de los empleados de la Cámara al declararlos en interinidad para impedir la aplicación de las garantías de las Leyes 52 de 1978 y 28 de 1983.

Se violó el artículo 30 de la Constitución Nacional, al pretender derogar o suspender las prerrogativas establecidas en la ley sobre la 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.

En el concepto fiscal se planteó, primeramente, la imposibilidad de fallar de fondo este proceso por ausencia del presupuesto procesal de capacidad del actor para ser parte legítima puesto que se controvierte un acto administrativo creador de situaciones subjetivas, indi-

viduales o personales de ciertos empleados de la Cámara de Representantes. Subsidiariamente, estimó la Fiscalía que debe anularse el acto administrativo acusado, por falta de competencia de la mesa directiva para establecer la figura jurídica de la interinidad de los empleados de esa Cámara, debido a que esta facultad es privativa del legislador.

Cumplido el trámite de ley y no observándose causal alguna de nulidad procesal, se decide mediante las siguientes

Consideraciones:

La Comisión de la Mesa de la honorable Cámara de Representantes expidió la resolución enjuiciada, declarando en interinidad, a partir de 20 de julio de 1986, todo el personal de planta que prestaba sus servicios en la Cámara de Representantes y cuya vinculación se hizo con fundamento en la Ley 52 de 1978.

Aun cuando luego se menciona cada uno de ellos, no hay duda acerca de que cobija la totalidad del personal de planta. Por esa razón, y tomándola como disposición general en la cual se constató el hecho del vencimiento de un período legal, puede admitirse que contra tal resolución cabe la acción de nulidad, en interés del orden jurídico.

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 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, tales 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 de la Cámara de Representantes, en aplicación de la comentada normatividad y ante la circunstancia de que el período constitucional dentro del cual había sido nombrado el personal de planta de la Cámara, 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 declaratoria de interinidad del personal de planta a partir de 20 de julio de 1986 no significaba violación o desconocimiento de derecho alguno de esos empleados y menos del de su estabilidad en el período constitucional en el que fueron nombrados, pues este 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 ejerciendo el cargo tenía el carácter de interino.

La resolución acusada no es ilegal sino inútil; no cambió ni desmejoró la situación de los empleados del Congreso 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 la normatividad reguladora de la competencia de la Mesa Directiva de la Cámara de Representantes que resulta 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 provisional de la Resolución número 109 de 20 de julio de 1986, proferida por la Comisión de la Mesa de la

honorable Cámara de Representantes, 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 doce (12) de mayo de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

Alvaro Lecompte Luna, Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecder, Clara Forero de Castro.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

RETIRO DEL SERVICIO. ABANDONO DEL CARGO.

El retiro del servicio obedeció a que el actor no se reintegró oportunamente al cargo a la terminación del permiso que le fue concedido, resultando inconducente la justificación de la ausencia con constancias de incapacidades y certificados médicos expedidos con varios años de anterioridad.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., dieciseis de mayo de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

Proyectó: Doctor José Alberto Roldán B. Magistrado auxiliar.

Referencia: Expediente número 1180. Reconstrucción. Apelación sentencia.

Actor: José Ricardo Pinzón Leal.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del actor contra la sentencia de 10 de mayo de 1984, por la que el Tribunal Administrativo del Norte de Santander deniega las súplicas de la demanda (fls. 10-21).

Por haber desaparecido en el incendio del Palacio de Justicia, el expediente fue reconstruido con arreglo al Decreto 3825 de 1985.

Agotado el trámite de rigor y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes

Consideraciones:

Por conducto de apoderado, en ejercicio de la acción que consagraba el artículo 67 del Código Contencioso Administrativo anterior, pretende el actor se declare la nulidad de la Resolución 00871 de 11 de marzo de 1983 del director general del Instituto de Seguros Sociales, por la que se le retiró del servicio por abandono del cargo a partir de 6 de febrero de 1983 (fl. 22), con el consiguiente restablecimiento del derecho (fls. 2-8).

Afirma el actor en su libelo que, por estar "vinculado al Instituto de Seguros Sociales por un contrato de trabajo le son aplicables las normas laborales previstas en el Código Sustantivo del Trabajo y no las normas especiales aplicables a los funcionarios de la seguridad social. Si el Instituto quería desvincular al doctor Pinzón ha debido acudir a la figura jurídica de la terminación del contrato de trabajo y no a la declaratoria de vacancia por abandono del cargo, figura esta que es extraña al Código Sustantivo del Trabajo".

Y agrega:

> "El director del Instituto de Seguros Sociales tiene competencia para aplicar el Decreto 1651 a los empleados públicos de seguridad social y para aplicar las normas del Código Sustantivo del Trabajo a los trabajadores oficiales de la entidad a su cargo. Pero no tiene competencia legal para aplicar el Decreto 1651 y normas concordantes a los trabajadores oficiales vinculados por contrato de trabajo, ni para aplicar el Código Sustantivo de Trabajo a los empleados públicos...
>
> "Al carecer de competencia para aplicarle al doctor José Ricardo Pinzón Leal, trabajador oficial vinculado por contrato de trabajo, la figura jurídica de la vacancia del cargo, el director general de la entidad incurrió en el abuso de poder de que habla el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, lo que hace que la Resolución 871 deba ser declarada nula" (fls. 2-8).

Al respecto, se observa que el demandante se desempeñó como profesional de la medicina al servicio del instituto demandado. Luego es absurdo pretender que no era funcionario de la seguridad social. Conforme al Decreto 1651 de 1977, que cita el actor, no son funcionarios de seguridad sino trabajadores oficiales las personas que cumplan funciones relacionadas con las actividades de "aseo, jardinería, electricidad, mecánica, cocina, celaduría, lavandería, costura, planchado de ropa y transporte" (art. 3º).

Por otra parte, en el testimonio transcrito en la sentencia, del doctor Jorge Omar Ayala Carrillo, jefe de consulta externa del Instituto de Seguros Sociales, se narran los siguientes hechos sobre el demandante:

> "En marzo de 1981 salió de vacaciones y no se reintegró. En marzo de 1982 salió de vacaciones y tampoco se reintegró. Posteriormente presentó una incapacidad. En esas dos oportunidades la gerencia estuvo a punto de destituirlo por no presentar las correspondientes justificaciones de su ausencia y traumatizar o entrabar la prestación de los servicios médicos de consulta externa y de urgencias. El 3 y 4 de febrero de 1983 solicitó un permiso para viajar a la ciudad de

> Bogotá con el motivo de asistir a un matrimonio de su hermano y el lunes 7 de febrero del mismo año se comunicó telefónicamente conmigo informando que no se podía presentar a trabajar por encontrarse en chequeo médico, no autorizado por el Instituto ni por médico del mismo" (fl. 19).

Más adelante agrega el testigo:

> "Como el doctor Pinzón tenía serios antecedentes por abandono del cargo hablé personalmente con el urólogo que lo trataba en el Instituto de Cúcuta doctor Manuel Díaz y me explicó que él no consideraba que el doctor Pinzón padeciera alguna enfermedad que lo incapacitara durante tantos años y por tanto tiempo. De esta manera se lo informé a las directivas del Instituto así como de las anteriores ausencias de su trabajo" (fl. 19).

En cambio, dice el apelante que "la sentencia recurrida desconoce el valor jurídico de la incapacidad médica que le fue concedida al doctor Pinzón Leal por un médico al servicio del Instituto de los Seguros Sociales" (fl. 24).

¿A cuál incapacidad y a cuál médico se refiere? Al expediente el demandante allegó incapacidades que datan de 1977, 1978, 1979, 1980, 1982 y 1983 y dos certificados médicos en cuyo membrete se lee "doctor Luis A. Blanco Gutiérrez", el uno de 22 de febrero de 1980 y el otro de 5 de marzo de 1982 (fls. 26-30).

Ahora bien: siendo que el retiro del servicio obedeció a que el actor no se reintegró oportunamente al cargo a la terminación del permiso que le fue concedido en 1983, es a todas luces inconducente la justificación de la ausencia con constancias de incapacidades y certificados médicos expedidos con varios años de anterioridad.

Por consiguiente, sólo cabría tener en cuenta la incapacidad que obra en fotocopia a folio 28 por enfermedad común por 53 días a partir de 7 de febrero de 1983, días subsiguientes al vencimiento del permiso en referencia. Para efectos de determinar si esta incapacidad era constitutiva de justa causa para que el demandante no se presentara a reasumir sus funciones permaneciendo en la ciudad de Bogotá, a donde había viajado "con el motivo de asistir a un matrimonio de su hermano", según se lee en la preinserta declaración del jefe de consulta externa doctor Ayala Carrillo, corresponde destacar que se trata de una incapacidad *"ambulatoria"*, como se señala en el texto de la misma, de lo cual se deduce que la enfermedad o el tratamiento a que ella se refiere no son de los que obligan a guardar cama.

Según declaró el citado testigo, el demandante lo llamó telefónicamente sólo para informarle "que no se podía presentar a trabajar

por encontrarse en chequeo médico, no autorizado por el Instituto ni por médico del mismo" (fl. 19).

Por lo tanto, resulta claro que el actor no reasumió sus funciones al vencimiento del permiso que le fue concedido para los días 3 y 4 de febrero de 1983, sin acreditar *justa causa* para no hacerlo (art. 126, Decreto 1950 de 1973), por lo que resulta forzoso confirmar la sentencia proferida por el *a quo*, que se ajusta a derecho.

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

Falla:

Confírmase la sentencia apelada proferida por el Tribunal Administrativo del Norte de Santander el diez (10) de mayo de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 5 de mayo de 1989.

Alvaro Lecompte Luna, Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker. Clara Forero de Castro.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

COMITE DE CLASIFICACION DE PELICULAS. CINEMATOGRAFIA.

Los motivos subjetivos del Comité de Clasificación no pueden servir de fundamento para prohibir la exhibición de una película, sino los motivos objetivos.

SUSPENDE PROVISIONALMENTE las Resoluciones números 0434 de diciembre 16 de 1988 y 019 de enero 10 de 1989, del Comité de Clasificación de Películas y la Resolución número 0220 de enero 16 de 1989 proferida por el Viceministro de Comunicaciones, por medio de las cuales se prohibió la exhibición pública en todo el territorio nacional, de la película "La Ultima Tentación de Cristo".

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., diecinueve de mayo de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Samuel Buitrago Hurtado.*

Referencia: Expediente número 1170. Autoridades nacionales.

Actor: Cinema International Corporation Ltda.

La persona jurídica denominada "Cinema International Corporation Ltda." con domicilio en esta ciudad, legalmente representada por el señor Maitland Pritchett, por conducto de apoderado judicial, presenta demanda en ejercicio de la acción de restablecimiento para que se declaren nulos los actos contenidos en las Resoluciones números 0434 de 16 de diciembre de 1988, por medio de la cual el Comité de Clasificación de Películas prohibió la exhibición pública en todo el territorio nacional, de la película "La Ultima Tentación de Cristo" de la firma distribuidora demandante; Resolución número 019 de enero 10 de 1989 también del Comité de Clasificación de Películas, confirmatoria de la anterior al decidir el recurso de reposición presentado contra ella y Resolución número 0220 expedida por el señor Viceministro de Comunicaciones el 16 de enero del año en curso, que desató el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución número 0434 de 1988, en el sentido de confirmarla en todas sus partes.

Y como restablecimiento del derecho de la demandante que se considera lesionado, solicita el señor apoderado, pedir y obtener la clasificación de la película para exhibirla públicamente en todo el territorio nacional.

Por venir la demanda ajustada a las disposiciones legales ha de admitirse. Y como en ella se pide de modo expreso decretar la suspensión provisional de los actos impugnados, el suscrito Consejero sustanciador procede a resolver sobre esta petición, como lo dispone el artículo 154 del Código Contencioso Administrativo.

Consideraciones:

Los actos acusados cuya suspensión provisional se impetra son los siguientes:

a) Resolución número 0434 de 16 de diciembre de 1988 del "Comité de Clasificación de Películas", por la cual se prohíbe la exhibición pública en todo el territorio nacional de la película "La Ultima Tentación de Cristo";

b) Resolución número 019 de 10 de enero de 1989 que resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la resolución anterior confirmando lo decidido en ella. Y

c) Resolución número 0220 de 16 de enero de 1989, por la cual el señor Viceministro de Comunicaciones desató el recurso de apelación interpuesto por la firma Cinema International Corporation Ltda. contra la Resolución número 0434 de 1988 en el sentido de confirmarla en todas sus partes.

La petición de suspensión provisional se funda concretamente en el quebranto del artículo 6º del Decreto-ley 2055 de 1970 y en que el perjuicio que están sufriendo el productor, el distribuidor y el presunto exhibidor de la película por concepto del lucro cesante causado por la prohibición, es de evidencia inmediata.

El artículo 152 del Código Contencioso Administrativo dice 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 nulidad del acto deberá aparecer comprobado, además aunque sea sumariamente, el perjuicio que sufre o que podría sufrir el actor.

"Que la medida se solicite y sustente de modo expreso, en la demanda o por escrito separado, antes de dictarse el auto admisorio de aquélla.

"Que la suspensión no esté prohibida por la ley".

La ley, pues, ha querido en desarrollo del precepto constitucional contenido en el artículo 193 de la Carta, poner en manos de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo la facultad de suspender los efectos del acto administrativo cuya nulidad se demanda, y si existe a su juicio la manifiesta violación que se alega de una norma superior de derecho y se trata de la acción de nulidad, la suspensión ha de decretarse. Si la demanda pide, además, el restablecimiento del derecho quebrantando, como en el caso presente, es necesario que también el perjuicio se compruebe, en orden tan sólo a la viabilidad del pedimento de suspensión provisional.

En el caso en examen, el perjuicio que a la demandante "Cinema International Corporation Ltda." se sigue con la negativa o prohibición de exhibir públicamente en todo el territorio nacional, la película "La Ultima Tentación de Cristo", es evidente.

Y de los actos acusados se predica que violan manifiestamente el artículo 6º del Decreto-ley 2055 de 1970 que dice:

"El artículo 156 del Decreto-ley 1355 de 1970 (Código Nacional de Policía) quedará así:

"Sólo podrán ser prohibidas las películas que inciten al delito o hagan su apología".

En las resoluciones impugnadas se dice que la película "La Ultima Tentación de Cristo" representa la versión impresionante de un Jesucristo contrario a las tradiciones de la religión católica, rebajado a la categoría de un pecador de carne y hueso, que hasta experimenta el sexo y el amor mundano, que se arrepiente en un momento dado de su condición de hijo de Dios o de su naturaleza sagrada, así sea bajo la forma de un delirio, de una fantasía o de una mirada retrospectiva a su comportamiento de santo, cuando se halla clavado en la cruz.

Considera el Comité de Clasificación de Películas que esa imagen de Cristo incitará al espectador de creencias católicas, en virtud del fanatismo o de exceso de convicciones, "a cometer delito de diversa índole para protestar por hecho tan grave que desacredita y, más aún, destruye el fundamento mismo de su religión; como incitará, también, en señal de repudio, al de otras creencias religiosas pero que veneran su dimensión bíblica de un ser superior entre todos los hombres".

Se dice, además, en ellos, que el público anticatólico se sentirá autorizado para agraviar a los fieles o a su culto y a causar daño a

los objetos destinados a éste o a sus símbolos, lo que constituye delito según el artículo 296 del Código Penal.

En la Resolución 0434 de 1988 se afirma que "ese espectador o público caerá en homicidios, lesiones personales, daño en bien ajeno y terrorismo, a lo menos, atacando a quienes vean la película o se dispongan a verla, a las salas de cine en las que se exhiba, a las oficinas del distribuidor de la misma y a la propia humanidad de los mismos y de sus empleados e incluso, dentro de tamañas reacciones, hará explotar bombas en los sitios mencionados con las consecuencias apenas previsibles..."

Visto el contenido de los actos acusados, resulta evidente que la motivación contiene razones eminentemente subjetivas, de orden moral, que ciertamente contrarían de modo ostensible y flagrante lo dispuesto por el artículo 6º del Decreto-ley 2055 de 1970 que precisamente les sirvió de fundamento, pues la norma dice que solamente podrán ser prohibidas las películas que inciten al delito o hagan su apología. Y la incitación o instigación al delito la define el Código Penal en su artículo 188 así:

"El que pública o directamente incite a otro u otros a la comisión de un determinado delito o género de delitos, incurrirá en arresto de tres (3) meses a tres (3) años y multa de un mil a veinte mil pesos".

La película "La Ultima Tentación de Cristo" en sí misma considerada, no estimula a nadie a que ejecute un acto delictuoso, no incita o instiga a delinquir en la forma prevista en el artículo 188 del Código Penal. Esa película, no es una semblanza bíblica de Jesucristo como en su introducción expresamente se advierte; es una alegoría, una fantasía artísticamente lograda que, dicho sea de paso, sólo está al alcance de mentes serias, maduras, mayores de 18 años como bien lo expresa el miembro del Comité de Clasificación que salvó el voto en la Resolución 0434 de 1988. Los motivos subjetivos del Comité de Clasificación no pueden servir de fundamento para prohibir la exhibición de una película, sino los motivos objetivos; lo otro es suponer una mentalidad criminal en los espectadores que van a presenciar una obra de arte cinematográfica.

El suscrito Consejero considera que la película "La Ultima Tentación de Cristo" no va a lastimar las creencias religiosas del pueblo colombiano. En las dobles y opuestas escenas que la imaginación del guionista nos muestra de la vida de Cristo en la película, surge la idea cristiana creciente y vigorosa; y en los dos leños erigidos en forma de cruz en el monte Calvario, con el cuerpo macerado y enaltecido de Jesús se partió en dos tramos la historia de la humanidad y se agigantó el ideal cristiano.

No es saludable, a costa de los sentimientos religiosos, provocar manifestaciones que sólo pueden contribuir a enrarecer más el clima violento que infortunadamente vive el país. Los artificiales fanatismos pueden provocar más fácilmente reacciones que la película misma, que no va a soliviantar la conciencia religiosa sino que por el contrario la va a exaltar y dignificar sin coartar, ni menospreciar, ni desacreditar los ritos cristianos. Es grave y funesta sí la pretendida intención de hacer valer los propios sentimientos religiosos, traicionando quizás la bondad misma de la doctrina que los sostiene y eleva.

Por las consideraciones anteriores, se *resuelve:*

Primero. Admitir la demanda presentada por conducto de apoderado por la sociedad "Cinema International Corporation Limitada". Como consecuencia de ello, se dispone:

a) Notificar personalmente al señor Ministro de Comunicaciones y a los miembros del Comité de Clasificación de Películas;

b) Notificar personalmente al señor Agente del Ministerio Público;

c) Fijar en lista por el término de diez (10) días para los efectos indicados en el numeral 3º del artículo 207 del Código Contencioso Administrativo;

d) Solicitar el envío de los antecedentes administrativos.

Segundo. Decretar la suspensión provisional de los actos acusados, esto es de las Resoluciones números 0434 de 16 de diciembre de 1988 y 019 de 10 de enero de 1989, del Comité de Clasificación de Películas, y la Resolución número 0220 de 16 de enero de 1989 dictada por el señor Viceministro de Comunicaciones, por medio de las cuales se prohibió la exhibición pública en todo el territorio nacional, de la película "La Ultima Tentación de Cristo".

Tercero. La suspensión provisional aquí decretada se extinguirá pasados (30) días hábiles a partir de la notififación de esta providencia, si la parte a quien favorece no continúa las gestiones propias del proceso.

Cuarto. El doctor Rafael Bernal Salamanca tiene personería para actuar en el presente asunto en representación de la sociedad "Cinema International Corporation Ltda.", en los términos del poder a él conferido por el señor Maitland Pritchett representante legal de la misma.

Cópiese, notifíquese.

Samuel Buitrago Hurtado.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

SUSTITUCION PENSIONAL. Oscilación.

La pensión de las demandantes por haber sido decretada en forma oscilante debe ser pagada y reajustada por la Caja Nacional de Previsión en la misma forma, es decir, teniendo en cuenta el porcentaje decretado de los haberes de actividad de un General de la República y con base en las partidas que tuvo en cuenta el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para reconocerla y reajustarla. Si la pensión es oscilante no cabe aplicarle reajustes establecidos por la Ley 4ª de 1976 ni por ninguna otra diferente, pues siempre estará adecuada a los haberes de actividad.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., veintitrés de mayo de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejera ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente número 1706. Autoridades nacionales.

Actor: Inés y María Leticia Guerrero Estévez.

Inés y María Leticia Guerrero Estévez, a través de apoderado y en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, presentaron demanda ante esta Corporación solicitando que, previa declaración del silencio administrativo de la Caja Nacional de Previsión Social frente a su petición de mayo 5 de 1980, adicionada el 25 de agosto de 1983, sobre reajuste de sus pensiones de legítimas beneficiarias del General Justo Alberto Guerrero Quiroga, se restablezcan sus derechos a los reajustes automáticos decretados, pendientes y no pagados de la pensión que ellas devengan de esa Caja y se ordene su pago al 95% de los haberes de actividad de un oficial del mismo grado del General de Tres Soles mencionado, con inclusión de las siguientes primas:

"A) 25% de prima de antigüedad;

"B) 30% de gastos de representación;

"C) 15% prima de actividad;

"D) 20% prima de estado mayor;

"E) 1/12 parte, prima de navidad" (fl. 3, cuaderno principal).

Se pide en la demanda que esos reajustes se hagan efectivos, de julio de 1975 a 1983 y hacia el futuro y, teniendo en cuenta la oscilatoriedad según la escala de sueldos de actividad del personal de las Fuerzas Militares y los factores de los artículos 131 y 145 del Decreto 0612 de 1977.

Esas peticiones se apoyaron en la siguiente relación de *hechos:*

"1. El General Justo Alberto Guerrero Quiroga prestó servicios al Ejército Nacional durante treinta años, cinco meses y diecisiete días.

"2. Los Códigos de pensionados de las hijas del General en mención son: 39.733 el correspondiente a Inés Guerrero Estévez y 39.736-5-31 el de María Leticia Guerrero Estévez, según datos de la Sección de Registro de Pensiones, dependencia de la Subdirección de Prestaciones Económicas de CAJANAL.

"La calidad de pensionadas les fue reconocida por sentencia del Consejo de Estado de julio 10 de 1938 y Resolución 0459 de 5 de marzo de 1954.

"3. En mayo de 1980 el entonces apoderado de las señoritas Guerrero Estévez, solicitó a la Caja Nacional de Previsión Social el reajuste de la pensión de julio de 1975 a julio de 1979.

"4. Por razones de economía y concentración procesal, el 25 de agosto de 1983 adicioné la petición de mayo 5 de 1980 determinando las normas con base en las cuales se debía efectuar el reajuste tanto del período 1975-1979 como del nuevo período materia de la petición adicional (1979-1983), ilustrándola con los factores que deben ser incluidos en la liquidación respectiva, expresamente durante el segundo período de reajustes solicitado (art. 131, Decreto 0612 de 1977).

"5. Una vez cursadas dichas peticiones, CAJANAL no ha resuelto el fondo del asunto, limitándose a la emisión de actos internos (memorandos, mayo 14 de 1980, julio 1º de 1980, enero 8 de 1981, enero 17 de 1983 y solicitudes de certificaciones a los interesados directamente).

"6. En las peticiones a que se refiere el cuarto punto de este capítulo, se solicitó expresamente a la Caja oficiar al Ministerio de Defensa Nacional para agregar pruebas (petición mayo 5 de 1980), y, a fin de confrontar la veracidad y exactitud de los hechos y liquidación presentada, así como la cuantía de sueldos, primas y demás factores salariales de-

vengados por un General de la República, de tres soles, a partir de 1976 hasta la fecha (petición de agosto 25 de 1983).

"7. A pesar de las comedidas solicitudes de oficiar al Ministerio de Defensa Nacional, en los aspectos señalados anteriormente, la Caja insiste en recabar del suscrito certificaciones de sueldos y factores salariales de un General del mismo grado del padre de las legítimas beneficiarias, arguyendo que no aparecen determinados en el expediente.

"8. Las normas y liquidación que ilustran la petición de agosto 25 de 1983 contienen una determinación precisa del contenido de la misma y los factores salariales (art. 131, Decreto 0612 de 1977), con base en los cuales se debe liquidar o sea, perfeccionar la liquidación respectiva.

"9. Ha sido notoria la omisión de la administración en reconocer los reajustes impetrados. Así, el memorando de enero 8 de 1981, dirigido al Jefe de la Oficina Jurídica por Jefe (sic) de pensiones de Magisterio, no se respondió hasta enero 17 de 1983, mediante oficio OJ-N-0081 (ver fls. 93 y 94 del expediente radicado en la Caja con el número 04301, mayo 5 de 1980)" (fls. 3 vto. a 4, cuaderno principal).

En la demanda se indicaron como normas violadas los artículos 21 del Decreto 1305 de 1975 y 139 del Decreto 0612 de 1977 que consagran la oscilación de las pensiones militares y asignaciones de retiro, en función de las variaciones de los haberes de actividad del personal de las Fuerzas Armadas, reajustes que según el libelo, "debían operar *ipso jure*", aunque en la práctica se requiera reclamarlos en las vías gubernativa y jurisdiccional, como fue hecho por las actoras.

También se dijo:

Que según el artículo 142, inciso 2º del Decreto 0612 de 1977, cualquier reclamación escrita de prestaciones militares interrumpe la caducidad de 4 años contados desde el momento en que se hizo exigible la obligación, como ha ocurrido en este caso.

Que se invoca el silencio administrativo negativo frente a las mencionadas peticiones gubernativas de las actoras, apoyándose en el artículo 7º de la Ley 24 de 1947. Peticiones que estaban debidamente fundamentadas según las normas pertinentes, cuya ignorancia no sirve de excusa a los funcionarios de la entidad demandada.

Que la Caja Nacional de Previsión violó también los artículos 17, 30, 45 y 169 de la Constitución Nacional; 1º, 2º y 21 del Decreto 1305 de 1975; 131, 134, 139, 142, 145 del Decreto 0612 de 1977; 7º de la Ley 24 de 1947; el Decreto 2733 de 1959 y el artículo 9º del Código Civil (fls. 4 vto. y 5 del cuaderno principal).

La Caja Nacional de Previsión Social, en su alegato de conclusión se opuso a la prosperidad de las súplicas impetradas con los siguientes argumentos.

Que el Decreto 081 de 1976, "en ninguna parte menciona la clase de normas aplicables a los reconocimientos que le fueron asignados pues, se le ordena asumir unas funciones que consisten en *liquidar y pagar*, pero no se dice nada acerca de los casos especiales relacionados con los herederos de los combatientes de la guerra de Independencia o del Cuaspud".

"Estos servidores no fueron tenidos en cuenta con el carácter militar que rige para los de las Fuerzas Militares y los empleados civiles del Ministerio de Defensa Nacional, ni menos para el personal de la Policía Nacional porque se les aplica un *'régimen especial'* contemplado en normas separadas, mientras que a los excombatientes citados en el Decreto 081 de 1976 se les debe aplicar el régimen previsto para los empleados públicos y los trabajadores oficiales contemplado en los Decretos posteriores a la reforma administrativa de 1968 entre los que cito: 3135 de 1968, 1848 de 1969, 690 de 1974 y Leyes 33 de 1973, 4ª de 1976, etc.".

"Si la pensión de un Exgeneral hubiere sido transferida a la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares, sería susceptible de la aplicación de las normas de excepción que presenta el señor apoderado en su demanda".

"Como la Caja Nacional de Previsión Social aplica el régimen general para los empleados y trabajadores públicos y oficiales, al salirse de esta legislación estaría tomando normas que sólo le competen en su aplicación a la Caja Militar" (fl. 36, cuaderno principal).

Reconstruido el proceso, se corrió traslado al Fiscal colaborador para concepto de fondo, en el cual se solicitó acceder a las súplicas de la demanda (fls. 59 a 71, cuaderno principal).

Cumplido el trámite de ley y no observándose causal alguna de nulidad procesal, la Sala procede a decidir mediante las siguientes

Consideraciones:

Las demandantes solicitaron al Director de la Caja Nacional de Previsión Social, mediante memoriales entregados el 5 de mayo de 1980 y el 25 de agosto de 1983 el reconocimiento y pago del reajuste de la pensión que devengan de esa Caja como beneficiarias del General del Ejército Justo Alberto Guerrero Quiroga, para que su pensión sea equivalente al 95% de los haberes de actividad de un oficial del mismo grado, tomando para su liquidación las partidas que en la petición segunda se indican, desde el 1º de julio de 1975, con base en los artícu-

los 1º, 3º y 21 del Decreto 1305 de 1975, 131, 139 y 142 del Decreto 0612 de 1977 (fls. 70 a 76, 116 a 122, cuaderno 2).

La Caja Nacional de Previsión no decidió expresamente esas peticiones como se aprecia en el expediente, especialmente en el documento del folio 211 del cuaderno 2. Consecuentemnte se configuró el silencio administrativo negativo alegado en la demanda.

En cuanto al fondo de la cuestión planteada la Sala observa lo siguiente:

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por Resolución número 0459 de 5 de marzo de 1954 dispuso:

> "Reconócese a favor de las señoritas Inés y María Leticia Guerrero Estévez, el derecho que las asiste para percibir del Tesoro Nacional, por acrecimiento, por partes iguales y mientras permanezcan solteras, la cuota mensual de doscientos ochenta y tres pesos con treinta y tres centavos ($ 283.33), correspondiente a la mitad del total de la pensión ($ 566.66), que en su carácter de viuda del General Justo A. Guerrero, fallecido en goce de sueldo de retiro, le fue reconocida, juntamente con sus hijas, las dos señoritas mencionadas, por sentencia proferida por el Consejo de Estado el 10 de julio de 1938, cuya parte resolutiva se transcribió en los considerandos de esta providencia" (fls. 5 a 6, cuaderno 2).

El mismo Ministerio reajustó dicha pensión a través de varias Resoluciones sucesivas, la última número 14385 de 28 de noviembre de 1975 (fls. 9 y 10, 15 y 16, 27 y 28, 31 y 32, 33 y 34, 37, cuaderno 2).

Según esas Resoluciones a las actoras les fue reconocida en forma oscilante y reajustada la pensión como beneficiarias del General de la República, señor Justo Guerrero.

Esta pensión fue asumida por la Caja Nacional de Previsión, y ha sido reajustada conforme a la Ley 4ª de 1976 (fls. 194 y 195, cuaderno 2).

Es necesario distinguir en el presente caso, y precisar dos conceptos distintos: Reconocimiento de un derecho pensional, y reajuste de la pensión reconocida.

El reconocimiento del derecho, que en este caso es una sustitución pensional, se rige por las normas vigentes al momento en que se causa.

El reajuste de la pensión ya reconocida, por las normas que sobre la materia se vayan expidiendo.

En la demanda se solicita además del reajuste de la pensión conforme a las normas que la hacen oscilante, un nuevo reconocimiento del beneficio de que vienen disfrutando las demandantes.

En efecto, pretenden que el derecho a la sustitución pensional que les fue reconocido a la muerte de su padre, se liquide nuevamente con base en el 95% de los haberes de actividad que en todo tiempo correspondan a un General de Tres Soles.

Esto no es reajuste sino nueva liquidación de la pensión sustituida.

Por esa razón, algunas de las normas que en la demanda se citan como violadas, se refieren no a reajustes de la pensión de los beneficiarios, sino a la prestación misma que se reconoce a un militar o miembro de la Policía Nacional cuando se retira del servicio y a la forma como debe reconocerse la sustitución pensional.

Por ejemplo el artículo 1º del Decreto 1305 de 1975 indica cuál es la pensión que corresponde a los beneficiarios de un oficial o suboficial de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional que fallece en goce de asignación de retiro, y dice que será equivalente a la totalidad de la prestación que venía devengando el causante.

Como la pensión de las demandantes les fue ya reconocida, este artículo no es aplicable a la situación que quedó definida en su oportunidad.

Pero aun cuando se aplicara dicha norma, tendríamos que la pensión del causante retirado del servicio en el año de 1928, no tendría nada que ver con los porcentajes y las partidas que se toman como base para la liquidación, de conformidad con los artículos 131 y siguientes del Decreto 612 de 1977.

Los artículos 21 del Decreto 1305 de 1975 y 139 del Decreto 612 de 1977, se refieren a la oscilación de las pensiones militares y asignaciones de retiro.

Ocurre sin embargo, que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público hizo el reconocimiento del derecho en forma oscilante y por tal razón así debió seguir pagándolo la Caja Nacional de Previsión, entidad que al asumir la prestación no tenía facultad ninguna para cambiar el reconocimiento ya hecho por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Al modificarlo violó las disposiciones que se refieren a la oscilación de las pensiones, que no es nada distinto de un reajuste automático hecho con base en los haberes de la actividad.

Resumiendo el caso la Sala concluye:

a) La pensión reconocida a las demandantes desde el año de 1938 por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público no es susceptible de modificación en cuanto a las bases de su liquidación misma, invocando normas posteriores, pues el derecho se rige por las que estaban vigentes al momento en que se causó;

b) La pensión de las demandantes por haber sido decretada en forma oscilante debe ser pagada y reajustada por la Caja Nacional de Previsión en la misma forma, es decir, teniendo en cuenta el porcentaje decretado de los haberes de actividad de un General de la República y con base en las partidas que tuvo en cuenta el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para reconocerla y reajustarla, hasta la expedición de la Resolución 14385 de 28 de noviembre de 1975;

c) Consecuentemente, si la pensión es oscilante, no cabe aplicarle reajustes establecidos por la Ley 4ª de 1976 ni por ninguna otra diferente, pues siempre estará adecuada a los haberes de actividad.

Finalmente, como se observa que según manifestación hecha en el poder que obra al folio 1 del cuaderno principal por la señorita Inés Guerrero Estévez, su hermana falleció, el derecho de María Leticia Guerrero no puede ir más allá de la fecha de su fallecimiento.

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

Falla:

1º Declárase configurado el silencio administrativo en que incurrió la Caja Nacional de Previsión frente a las peticiones presentadas por Inés Guerrero Estévez y María Leticia Guerrero Estévez el 5 de mayo de 1980 y el 25 de agosto de 1983.

2º La Caja Nacional de Previsión pagará a Inés y María Leticia Guerrero Estévez la pensión que les fue reconocida en su calidad de beneficiarias del General Justo Alberto Guerrero Quiroga, en forma oscilante, tal como lo venía haciendo el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y con base en las mismas partidas y porcentajes, pero tomándolos de los haberes de actividad que en todo tiempo devengue un General de la República, a partir de 5 de mayo de 1976 fecha en que se interrumpió la prescripción del derecho.

3º De la suma resultante se descontará la pagada por concepto de reajustes de la Ley 4ª de 1976.

4º El derecho de María Leticia Guerrero Estévez no puede ir más allá de la fecha de su fallecimiento.

5º Niéganse las demás súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, cúmplase y archívese el expediente.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del día 22 de mayo de 1989.

Alvaro Lecompte Luna, Aydée Anzola Linares, Ausente; *Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro.*

Miguel A. Perilla P., Secretario.

CONTRATO DE DERECHO PRIVADO DE LA ADMINISTRACION. ACTO UNILATERAL. CONTROL JURISDICCIONAL. JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. Jurisdicción competente. Un contrato de derecho privado, celebrado por una entidad administrativa con un particular, de acuerdo con el artículo 17 del Decreto 222 de 1983, está sometido a la justicia ordinaria. Pero cuando la administración produce actos jurídicos de carácter unilateral como resultado de contratos de derecho privado, tales actos jurídicos tienen su control en la Jurisdicción Contencioso Administrativa y las acciones pertinentes son las consagradas por los artículos 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., once de junio de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Gustavo de Greiff Restrepo.*

Referencia: Expediente número 5401.

Actor: Sociedad Construcciones e Inversiones Vélez V. Ltda. COINVE LTDA.

Se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra el auto proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 25 de febrero de 1988, por el cual se inadmitió la demanda promovida por la Sociedad Construcciones e Inversiones Vélez V. Ltda. con el fin de obtener la nulidad de las Resoluciones números 01086 de 19 de agosto de 1987 y 01384 de 22 de octubre del mismo año, originarias del Fondo Nacional del Ahorro, por las cuales se declara la realización de un riesgo amparado por póliza de seguros y se resuelven los recursos de reposición interpuestos, respectivamente. También se solicita el restablecimiento del derecho.

Para inadmitir la demanda el Tribunal razona así:

"Del estudio del libelo se deduce que el actor está impetrando una acción de las relativas a contratos, por cuanto la controversia surgió del desarrollo de un contrato celebrado y ejecutado en la ciudad de Pereira (Risaralda).

"El numeral 8º del artículo 132 del Código Civil, establece que la competencia en los procesos relativos a contratos administrativos, interadministrativos y de los de derecho privado de la administración en que se haya incluido la cláusula de caducidad, celebrados por la Nación, ...la competencia por razón del territorio se determinará por el lugar en donde se ejecutó o debía ejecutarse el contrato.

"En el presente caso el contrato se ejecutó en la ciudad de Pereira, y es por consiguiente el Tribunal Administrativo del Departamento de Risaralda, el competente para conocer de la controversia instaurada por la sociedad de la referencia" (fl. 199, cuaderno 1).

La parte demandante solicita la revocatoria del auto recurrido para que en su lugar sea admitida la demanda y sustenta el recurso en los siguientes términos:

"1ª No puede considerarse que la acción planteada sea de las relativas a contratos previstas en el numeral 8º del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, pues es evidente que el contrato que existió entre el Fondo Nacional de Ahorro y la sociedad demandante fue un contrato de derecho privado, sin cláusula de caducidad. En efecto, de la norma citada y de los artículos 16 y 17 del Decreto-ley 222 de 1983 y del artículo 3º del Decreto 1059 de 1983 resulta claramente esa naturaleza del contrato. Por su parte, como lo expresa el Tribunal, las acciones contencioso administrativas relativas a contratos tienen que ver con controversias emanadas de contratos administrativos, interadministrativos y de derecho privado de la administración en que se haya incluido la cláusula de caducidad, sin que en el caso presente se dé ninguna de esas situaciones" (fl. 201, cuaderno 1).

El señor Fiscal Noveno de la Corporación conceptúa solicitando que se revoque el auto recurrido porque la acción intentada no es contractual sino de restablecimiento del derecho; por tanto, el procedimiento a seguir es el ordinario y la competencia está determinada por el lugar donde se expidieron los actos conforme lo prevé el numeral 9 del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo.

Para resolver se considera:

La Sala encuentra que asiste la razón al recurrente.

Efectivamente, el *a quo* fundamenta su decisión en el supuesto que la acción impetrada es de carácter contractual ya que la controversia surgió con posterioridad al desarrollo de un contrato celebrado entre el demandante y el Fondo Nacional del Ahorro cuya ejecución se llevó a cabo en la ciudad de Pereira, por lo cual la competencia para conocer de tal conflicto está radicada en el Tribunal Administrativo de Risaralda conforme lo dispone el numeral 8 del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo.

La norma citada establece la competencia relacionada con procesos referentes a contratos administrativos, interadministrativos y de derecho privado de la administración en que se haya incluido la cláusula de caducidad celebrados por la Nación, las entidades territoriales o descentralizadas, radicándola en el Tribunal Administrativo con jurisdicción en el territorio donde se ejecutó o debía ejecutarse el contrato, pero el acto contractual de donde deviene el conflicto tiene que ser de aquellos allí mencionados y no de otra naturaleza.

En el caso en estudio el Tribunal olvidó estudiar la naturaleza del contrato del cual se desprende el litigio y por ello, equivocadamente, inadmitió la demanda. Tal contrato no es administrativo, interadministrativo ni de derecho privado de la administración en el cual se haya incluido la cláusula de caducidad; es simple y llanamente un contrato de derecho privado celebrado por una entidad administrativa con un particular que, de acuerdo con el artículo 17 del Decreto 222 de 1983, está sometido a la justicia ordinaria. Si se lee el texto de las escrituras 0437 de 20 de febrero de 1984, otorgada en la Notaría 22 del Círculo de Bogotá, y 6568 de 5 de agosto de 1985, otorgada en la Notaría 29 del mismo Círculo Notarial (fls. 43 y ss. y 91 y ss.) se llega fácilmente a esa conclusión.

Y no siendo los contratos que dieron origen a los actos acusados de aquellos cuyo control corresponde a esta jurisdicción, no puede decirse que de los mismos se deriven acciones contractuales cuyo conocimiento sí corresponde a ella; el conocimiento de tales acciones corresponde a la justicia ordinaria.

Otra cosa es que la administración produzca actos administrativos de carácter unilateral como resultado de contratos de derecho privado, como sucede en el caso *sub lite*. Si ello es así, tales actos jurídicos tienen su control en la Jurisdicción Contencioso Administrativa y las acciones pertinentes no pueden ser otras que las consagradas por los artículos 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo, es decir las de nulidad y de restablecimiento del derecho, porque para que surja la acción prevista en el artículo 87 *ibídem*, es necesario que se trate de "...las partes de un contrato de derecho privado de la administración en que se haya incluido la cláusula de caducidad, o de los contratos administrativos o interadministrativos..." Y, como ya se ha visto, en el caso de autos no se presenta ninguna de tales alternativas.

No puede, entonces, hablarse de controversia contractual y, por tanto, la competencia para conocer del asunto corresponde al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en primera instancia, en razón del lugar en el cual se produjeron los actos y la cuantía, conforme lo dispone el artículo 132 —numeral 9— del Código Contencioso Administrativo.

Así las cosas el auto apelado se revocará para admitir la demanda y devolver el expediente al Tribunal de origen para que resuelva lo

relativo a la petición de suspensión provisional de los actos acusados.

Además, como los actos administrativos cuya nulidad se solicita vinculan jurídicamente a sociedad Agrícola de Seguros S. A., sin cuya comparecencia no es posible resolver de mérito sobre las pretensiones procesales, se ordenará su citación para integrar el contradictorio como lo dispone el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil en concordancia con el numeral 2 del artículo 207 del Código Contencioso Administrativo.

Por lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo —Sección Tercera—, de acuerdo con su colaborador Fiscal,

Resuelve:

Revócase el auto apelado. En consecuencia se dispone:

1º Admítese la demanda de restablecimiento del derecho formulada por la sociedad Construcciones e Inversiones Vélez V. Ltda., contra el Fondo Nacional del Ahorro, para obtener la nulidad de las Resoluciones 01086 de 19 de agosto de 1987 y 01384 de 22 de octubre del mismo año, expedidas por la mencionada entidad administrativa, y el consiguiente restablecimiento del derecho.

2º Notifíquese personalmente la admisión de esta demanda al señor Director General del Fondo Nacional del Ahorro y al señor Agente del Ministerio Público.

3º Cítese a la sociedad Compañía Agrícola de Seguros S. A. para integrar el contradictorio notificando personalmente a su representante legal el contenido de esta providencia.

4º Fíjese el negocio en lista por el término de diez (10) días para los efectos del numeral 3 del artículo 207 del Código Contencioso Administrativo.

5º El Tribunal de conocimiento cumplirá lo aquí previsto.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha seis de julio de mil novecientos ochenta y nueve.

Gustavo de Greiff Restrepo, Presidente de la Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Antonio José de Irisarri Restrepo,* Ausente con excusa; *Julio César Uribe Acosta.*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

PENSION DE JUBILACION. Reconocimiento.

El inciso 3 del artículo 1º de la Ley 33 de 1985 no confiere derecho a estabilidad a los empleados que reúnan los requisitos legales para pensionarse y por tanto, no impide que el que se encuentre en tal situación y carezca de fuero derivado de escalafonamiento en Carrera o período fijo, sea removido libremente por necesidades del servicio. Lo que prohíbe es obligarlo a pensionarse antes de que cumpla sesenta años.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., quince de junio de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejera ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente número 3449. Recurso extraordinario de anulación.

Actora: María Eunice Rincón de Millán.

Se decide el recurso extraordinario de anulación interpuesto mediante apoderado, por la señora María Eunice Rincón de Millán contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá el 18 de febrero de 1988, que denegó las pretensiones de la demandante consistentes en la declaración de nulidad, con restablecimiento del derecho, de la Resolución número 01681 de 28 de febrero de 1985, emanada de la Presidencia de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, por la cual se retiró del servicio a la demandante, por tiempo cumplido para jubilación.

La sentencia se basó en los siguientes razonamientos:

"...el Vicepresidente Administrativo de Telecom, mediante el Oficio número 2692 de 31 de octubre de 1984, solicitó a la Caja de Previsión Social de Comunicaciones, el reconocimiento y pago de la pensión mensual vitalicia de jubilación de la demandante María Eunice Rincón de Millán, por haber consolidado tal beneficio por edad y tiempo de servicios con un total de 20 años, 2 meses y 9 días para tal fecha. Si tenemos en cuenta que la Ley 33 de 1985 comenzó

a regir a partir de su sanción, la que tuvo ocurrencia el día 29 de enero de aquel año, necesariamente debemos concluir que para entonces la actora, tal como lo expresa el señor Agente del Ministerio Público, ya había consolidado el derecho y la empresa había solicitado ante la Caja de Previsión respectiva el reconocimiento y pago de su pensión jubilatoria desde el 31 de octubre de 1984. De tal suerte que la entidad demandada no infringió el inciso 3º del artículo 1º de la tantas veces mencionada ley, primero porque con anterioridad a la sanción de la misma, ya se había solicitado el reconocimiento del beneficio pensional con el consentimiento de la actora y en segundo término porque decretada la pensión por medio de la Resolución número 000383 de 21 de febrero de 1985 en cuantía de $ 24.434.62, 'a partir de la fecha en que demuestre el retiro definitivo del servicio oficial, mediante declaración jurada rendida ante autoridad competente' y en tratándose de una empleada de libre nombramiento y remoción, la empresa demandada podía retirarla del servicio, como en efecto sucedió, precisamente para dar cumplimiento a la resolución que le decretó la pensión, tal como se dijo en el cuestionado acto administrativo objeto de impugnación. Así las cosas, no existe transgresión del inciso 3º del artículo 1º de la Ley 33 de 1985 y por supuesto, el cargo no tiene prosperidad" (fl. 77, cuaderno 2).

Además se estimó no probada la desviación de poder alegada en la demanda.

Cargo formulado:

Violación, por interpretación errónea, del inciso 3º del artículo 1º de la Ley 33 de 1985.

La Empresa Nacional de Telecomunicaciones "TELECOM" se opuso a la prosperidad del presente recurso, en extenso memorial de folios 20 a 47, en el cual sostiene la falta de técnica en su formulación y defiende la legalidad de la sentencia del Tribunal.

Argumenta que en este caso la recurrente se limita a estructurar una interpretación errónea genérica respecto a la disposición legal del inciso 3º del artículo 1º de la Ley 33 de 1985, sin especificar cuáles son los elementos de prueba en que se fundamenta para afirmar que hubo yerro hermenéutico, cuáles los ingredientes de la lógica formal aplicados a dicha interpretación ni cuál fue su verdadero alcance.

En cuanto al fondo alega que según el parágrafo subsiguiente al inciso 3º del artículo 1º de la Ley 33 de 1985, éste no es aplicable a quienes hubieren cumplido los requisitos para jubilación antes de la vigencia de la ley, rigiéndose su situación por el artículo 86 del Decreto 1848 de 1969.

El señor Fiscal Cuarto de la Corporación, en su vista reglamentaria, solicitó dar prosperidad al recurso de anulación, por estimar que la sentencia acusada violó flagrantemente la norma superior invocada por el recurrente.

Cumplido el trámite de ley y no observándose causal alguna de nulidad procesal, se decide mediante las siguientes

Consideraciones:

Se formuló contra la sentencia acusada el cargo de violación, por interpretación errada, del inciso 3º del artículo 1º de la Ley 33 de 1985 y, para sustentarlo se hicieron estos planteamientos:

Que según esta disposición, a partir de 29 de enero de 1985, fecha de vigencia de la ley, para retirar del servicio por jubilación a cualquier empleado se requiere su consentimiento expreso y escrito si tiene menos de 60 años.

Que en la sentencia acusada se interpretó erróneamente esta norma, teniendo en cuenta lo siguiente:

a) La pensión de jubilación le fue reconocida a la actora, sin su conocimiento ni solicitud, después de entrar en vigencia la Ley 33 de 1985 y que, igualmente, ya habiendo comenzado a regir esta ley, aquella fue retirada por tiempo cumplido para jubilación sin haber alcanzado la edad de 60 años y sin su consentimiento;

b) Quedó en el proceso claramente establecido que el acto administrativo acusado se profirió cuando ya estaba vigente la Ley 33, violando la prohibición contenida en el inciso 3º del artículo 1º;

c) La actora podía acogerse a la Ley 33 de 1985, más favorable y que le garantizaba su estabilidad, aunque al entrar a regir esta ley ya ella tuviera la edad y el tiempo de servicio exigidos por la anterior para la jubilación.

Sea lo primero anotar que el escrito del recurso se ajusta a la técnica y formalidades exigidas por el artículo 199 del Código Contencioso Administrativo, y que la errónea interpretación de una norma conlleva violación directa de la misma.

Ahora bien: La demostración de este cargo no está sometida a ritualidades ni formas preestablecidas y puede hacerse con los argumentos pertinentes y adecuados en cada caso concreto.

Exige sí el artículo 197 del Código Contencioso Administrativo, para la prosperidad del recurso extraordinario de anulación, que la violación de la ley sustantiva se presente en forma directa.

La norma invocada por la recurrente es del siguiente tenor:

> "En todo caso, a partir de la fecha de vigencia de esta ley, ningún empleado oficial, podrá ser obligado, sin su consentimiento expreso y escrito, a jubilarse antes de la edad de sesenta años (60), salvo las excepciones que, por vía general, establezca el Gobierno".

Es obvio que si la ley consagra una prohibición y ordena acatarla *a partir de su vigencia,* el parágrafo 3º del artículo 1º no puede referirse a esa prohibición, pues el legislador estaría incurriendo en contradicciones. Dicho parágrafo, como lo indica su tenor literal, se relaciona con los requisitos para obtener pensión, los cuales, para quienes ya los hubieren cumplido conforme a las normas anteriores a la Ley 33, continuarán rigiéndose por ellas.

Es claro entonces, que el inciso 3º del artículo 1º de la Ley 33 de 1985 sí es aplicable a la situación de la recurrente.

Si bien es cierto la observancia o la transgresión de esta norma está necesariamente referida a supuestos fácticos, para efectos de este recurso se parte del examen de la sentencia recurrida, y el Tribunal al tomar su decisión no puso en duda ninguna de estas situaciones:

a) Que la actora no tiene 60 años de edad;

b) Que no solicitó el reconocimiento de pensión de jubilación, prestación que le fue reconocida mediante Resolución número 000383 de 21 de febrero de 1986;

c) Que fue retirada del servicio por tiempo cumplido para jubilación, sin su consentimiento expreso y escrito.

En consecuencia, aun cuando se trata de hechos, no necesitan prueba ninguna dentro del trámite del recurso extraordinario de anulación, puesto que el Tribunal los admitió como probados y las partes no los discuten.

Lo que se controvierte en este recurso es la interpretación dada por el Tribunal a la norma en cuestión y su aplicación en el tiempo.

En cuanto al contenido mismo, su tenor literal es claro: "Ningún empleado oficial, podrá ser obligado, sin su consentimiento expreso y escrito, a jubilarse antes de la edad de sesenta (60) años..."

La norma no confiere derecho a estabilidad a los empleados que reúnan los requisitos legales para pensionarse y por tanto, no impide

que el que se encuentre en tal situación y carezca de fuero derivado de escalafonamiento en Carrera o período fijo, sea removido libremente por necesidades del servicio.

Lo que prohíbe es obligarlo a pensionarse antes de que cumpla 60 años, y eso fue precisamente lo que se hizo mediante la Resolución número 01681 de 28 de febrero de 1985.

Si para la fecha de su expedición y cuando fue reconocida la pensión ya estaba vigente la Ley 33 de 1985, es entendido que con tal proceder se violaba la mencionada prohibición, independientemente de que los trámites para obtener la prestación se hubieran comenzado antes de dicha vigencia; porque no habiendo comenzado a disfrutar de la pensión y estando condicionado ese disfrute al retiro del servicio, no podía ya, ser obligada a percibirla por prohibirlo la ley vigente.

En este orden de ideas es preciso concluir que la sentencia del Tribunal infringió en forma directa el inciso 3º del artículo 1º de la Ley 33 de 1985 cuando estimó que por haber sido solicitada la pensión con anterioridad a la vigencia de la ley, y sin que la señora Rincón de Millán se opusiera a ello, al serle reconocida debía, obligatoriamente, comenzar a percibirla para lo cual lógicamente se necesitaba su retiro del servicio.

De haber interpretado correctamente la norma citada se hubiera concluido que no era forzoso el disfrute de la pensión reconocida, y que, a menos de optar por ello voluntariamente, la beneficiaria no podía ser obligada a devengarla retirándola del servicio por tiempo cumplido para jubilación.

Por tanto el cargo prospera y debe la Sala proceder a dictar sentencia de instancia, previas estas breves consideraciones.

Como consta en autos, el Vicepresidente administrativo de Telecom mediante Oficio 2693 de 31 de octubre de 1984 —y no la actora—, solicitó a la Caja de Previsión Social de Comunicaciones el reconocimiento de pensión de jubilación para la señora María Eunice Rincón de Millán, prestación que le fue reconocida por Resolución número 000383, de 21 de febrero de 1985, condicionada al retiro definitivo del servicio oficial.

Como para esa fecha ya estaba vigente la prohibición contenida en el inciso 3º del artículo 1º de la Ley 33 de 1985 y la señora Rincón de Millán no tenía 60 años, no era posible obligarla a disfrutar la pensión, mediante el retiro del servicio. Al hacerlo, el acto acusado violó la disposición citada y por tanto debe anularse.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, de acuerdo con el concepto Fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Anúlase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá el 18 de febrero de 1988, dentro del proceso iniciado por María Eunice Rincón de Millán.

En su lugar se dispone:

1º Es nula la Resolución número 01681 de 28 de febrero de 1985, emanada de la Presidencia de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, por medio de la cual se retira del servicio por tiempo cumplido para jubilación a la señora María Eunice Rincón de Millán, del cargo de Jefe de Oficina II, Código 1306, Categoría V, Gerencia Regional de Bogotá, Gerencia Zonal de Tunja, Oficina de Muzo (Boyacá).

2º Como consecuencia de tal nulidad y a manera de restablecimiento del derecho, la Empresa Nacional de Telecomunicaciones reintegrará a la señora María Eunice Rincón de Millán, identificada con la cédula de ciudadanía número 23.796.816 de Muzo, al cargo que ocupaba en la empresa o a otro de igual o superior categoría, y le pagará los sueldos y prestaciones dejados de devengar, desde cuando fue retirada del servicio y hasta cuando sea reintegrada al mismo, sin solución de continuidad, y teniendo en cuenta las variaciones del salario durante ese tiempo.

3º De la suma que resulte a su favor deberá descontarse lo que la actora hubiere devengado por concepto de remuneración proveniente de cargos públicos o por concepto de pensión de jubilación.

4º La Empresa Nacional de Telecomunicaciones dará cumplimiento a esta sentencia dentro del término señalado en el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo.

5º Ordénase la cancelación de la caución otorgada por la recurrente en anulación, dado que no hay lugar a resarcimiento de perjuicios en favor de la entidad.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, cúmplase, 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 9 de junio de 1989.

Alvaro Lecompte Luna, Ausente; *Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro.*

Miguel A. Perilla P., Secretario.

INCORA. BALDIOS. ACCION DE REVISION.

La acción de revisión es una especie de la llamada de plena jurisdicción, hoy de restablecimiento del derecho, y en virtud de su alcance puede pedirse la nulidad del acto administrativo con que culmina el proceso administrativo orientado a extinguir en todo o en parte el derecho de dominio, y los perjuicios que con ocasión del mismo se hayan podido causar.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., dieciséis de junio de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Expediente número 3741.

Actor: Nohemí Céspedes de Tejeiro.

Demandado: Instituto Colombiano de la Reforma Agraria.

I

Agotada la tramitación procesal de ley, sin que se observe causal de nulidad que vicie la actuación, procede la Sala a fallar el proceso de la referencia, que se inició en virtud de demanda presentada por la señora Nohemí Céspedes de Tejeiro el día 27 de agosto de 1979.

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

"1.1. *Propiedad del inmueble.*

"1.1.1. *Determinación del inmueble:*

"El predio sobre el cual versa el presente proceso se denomina 'Casa de Zinc' está ubicado en jurisdicción del Municipio de Villavicencio, Departamento del Meta, tiene una superficie de 226 hectáreas 0282 metros cuadrados, y está comprendido por los siguientes linderos generales:

"A partir de la margen derecha del caño Quenane, en el punto donde atraviesa la carretera de la antigua hacienda El Porvenir en línea más o menos recta hasta el caño Marañonal, carretera de por medio. Linda con la finca El Porvenir de Ericinda Iregui viuda de Céspedes, sigue por el caño Marañón hacia arriba, hasta encontrar la cerca que divide terrenos de Abel Céspedes, y lindando con el predio La Vega del doctor Luis E. Céspedes Iregui, caño de por medio; de aquí lindando con predios de Abel Céspedes y separa cerca de alambre, hasta encontrar un mojón que linda con el predio 'La Sabana' de Humberto Céspedes Iregui, de donde sigue lindando con este señor y separados por cerca de alambre, hasta el caño Quenane en donde se fijó un mojón y caño Quenane abajo hasta el punto de partida.

"Corresponde a este predio el folio de matrícula inmobiliaria número 230-0002516, de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del Círculo de Villavicencio.

"1.1.2. *Nohemí Céspedes de Tejeiro.*

"Nohemí Céspedes Iregui —hoy señora de Tejeiro— adquirió el predio por adjudicación que se le hiciera en el juicio de sucesión de su padre, don Justo Céspedes Neira, que cursó en el Juzgado Séptimo Civil Municipal de Bogotá, partición que, con su sentencia aprobatoria se registró en el Libro 1º par., Tomo 1º de 1971, página 405, número 322 en el Libro 2º, Tomo 1º de 1970 en la página 433, número 117, y al cual correspondió la matrícula, sistema antiguo en el Tomo 2º de 1970 de Villavicencio, en la página 71. Posteriormente se le adjudicó el número de matrícula inmobiliaria atrás citado.

"1.1.3. Don Justo Céspedes había adquirido, con mayor extensión, por compra que hiciera a Guillermo Rubio según escritura 194 de 1944, corrida en la Notaría del Circuito de Villavicencio, y registrada el 15 de marzo del mismo año, en el Libro 1º, Tomo 1º de 1944, página 289, número 315; a Pablo Enrique Rubio, por escritura número 562 de 2 de octubre de 1943 de la misma Notaría, registrada el 9 de noviembre de 1943, en el Libro 1º, Tomo 3º de ese año, en la página 4, número 6; y a Cecilia Rubio de Morán, mediante escritura 502 de 13 de septiembre de 1943, de la misma Notaría, registrada el 28 de septiembre del mismo año en el Libro 1º, Tomo 2º de 1943, página 43 número 512.

"1.1.4. Los tres vendedores Rubio adquirieron en la sucesión de Pablo Emilio Rubio, que se llevó a cabo ante el Juzgado Civil del Circuito de Villavicencio, cuya partición se registró en la oficina correspondiente el 4 de marzo de 1940, bajo el número 8, páginas 16 a 26 del libro registrador de causas mortuorias de ese año, y se protocolizó con la escritura 163 de 7 de mayo de 1940, registrada el 5 de noviembre de ese año en el Tomo 2º de 1940, página 134 número 94.

"1.1.5. Pablo E. Rubio, junto con Campo Elías Rubio adquirió, por compra que hicieron a Rosa Ortega de Rojas mediante escritura

150 de 26 de noviembre de 1917 de la Notaría de Villavicencio, registrada en el Libro 1º, Tomo 3º, en la página 15 número 1033.

"1.1.6. Rosa Ortega de Rojas adquirió en la sucesión de Ricardo Rojas, que se tramitó ante el Juzgado del Circulto de Villavicencio, y cuya partición y sentencia aprobatoria se registraron el 27 de octubre de 1915 al folio 215, bajo el número 5, el 27 de octubre de 1915, cuyo expediente se protocolizó en la Notaría del Circuito de Villavicencio, con la escritura 127 de 28 de octubre de 1915, que se registró en el Libro 1º, Tomo 1º de 1920, página 36 número 26.

"1.2. *Explotación económica.*

"1.2.1. *De Justo Céspedes.*

"1.2.1.1. *Anterior a 1956.*

"Está demostrada por decisión judicial que hace tránsito a cosa juzgada, proferida primero por la Alcaldía de Vilavicencio y posteriormente por la Intendencia Nacional del Meta, según consta en las correspondientes sentencias, protocolizadas con la escritura 1967 de 14 de diciembre de 1956, registrada el 25 de abril de 1957 en el Libro 1º, Tomo 3º de 1957, página 368 número 325, y el 27 de abril de 1957 en el Libro 2º, Tomo 2º del mismo año, página 197, número 222 y matriculada con el nombre de El Porvenir, en el Libro de Villavicencio, en la página 120 de 29 de septiembre de 1943.

"1.2.1.2. *Posterior.*

"Don Justo Céspedes adelantaba una excelente explotación agropecuaria, como se demostrará en el curso del proceso, por los sistemas legales hasta la fecha de su muerte.

"1.2.2. *Muerte de Don Justo Céspedes.*

"Don Justo Céspedes murió el día 10 de julio de 1967. A su muerte, por razones normales en estos casos, se presentó ligero desorden administrativo en sus predios, mientras se atendían las labores del duelo y se acordaba entre sus herederos el manejo de los bienes relictos.

"1.2.3. *Invasión.*

"Aprovechando el hecho de la muerte de don Justo Céspedes, y el estado del proceso de sucesión, numerosas personas, incitadas por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, invadieron la finca que era propiedad de don Justo Céspedes, dentro de la cual se encontraba la denominada 'Casa de Zinc' materia de este proceso.

"1.2.4. *Declaraciones.*

"1.2.4.1. *De don Justo Céspedes.*

"Dentro de la oportunidad legal que le correspondía, por el tamaño que entonces tenía el predio, don Justo Céspedes hizo, ante el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, la declaración del predio que en aquel tiempo se llamaba 'El Porvenir'.

"1.2.4.2. *De doña Nohemí Céspedes.*

"Y, en la oportunidad que le correspondía, y de acuerdo con lo prescrito en el Acuerdo número 003 de febrero 22 de 1971, doña Nohemí Céspedes Iregui presentó la declaración del predio 'Casa de Zinc'.

"1.3. *Actuación del INCORA.*

"1.3.1. *Incitación.*

"Con ocasión de la muerte del señor Céspedes, como ya se dijo, se provocaron algunas situaciones de pequeños desórdenes administrativos (lógicos), puesto que él era quien adelantaba la explotación, de deficiencia en la administración. Estas circunstancias fueron aprovechadas por personas inescrupulosas, que fueron azuzadas por funcionarios del INCORA, quienes les informaron que el terreno era baldío, verbalmente, y por escrito; así aparece en el oficio 3172 de 1º de julio de 1971 dirigido por el Jefe del Derpatamento Jurídico del Proyecto Meta número 1 a la Asociación Municipal de Usuarios de Villavicencio, documento que el señor doctor Cabra manifestó haber escrito, por el cual se declaró impedido —impedimento que no fue aceptado por sus superiores— y que los invasores declararon como la razón jurídica de su actuación.

"1.3.2. *Proceso de clarificación.*

"Por medio de la Resolución número 03264 de 2 de agosto de 1972, originaria de la Gerencia General del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, se inició un proceso dizque para 'clarificar la situación jurídica' del predio 'El Porvenir', que comprendía varios otros y el de mi cliente.

"Durante el curso del citado proceso se cometieron por los funcionarios del INCORA toda clase de abusos y se incitó, abiertamente, a los invasores a permanecer en su invasión.

"A pesar de todos sus esfuerzos, el proceso debió concluir con la Resolución 2374 de 24 de julio de 1974 en la cual el Gerente del INCORA ordenó dar por terminadas las presentes diligencias, por cuanto de acuerdo al acervo probatorio encontramos que los terrenos de que tratan las presentes diligencias tienen tradición al año de 1871.

"1.3.3. *Proceso de extinción.*

"1.3.3.1. *Apertura.*

"Por Resolución número 419 de 12 de junio de 1979, el Director Regional del Proyecto del Meta del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, inició el procedimiento administrativo de extinción de derecho de dominio del inmueble sobre el cual versa este proceso.

"Es interesante hacer notar que este proceso sólo se abrió en 1979, cuando, por vigencia de la Ley 4ª de 1973, el término para extinción del dominio podía contarse desde este último año.

"1.3.3.2. *Declaratoria.*

"1.3.3.2.1. *Resolución.*

"Por Resolución 4389 de 3 de diciembre de 1980, la Gerencia del INCORA, aprobada por la número 130 de la misma fecha de la Junta Directiva de esta institución, se declaró la extinción del dominio del predio materia de este proceso.

"1.3.3.2.2. *Revocatoria.*

"Contra la Resolución citada atrás se interpuso recurso de reposición el cual fue desatado desfavorablemente por medio de la Resolución número 1475 de 6 de mayo de 1982 de la Gerencia del Instituto, aprobada por la número 68 de 6 de mayo de 1982 de la Junta Directiva de dicha Corporación que confirmaron las primeras providencias.

"1.4. *Defensa del Derecho.*

"1.4.1. *Acción de Policía.*

"Al producirse las invasiones, Nohemí Céspedes (hoy señora de Tejeiro) en unión de su madre y sus hermanos, inició acción de policía, basada en el artículo 32 de la Ley 200 de 1936, contra los invasores.

"Presionados por la Procuraduría Agraria —que se convirtió en abogado de los invasores— las autoridades administrativas, luego de demorar tres (3) años la solicitud y por cuestiones accesorias, negaron el amparo (de paso, sin facultad para ello), y no quisieron prevenir el aumento de las invasiones.

"1.4.2. *Juicio ordinario.*

"Agotado aquel trámite —que no fue efectivo porque las autoridades no lo quisieron— se inició por mi clienta proceso ordinario reivindicatorio contra los invasores (o sus sucesores) en el cual se obtuvo sentencia favorable en el Juzgado del Circuito, que fue revocado por el Tribunal, que en su lugar se declaró inhibido, con base

en el argumento inverosímilmente curialesco de que no se había individualizado el terreno que tenía cada invasor (como si eso fuese posible).

"1.4.3. *Nuevo proceso.*

"En vista de ello, se instauró nueva demanda, que cursa ante el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Villavicencio".

"1.5. Perjuicios. La actuación del INCORA ha privado a mi cliente de la tenencia de su predio por más de 12 años, y, muy posiblemente, la induzca a perder el dominio.

"Los perjuicios, que se ocurran por estas circunstancias se demostrarán en el proceso".

Petitum:

Se recoge a través de la siguiente literatura:

"*Primera.* Son nulas las Resoluciones número 04389 de diciembre 3 de 1980 y número 01475 de mayo 6 de 1982, ambas del Gerente General del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y las Resoluciones número 00130 de 3 de diciembre de 1980 y número 068 de 6 de mayo de 1982, ambas de la Junta Directiva del citado establecimiento público.

"*Segunda.* El Instituto Colombiano de la Reforma Agraria es responsable de la invasión ocurrida sobre el predio 'Casa de Zinc' de propiedad de Nohemí de Tejeiro (tal como adelante se especifica y alinda), ubicado en el Municipio de Villavicencio, Departamento del Meta.

"*Tercera.* El Instituto Colombiano de la Reforma Agraria debe entregar a Nohemí Céspedes de Tejeiro el predio 'Casa de Zinc' dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de la sentencia.

"*Cuarta.* El Instituto Colombiano de la Reforma Agraria debe pagar a Nohemí Céspedes de Tejeiro el valor actualizado de los daños y perjuicios sufridos por ella en razón de que se le despojó de la tenencia del predio 'Casa de Zinc', en especial por lucro cesante y por gastos realizados, desde cuando la invasión se inició hasta cuando se le devuelva el predio. Todo actualizando su valor.

"*Quinta.* Si en el curso del proceso se probare que el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria no puede devolver el predio 'Casa de Zinc' a Nohemí Céspedes de Tejeiro, o no cumpliere la orden de entregarlo en el término señalado, deberá pagar a Nohemí Céspedes de Tejeiro el valor comercial del predio y los daños y perjuicios hasta la fecha en que entregue el dinero.

"*Sexta.* El Instituto Colombiano de la Reforma Agraria deberá pagar las costas y costos de este juicio".

En la parte final de la demanda, bajo el rubro *"acumulación de pretensiones"*, el procurador judicial de la parte actora hace la siguiente precisión de orden jurídico:

> "Es claro que estoy acumulando dos pretensiones: Que se anulen las resoluciones que declaran la extinción del dominio, y se paguen por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria las indemnizaciones a que haya lugar; y que se paguen, además las indemnizaciones a que haya lugar por los hechos de la administración que concluyen con las citadas resoluciones, y que se inician con la invasión del predio de mi mandante.
>
> "Esta acumulación cabe, según lo previsto en el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil, porque ustedes, señores Consejeros son competentes para conocer de ambas; porque las pretensiones no se excluyen entre sí; y porque se tramitan por el mismo procedimiento".

Normas violadas - Concepto de la violación:

La valoración jurídica de todas las circunstancias del caso se concretó en los siguientes términos:

"2.1. *Normas violadas.*

"Señalo como violados los artículos 16 y 30 de la Constitución Nacional, la Ley 200 de 1936 en su artículo 6º, tal como estuvo vigente hasta 1968, y con las modificaciones que introdujeron, posteriormente, la Ley 1ª de 1968, y la Ley 4ª de 1973; la Ley 135 de 1961 en su Capítulo 7º tal como fue redactada originalmente y con las modificaciones que en ella introdujeron las Leyes 1ª de 1968 y 4ª de 1973; la Ley 118 de 1959, especialmente en su artículo 12. La misma Ley 200 de 1936 en sus artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 8º y 15; y todas las normas que se citen a lo largo de este escrito, así como las que 'concuerden, armonicen o las adicionen o complementen'.

"2.2. *Concepto de la violación.*

"Las normas impugnadas violan las normas citadas por infracción directa, y por abuso y desviación de poder, como la violan, por estos conceptos, las actuaciones del INCORA que se acusan.

"Sustento aquí el cargo.

"Capítulo primero - Imposibilidad de aplicar la extinción del dominio.

"El artículo 15 de la Ley 200 de 1936 establecía que:

> " 'Las disposiciones de esta ley no son aplicables a los terrenos situados en las intendencias y comisarias y en los llanos de Casanare, ni a los ejidos municipales'.

"La Ley 118 de 1959, sancionada el 15 de diciembre de aquel año, convirtió en Departamento la Intendencia del Meta, con lo cual podrían entenderse que los terrenos ubicados dentro de aquella jurisdicción dejaron de estar contemplados dentro de las excepciones numeradas por el transcrito artículo 15; pero el artículo 12 de la ley últimamente citada, la 118 de 1959, dice claramente que:

> " 'El territorio de los Llanos Orientales, o sea el Departamento del Meta, la Provincia del Casanare, la Intendencia de Arauca y las Comisarías del Vichada y del Vaupés'.

"Con lo cual da a entender claramente que de la Ley 200 de 1936 se excluyeron los Llanos de Casanare de la denominación general de Llanos Orientales con que el país conoce el vasto territorio al Oriente de la Cordillera Oriental, y antes del comienzo de la selva amazónica, por la sencilla razón de que eran los únicos territorios que dentro la excepción que quería establecer, pertenecían a un Departamento, el de Boyacá. Pero el espíritu general de la ley, que es necesario interpretar en este caso es el de dejar fuera de las disposiciones de la Ley 200 de 1936 a los Llanos Orientales, tal como han sido entendidos siempre por los colombianos, y como los definió con más propiedad la ley que creo el Departamento del Meta.

"Por esta razón, sólo en el mes de enero de 1968, al reformarse la Ley 200 de 1936, por la Ley 1ª cuyo artículo 8º suprimió la excepción contemplada en el artículo 15 de la Ley 200 de 1936, modificando en esta forma el artículo 28 de la Ley 135 de 1961, entraron en vigencia en el territorio del Departamento del Meta las disposiciones de la Ley 200 de 1936.

"Pero tomando cualquiera de las dos fechas se tiene lo siguiente: El término de la figura jurídica conocida como extinción de dominio que la Ley 200 de 1936 calificada, erradamente, como prescripción a favor del Estado, fue de 10 años hasta la vigencia de la Ley 4ª de 1973, que, según su artículo 43 regía desde su sanción, lo cual ocurrió el 29 de marzo de aquel año. Por consiguiente, si se toma la fecha de sanción de la Ley 118 de 1959, la extinción del derecho de dominio no podría cumplirse, en el territorio del Meta, para ninguna finca, antes de 16 de diciembre de 1969; y si el término se computa, como es razón y debe hacerse, a partir de la vigencia de la Ley 1ª de 1968, es decir el 26 de enero de 1968, sólo el 26 de enero de 1978 podrían exigirse los

diez (10) años de inexplotación; desde luego teniendo en cuenta que la Ley 4ª de 1973, que empezó a regir el 29 de marzo de 1973 redujo a tres (3) años el término para la extinción de dominio, ésta podría cumplirse el 29 de marzo de 1976.

"Ahora bien: Tomando en cuenta cualquiera de las fechas indicadas, y partiendo de la base, que como se deja atrás señalado, el predio fue invadido violentamente por inspiración del INCORA desde el año de 1971, era físicamente imposible que los términos para que ocurriera la extinción del dominio físicamente no pueden darse.

"Veámos: Sí, se tiene la interpretación acertada de que las normas de la Ley 200 de 1936, y con ellas obviamente las de extinción del dominio sólo fueron posibles a partir de la vigencia de la Ley 1ª de 1968, los diez (10) años vencerían en 1978; pero con la vigencia de la Ley 4ª de 1973, los tres (3) años vencerían en 1976.

"Y el predio, como se demostrará durante el curso del proceso, fue invadido violentamente desde 1971, de donde se deduce la imposibilidad jurídica de aplicar dichas normas.

"Pero si se toma como fecha de aplicación de la Ley 200 en el territorio del Departamento del Meta la que creó este departamento, entonces tenemos que sólo a partir de 16 de diciembre de 1969 pueden contarse los 10 años.

"Y como la Ley 200 de 1936 exigía que fuesen 10 años contínuos, bastaría demostrar, lo que se hará en el curso del proceso, que uno de dichos años hubo explotación económica racional, para que el término empezara a contar de nuevo, y volvemos a caer en el año de 1971, cuando se produjo la invasión.

"La Resolución 1475 de la Gerencia del Incora dice textualmente:

> " 'De otra parte, es preciso anotar que la existencia de un proceso ordinario reivindicatorio no era óbice para que la Administración adelantara el procedimiento de extinción, de una parte, porque la prejudicialidad que parece insinuar el recurrente no está contemplado en norma jurídica alguna, y de otra porque a través del proceso ordinario mencionado se busca que las autoridades judiciales declaren quién es el titular de un derecho sustancial como es el de propiedad, sin entrar en consideraciones de si ese titular adelanta o no la explotación económica que exige la ley agraria'.

"No puede concebirse mayor despropósito. En primer lugar una cuestión de bulto: Cuando un propietario es desposeído de un bien, en una civilización ordenada y en un estado de derecho, no tiene otro recurso que acudir a las autoridades para que se lo restituyan. El hecho de que exista el proceso reivindicatorio indica que el ciudadano

de bien acudió exactamente al medio que le brindaban las leyes, y que por consiguiente, mientras no exista un acto de autoridad que lo restituya a la propiedad que perdió, está imposibilitado para explotarlo. Lo demás es simple sofisma de distracción, una burda argumentación para tener, en el papel, logros para el INCORA que de otra manera no pueden mostrar.

"Pero además: Está presentando el hecho, bajo dos aspectos. El primero, con la ocurrencia de un caso fortuito o fuerza mayor. La fuerza de la invasión, que fue propiciada en este caso por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, por intermedio de sus funcionarios, a la cual fue imposible resistir, salvo por los medios que la ley brinda, es decir promoviendo procesos civiles, es un típico acto de fuerza mayor, definido así por el artículo 1º de la Ley 95 de 1890, que dice:

> " 'Se llama fuerza mayor caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de los enemigos, los autos de autoridad ejercidos por funcionario público'.

"La invasión es exactamente eso: Es un imprevisto al que no es posible resistir sino por medio de la ley. Demostrada como está la invasión, demostrado que se está haciendo lo que la ley permite hacer, y que a pesar de ello no se ha recobrado la tenencia del bien, sólo con violación de todas las normas legales y llevándose de calle el ordenamiento jurídico de un país es posible hacer las afirmaciones que hace el Instituto.

"Pero por el otro lado: Si hay una explotación económica del predio, y los Jueces dicen que ella pertenece al propietario del bien, o que la adquiere porque los ocupantes lo son de mala fe, es obvio que a él lo beneficia y que no podrá decretarse la extinción del dominio. Es burdo el sofisma que contiene la proposición transcrita del Instituto, y él viola todas las normas legales.

"Capítulo segundo. Violación de la propiedad.

"En una serie de hechos de los cuales la primera constancia escrita que tengo, hasta el momento, es la comunicación 003172 de 1º de julio de 1971, suscrita por el Jefe del Departamento Jurídico del Proyecto Meta número 1 del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, esta entidad atentó, en materia grave, contra la propiedad de unos pacíficos ciudadanos, violando en primer lugar el artículo 16 de la Carta que les ordena a las autoridades proteger la vida, honra y bienes de los ciudadanos, el artículo 30 de la misma copilación que define y defiende la propiedad, las normas del Código Civil que hacen lo mismo, y, por último la Ley 200 de 1936 que define cuando es un terreno baldío y cuando es de propiedad privada, y, en general todo el ordenamiento jurídico del país.

"Dije atrás que la primera constancia escrita que conozco hasta ahora es una comunicación de julio de 1971; pero en ella misma se da cuenta de que existen antecedentes, también escritos, y un expediente, el número 1747, respecto del cual nos habremos de encontrar en el curso del proceso, para esclarecer la motivación de los funcionarios del INCORA.

"Pero por ahora el seguimiento puede hacerse con mucha facilidad: Ya en julio de 1971 el Instituto confesaba haber tomado providencias anteriores en relación a un predio denominado El Porvenir, que fue propiedad, como queda atrás acreditado, de don Justo Céspedes Neira, y del cual hizo parte el predio 'Casa de Zinc' sobre el cual versa este proceso, pues le fue adjudicado a su hija doña Nohemí Céspedes en el proceso de su sucesión. Y cuáles fueron esas actuaciones? Muy fácil de descubrirlas: Aprovechando la muerte de don Justo Céspedes, y el natural desorden que en su familia causa este hecho, pretenden, primero, declarar que sobre el predio se han cumplido las normas sobre la extinción de dominio; pero eso es un proceso largo, complicado, en el cual no va a ser fácil hacer la demostración de las circunstancias de hecho que acreditan el cumplimiento de la figura excepcional de la extinción del dominio. Entonces, resuelven decir que el predio es baldío, y comunicarlo así a los usuarios, en una clara invitación a que se apoderaran de él. Si la máxima autoridad del país, por la vía gubernativa, en materia de tierras, el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, al cual, por ley le corresponde administrar las tierras baldías, y tomar las medidas que corresponda conforme a las leyes en los casos de indebida apropiación de tierras baldías, y clarificar la situación de las tierras desde el punto de vista de su propiedad, a objetos de identificar con la mayor exactitud posible las que pertenecen al Estado, le dice a los usuarios campesinos, es decir a las personas que están esperando tener tierra, que una propiedad determinada es terreno baldío es, claramente una invitación a que invadan el predio, o mejor aún, se les da a los campesinos la certeza de que esas tierras, de acuerdo con la Constitución y las leyes de la República, están abiertas, libremente, a su trabajo, a su iniciativa.

"En otras palabras, y hablando un tanto familiarmente: Es una clara invitación a que invadan las tierras.

"Pero el INCORA no tenía aún la certeza de que las tierras fuesen o no baldías, y entonces inicia un proceso, citando unos linderos absurdos, pero determinando claramente, por los nombres, cuáles eran los predios sobre los cuales quería ejercer su acción; con base en ese proceso absurdo hace inspección, en la cual deniega todo derecho de defensa a los interesados, inspecciones que no tenían ningún sentido y con las cuales grava a los propietarios de manera arbitraria, porque les exige pago de gastos, pago de peritos que el mismo instituto designa, y que no tenían oficio de ninguna naturaleza.

"El fin de dichas inspecciones era tomar contacto con los invasores, cuyo censo establece, pero cuyas declaraciones completas no transcribe, y niega a los propietarios el derecho que le concede el artículo 109 del Código de Procedimiento Civil de tomar las declaraciones con grabadora, a pesar de lo cual tiene que admitir, en el cuerpo del acta, que los invasores declaran haber entrado en el predio en virtud de la comunicación atrás citada. El funcionario —que firma la declaración es recusado—, porque había prejuzgado diciendo que los terrenos eran baldíos, y él acepta la recusación, y su causa. A pesar de ello los funcionarios superiores del Instituto, con lo cual se configura más aún la culpa de esta institución, no aceptan la recusación y el funcionario debe seguir sustanciando el proceso. A pesar de todo ello debe concluir con una resolución, dictada en 1974, en la cual reconoce que el terreno es de propiedad privada.

"Como en virtud de las normas citadas en el capítulo anterior las normas sobre extinción de dominio no podían aplicarse en el Departamento del Meta, y además el término de 10 años aparecía demasiado largo, los funcionarios del Instituto se esperaron, apenas, lo suficiente para que el término establecido en la Ley 4ª de 1973 pudiera alegarse, y dictaron en la Resolución número 419 de 12 de julio de 1979, por la cual iniciaron el proceso de extinción de dominio que concluyó, con inusitada celeridad en el INCORA, sólo tra (sic) años después, con las resoluciones que estoy impugnando.

"Está claro el cambio que pretende seguir el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria: Incitar a una invasión, tratar de declarar que los terrenos son baldíos, y en vista de que todo ello fracasa, declarar la extinción del dominio aduciendo razones tan obtusas como las que atrás se analizaron".

II

Alegato presentado por el mandatario judicial de la parte demandante:

Obra a folios 66 y siguientes del cuaderno número 1. A lo largo de él se hacen las siguientes precisiones de orden jurídico y fáctico:

"1. *La extinción del dominio.*

"1.1.1. El artículo 6º de la Ley 200 de 1936 estableció la extinción del derecho de dominio, por cuando se dieran dos circunstancias: a) No haber poseído el predio en la forma prevista en el artículo 1º de la misma ley, es decir, explotándola económicamente; y b) Que tal falta durara 10 años continuos.

"1.1.2. La Ley 4ª de 1973, que entró en vigencia el 29 de marzo de ese año, redujo el término a 3 años.

"1.2. El expediente que culmina con las resoluciones afectadas se inició el 12 de junio de 1979, fecha de la resolución inicial; luego no podía aplicar para la extinción el período de 10 años.

"1.3. Tampoco lo podría aplicar pues la Ley 200 de 1936 sólo empezó a regir en los Llanos Orientales a partir de 23 de marzo de 1973, tal como expuse en el Capítulo 1º del punto 2.2. de la demanda.

"1.4. Por último, los señores peritos Jaime Galindo y Ricardo Henao dicen, tanto en su dictamen como en la declaración que de el hicieron, a) '...se establece que sí hubo explotación en los predios «El Porvenir» y «Casa de Zinc» anterior a octubre de 1971 (fl. 416 cuaderno de pruebas del demandado);

"b) '...estas tierras tienen una cabida comprobada de una y media cabezas por hectárea' (*ibidem*, fl. 426).

"Y el predio 'Casa de Zinc', que tenía 200 hectáreas (ver declaración del predio ante INCORA) o 226 (ver Resolución 4389 de INCORA), tenía las siguientes cargas de ganado hasta 1972 (ver declaraciones de renta de la actora, entonces soltera y quien declaraba como Nohemí Céspedes Iregui). Cuaderno de pruebas del actor,

"en 1970:	De la sucesión	362
	De herederos de Justo Céspedes Ltda.	403
	De Justo Céspedes e Hijos	200
		965
"en 1971:	De herederos de Justo Céspedes Ltda.	352
	De Justo Céspedes e Hijos	244
		596
"y en 1972:	De herederos de Justo Céspedes Ltda.	246

"Como a la señora Nohemí le correspondía el 23.234% tenía, en 1970, 224, en 1971, 138 y en 1972, 57.

"En la declaración del predio al INCORA se dice que hay 179 cabezas.

"Al fijar la cabida, los señores peritos asumen dos hechos que no existen: Que se corrijan algunos defectos del suelo y que se siembre pasto 'Brachiaria'. La ley no exige esto; lo que requiere es que se explote conforme a lo que se puede en el país y en la región; además, los peritos se refieren a 1987; la explotación que se califica se llevaba en 1970.

"El estado económico de mi cliente causado por el INCORA —al cual me refiero en escrito aparte— impidió probar las fallas del experticio. Pero ellas saltan de bulto.

"Ruego al señor Magistrado tener en cuenta que la señora Nohemí Céspedes de Tejeiro —no su apoderado— está en malísima situación económica por los desaguisados del INCORA; y que la ley no exige siembra de pastos exóticos, ni corregir defectos naturales del suelo. Sólo que se explote lo que hay; incluyendo las sabanas de pastos naturales que dan derecho a que se adjudiquen baldíos en extensión superior a la normal (Ley 135 de 1961, 3º).

"Los peritos no comprendieron que la ley —que no se ha puesto al día en términos de agronomía— clasifica los suelos como de primera, mediana e inferior calidad (Decreto 59 de 1938, art. 6º); y que a esta clasificación legal debemos atenernos, para encuadrar lo que ellos dicen de los suelos ('magníficas características físicas en cuanto a la primera y fácilmente corregibles en cuanto a la segunda'), en la clasificación legal, debe tenerse en cuenta que la ley pide un mínimo, por debajo del cual, no hay explotación, y que los señores peritos fijan un máximo de eficiencia, con los suelos 'corregidos' y pastos artificiales.

"Así las cosas, los suelos, *hoy* son de mediana calidad. Y se requieren 2 hectáreas por cada cabeza: Es decir, 100 cabezas de ganado (o 108 si se quiere).

"1.5. Así pues, hasta 1972 no hay posibilidad de que se declare la extinción; porque ni la ley se podía aplicar, ni se daban las condiciones de hecho.

"2. *Extinción del dominio a partir de 1971.*

"2.1. *Las invasiones.*

"2.1.1. En la demanda relaté los hechos; se produjeron en 1971 más invasiones. Su causa no importa por ahora. El hecho está probado por las copias de las actuaciones ante la Alcaldía de Villavicencio y la Gobernación del Meta, ante los Juzgados del Circuito de Villavicencio y el del Tribunal del Meta. Por la copia de la diligencia de inspección llevada a cabo dentro del proceso que adelantó el INCORA para clasificar la propiedad del predio. Por el contenido de las resoluciones del INCORA. La solicitud de los empresarios que obra a los folios 1 y 2 del expediente administrativo de extinción de dominio; el informe de visita previo (fls. 3 a 5, *ibídem*) y sobre todo la declaración de los colonos que obra al folio 103 de ese mismo expediente.

"2.1.2. La Ley 4ª de 1973, artículo 3º, reconoció expresamente la excepción de imposibilidad para la obligación de explotar el predio.

"La fuerza mayor o el caso fortuito son, según el artículo 1º de la Ley 93 de 1890 'el imprevisto el que no es posible resistir'.

"La invasión es imprevista y así ocurre siempre; los propietarios, en la época en que se gestó, estaban comenzando a administrar la herencia del padre muerto (señora Nohemí Céspedes era, apenas, una niña, hija de familia, recientemente huérfana, que había de encarar problemas para ella desconocidos); no podían tener aún la sagacidad del progenitor. Pero, aun cuando la hubiesen tenido; pues, cómo informarse del asalto que a sus bienes perpetraban los funcionarios del INCORA. Cómo prever el despojo? Ello no era posible; la esencia de la invasión es esa (entre paréntesis: 'El otro sendero' del peruano Hernando de Soto pinta con colores vivos y con extensa documentación, el medio y revela cómo el silencio es necesario, hasta cuando se da el golpe).

"Y cómo se resiste? Luchando personalmente, y con armas como haría un mafioso —ella joven, señorita— contra la Asociación Municipal de Usuarios de Villavicencio, aupada por el INCORA (ver cartas de los fls. 242 y 243 del cuaderno de pruebas del autor)? No; sólo hay una forma: Acudir a las autoridades; y entre tanto, dejar a los intrusos.

"Y resulta que se acude a la Policía (ver certificación); y ella nada hace. Entre tanto los invasores profesionales incitados por el INCORA, cambian y hacen que las demandas iniciales no tengan efectos. Pero sus causahabientes siguen allí. Y no hay fuerza capaz de sacarlos.

"Es, pues, claro que se dan los dos elementos; hay un hecho imprevisto al que no se puede resistir.

"El INCORA (ver Resolución 1475), pese a la evidencia de los hechos que reconoce y acepta dice que la fuerza mayor o el caso fortuito son un 'acontecimiento natural extraordinario'; y que, además, el apoderado de quien hoy es mi cliente no lo demostró en la diligencia de inspección.

"La primera objeción desaparece con el ejemplo que trae la propia ley; apresamiento por enemigos, actos de autoridad. Ellos son actos humanos. En cuanto a la segunda: Fue en la diligencia de inspección —prueba principal, pero no única— cuando se verificó (en este expediente, porque el INCORA ya sabía que había invasiones. Las había propiciado) la existencia de los colonos que habían pedido la acción del INCORA contra los dueños, diciendo que estaban allí desde hacía 10 años (ver fls. 1 a 5 y 103 del expediente).

"2.2. Conclúyese claramente que a partir de 1971 —o por lo menos de 1973— hubo fuerza mayor que ha impedido, desde entonces, la explotación del predio.

"3. *La operación administrativa.*

"3.1. Cuando comenzaron las invasiones —1971, 1972— era Gerente del INCORA el doctor Antonio Barberena, quien decía que tenía 'sangre de invasor'. Y Ministro de Agricultura el recientemente fallecido J. Emilio Valderrama, quien afirmaba que había reforma agraria apoyado en las asociaciones de usuarios. Son hechos notorios, que no requieren prueba.

"Siguiendo esta línea de conducta —que produjo, como reacción, el 'Acuerdo de Chicoral' o Ley 4ª de 1973—, los funcionarios menores amparan a las asociaciones para invadir. En este caso, el Jefe del Departamento Jurídico del Proyecto Meta 1 del INCORA le dijo (el 1º de julio de 1971) textualmente a la Asociación de Usuarios de Villavicencio (fl. 242 del cuaderno de pruebas del actor):

> " 'Quiero comunicar a usted la situación jurídica con relación al predio denominado El Porvenir, ubicado en la vereda Vilvania, Inspección de Policía de Pachiaquiaro, Municipio de Villavicencio que fue de propiedad de Justo Céspedes...'
>
> " 'El Instituto inició diligencias de extinción de dominio privado sobre el predio, dentro de las cuales ha aparecido que el predio es baldío...'

"Y el 15 de diciembre de 1971, el Director del Proyecto Meta citado, afirma en carta dirigida al Procurador Agrario con destino al expediente donde cursaba el amparo posesorio solicitado por mi cliente (fl. 243, cuaderno de pruebas del actor):

" 'En consideración al certificado de tradición cuando el predio El Porvenir figuraba en cabeza del señor Justo Céspedes, como el de los actuales poseedores se colige de estas tierras están consideradas como baldías...'

"Y, como dicen en la costa y pese —o quizás por— la maravillosa redacción de ambas misivas, ¡muerto, querás misa!: Asociación de Usuarios: Quieres invadir.

"Desde luego, la Asociación invadió. Pese a que los funcionarios del INCORA levantaron mal un acta y no dijeron toda la verdad e impidieron que la prueba que yo había levantado —verla en el cuaderno de pruebas del actor— se incorporara al acta (fls. 252 y ss. del cuaderno de pruebas del actor), hubieron de aceptar (ver fl. 257 mismo cuaderno):

> "El abogado de los propietarios expresa: 'Los señores Pedreros y Tejedor manifestaron al ser preguntados por mí que sabían que el terreno que ocupaban era baldío por exis-

> tir documentos provenientes del INCORA...El funcionario comisionado...Igualmente se deja constancia de que lo dicho por el apoderado en relación con los colonos que ha mencionado fue expresado por éstos en presencia del personal de la diligencia...'

"Como ocurre siempre, los colonos ocupantes fueron cambiando; venden lo que han usurpado a otros: Pero son sus causahabientes (ver Resolución 1475 del INCORA: '...la forma como adquirieron los terceros, esto es, por compras de mejoras hechas de buena fe o por ocupación directa de terrenos incultos con más de tres años de abandono...'). Pero el hecho es poderoso e inocultable; el INCORA auspició la invasión para 'asentar —así dice la jerga agrarista— unos campesinos'. Y ellos todavía están ahí. Tarde o temprano un Gerente del INCORA saldría en la prensa dándoles el título de las tierras que adquirió por medios devitandos —si el Consejo no lo impide— la burocracia del INCORA.

"Para finalizar este aparte; pese a su decisión, la burocracia del INCORA es lenta (como toda la burocracia). Por eso (ver el fl. 103 del expediente administrativo), los ocupantes —con firmas que aumentan como siguiendo el mandato bíblico— urgen al INCORA para que termine con su 'operación', en términos que son reveladores:

> " 'En el próximo mes de octubre se cumplen diez años de estar trabajando estas tierras aptas para la agricultura que por esa época eran incultas porque eran montañas de la Nación según oficio del INCORA, entidad oficial del Estado...'

"2.2. El INCORA comenzó diciendo: Los predios son baldíos, aún en presencia del certificado de libertad y propiedad; señores usuarios, adquieran mejoras. Y ellos procedieron así.

"Pero la presencia del certificado algo les debió molestar; y entonces acudieron al recurso de averiguar si el terreno había salido del patrimonio del Estado. El esguince jurídico falló: Los títulos eran muy sólidos.

"Entonces acude al último expediente; inicia un procedimiento para determinar si cabe la extinción de dominio. Y sin ningún rubor —cómo lo iba a tener, si llevaba 12 años trabajando para ello— dice que los colonos habían ocupado de buena fe rastrojos de 3 años, cuando la ley agraria exige 5, que la fuerza mayor y el caso fortuito son acontecimientos naturales y que su existencia no se hizo constar por la dueña en una diligencia en cuya acta se decía que estaban. Y declaran la extinción del dominio.

"2.3. Algunos documentos que se presentaron en copia que han obrado al expediente sin haber sido tachados ni redargüidos de falsos,

por lo cual son auténticos (C. de P. C. 253,3) carecen de estampillas. La explicación es clara: La copia pagaba impuesto de timbre cuando se expedía por funcionarios oficiales (Ley 2ª de 1976, art. 14, numeral 11); las que aporté no tienen ese origen. Las declaraciones de renta v. gr., son elaboradas por el contribuyente; el funcionario oficial pone la nota de recepción, que no es una copia; y así otras.

"En otros casos son tomadas de archivos privados, sin autenticar, así v. gr., la carta de 1º de julio de 1971 del INCORA no está tomada de los archivos del INCORA; pero obró en autos sin ser fechada y concuerda con otras referencias.

"Finalmente, hay otros casos, las expedidas después de 24 de diciembre de 1986, que no requieren el impuesto de timbre, que fue derogado.

"3. *Conclusiones.*

"Conclúyese de lo dicho y probado:

"A) La extinción de dominio no se pudo aplicar en el Meta sino a partir de 1968; o, si acaso de 1959. Por consiguiente, los 10 años que fijaba la Ley 200 de 1936 para que operara el fenómeno sólo vencían en 1978, o en 1969;

"B) Hay demostración plena de que en 1963 v. gr., el señor Céspedes tenía 2315 cabezas de ganado lo que da un índice mayor a 2 cabezas/ha.; en 1965, 1093 cabezas, 2 cabezas/ha.; en 1966, 2008 reses; y en todos los casos la extensión del predio utilizada en ganadería es menos, pues hay explotaciones agrícolas (ver las declaraciones de renta).

"Luego de 10 años para que opere el fenómeno vencen en 1976, porque la inexplotación ha de ser contínua 'durante 10 años *contínuos*', decía la Ley 200; 'durante tres años contínuos' dice la Ley 4ª de 1973.

"A partir de 1973 (o antes), ha habido fuerza mayor representada por invasores.

"Luego la extinción del dominio no cabe y las resoluciones de INCORA son nulas, por ilegales;

"C) El INCORA indujo la invasión para 'asentar' unos campesinos, cuyo logro parece haber cumplido, pues como puede verse del expediente —inclusive un documento de la Procuraduría, antiguo y que por su edad no aporté al proceso, dice que a la familia Céspedes (a quienes reconoce, se despojó) pueden acudir a los Jueces— erradican 50 familias no es posible.

"Pero al hacerlo violó la ley, tal como se dice en la demanda y causó a mi cliente los siguientes perjuicios:

"—La desposeyó de su propiedad, hoy irrecuperable.

"—La privó de su producido, por lo menos desde 1973 hasta que se le devuelva o se le indemnice.

"—La obligó a hacer gastos y erogaciones.

"Por todo lo anterior, los pedimentos de la demanda son justos y deben ser atendidos.

"Habiendo interesantes puntos de derecho y muchos de hecho que se prestan para ser dilucidados ruego a ustedes concederme una audiencia (C. C. A. 147)".

III

Conducta del apoderado del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria —INCORA—:

En su alegato de conclusión, visible a folios 75 y siguientes del cuaderno número 1, destaca:

"La demanda.

"Mediante apoderado la parte actora solicitó que, previos los trámites de un proceso ordinario, se declare la nulidad de las Resoluciones números 04389 de 3 de diciembre de 1980 y 01475 de 6 de mayo de 1982 de Gerencia General de INCORA y las aprobatorias de Junta Directiva números 00130 de 3 de diciembre de 1980 y 068 de 6 de mayo de 1982, y que además se paguen las indemnizaciones a que haya lugar por los hechos de la administración que concluyeron en las resoluciones cuya nulidad se solicita.

"Se exponen por el apoderado los hechos según los cuales y conforme su apreciación muy personal pudo haberse violado la normatividad así como el concepto de esta violación para concluir en una acumulación de pretensiones: La nulidad de las resoluciones que declararon extinguido a favor de la Nación, el derecho de dominio privado sobre el predio rural denominado 'Casa de Zinc', proceso especial de revisión, y pago por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria de las indemnizaciones a que haya lugar, acción indemnizatoria. El honorable Consejo de Estado debió interpretar que era lo intentado por la parte actora en su demanda y por ello al folio 55 del cuaderno número 1, se lee: 'En el presente caso se trata de la típica demanda de revisión consagrada en la legislación agraria en torno a las actuaciones del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria en un procedimiento administrativo de extinción del dominio. *Las circunstancias de no revelarlo claramente el actor en su libelo, y, además, referirse*

a una «acumulación de pretensiones» no hace inane la demanda...' (He subrayado).

"Consideraciones.

"Se trata según lo consignado anteriormente de una demanda de revisión de los actos por los cuales y después de agotar el procedimiento correspondiente, se declaró la extinción del derecho de dominio privado sobre el predio rural denominado 'Casa de Zinc', ubicado en jurisdicción del Municipio de Villavicencio, Departamento del Meta, de conformidad con las previsiones legales de las Leyes 200 de 1936 y 135 de 1961 y sus Decretos reglamentarios.

"La extinción del derecho de dominio privado procede según el artículo 6º de la Ley 200 de 1936 cuando el propietario ha dejado de ejercer la posesión material en la forma prevista en el artículo 1º de la misma ley, mediante la explotación económica del suelo con hechos positivos propios de dueño, por el término señalado en el artículo 3º de la Ley 4ª de 1973, 3 años a partir de la vigencia de la ley.

"En los procedimientos administrativos que se adelanten para ver si procede la declaración de extinción del derecho de dominio privado, la prueba sobre la explotación económica del fundo corresponde al propietario, artículo 24 de la Ley 135 de 1961 y 11 del Decreto número 1577 de 1974, y se precisa en estas normas que la demostración de la explotación económica del fundo o parte de él, deberá demostrarse mediante inspección ocular, tanto en el trámite administrativo ante INCORA como en el proceso de revisión ante la jurisdicción contenciosa y si al momento de la práctica de ésta no hubiere explotación agrícola o ganadera pero el propietario alegare que han existido durante el término fijado por la ley para la extinción del dominio, se permite aducir pruebas que complementen lo determinado en la inspección.

"Sobre la explotación del predio el artículo 26 de la Ley 135 de 1961 prescribe que lo cultivado por colonos que no hayan reconocido vínculo de dependencia del propietario, no se tomará en cuenta para los efectos de demostrar la explotación económica del fundo. De acuerdo pues con las disposiciones legales sobre extinción del derecho de dominio la prueba fundamental que el propietario afectado tiene es la inspección ocular acompañada de peritos y complementariamente presentación de declaraciones de renta, contratos de prenda agraria o libros de comercio. En el caso que nos ocupa, tanto en el trámite administrativo ante INCORA como en el del proceso contencioso ante el honorable Consejo, la parte actora a través de sus apoderados solicitó y obtuvo decreto y práctica de la inspección establecida en las normas pertinentes y, en ésta y sus dictámenes complementarios, no acreditó que adelantase en el predio 'Casa de Zinc', explotación económica en los términos de la Ley 200 de 1936, ni demostró las razones

o circunstancias por las cuales no adelantaba esta explotación económica sin cuestionar en manera alguna la ocupación de los diez (10) colonos que sin vínculo de dependencia alguna con la propietaria inscrita, adelantaban explotaciones económicas por cuenta propia en el predio afectado. Esto consta en el trámite administrativo adelantado al efecto y cuya fotocopia auténtica fue agregada finalmente al expediente contencioso.

"Este aspecto de la inexplotación y la conducta observada al efecto por la parte actora se destaca en las dos Resoluciones de Gerencia General de INCORA así:

"Resolución número 04389 de 3 de diciembre de 1980: '...En esta clase de procedimientos administrativos la carga de la prueba sobre la explotación económica del fundo corresponde al propietario, acorde con lo preceptuado por los artículos 24 de la Ley 135 de 1961 y 11 del Decreto 1577 de 1974. En el presente caso, el propietario mediante apoderado, solicitó la práctica de una inspección ocular con intervención de peritos, lo cual constituye prueba principal para demostrar explotación económica de conformidad con las disposiciones en cita.

" 'Según consta en el acta de inspección ocular y en el dictamen pericial, por parte del titular del dominio no se adelanta ningún tipo de explotación económica sobre el fundo ya que éste se encuentra en su totalidad en poder de 10 campesinos, quienes no reconocen dominio ajeno ni tienen vínculo de dependencia alguna con la propietaria y quienes adelantan labores de explotación agrícola y pecuaria que llevan a cabo por su cuenta y riesgo, lo cual permite a este Despacho afirmar que sobre el predio no se ejerce por parte del propietario la explotación económica prevista en el artículo 1º de la mencionada Ley 200 de 1936...'

"Resolución número 01475 de mayo 6 de 1982: '...Por el contrario, en el acta correspondiente a dicha prueba, quienes la suscribieron afirman que: El predio «Casa de Zinc» se encuentra en su totalidad en poder de 10 ocupantes, quienes manifestaron que no tienen vínculo de dependencia con la poseedora inscrita, señora Nohemí Céspedes de Tejeiro, ni reconocen dominio ajeno sobre los terrenos que ocupan, ya que según expresaron, adquirieron la posesión de los mismos, bien por compra de mejoras a quienes consideraron dueños o bien por fundación en terrenos incultos y llevaban más de tres años de inexplotación cuando entraron a ocuparlos. *En ningún momento se hizo objeción alguna por parte del hoy apoderado recurrente, al dicho de los colonos* (subrayo) y tampoco vino a hacer demostración alguna directamente ni por intermedio de los peritos que participaron en la prueba, que hubiere acreditado una explotación económica anterior a la ocupación...mal podría ahora la administración aceptar la ocurrencia de circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito que en ningún momento se probaron como hechos extraordinarios, irresistibles e imposibles de detener...' 'Si en la oportunidad procesal para

ello no se acreditaron los hechos que hubieran impedido la declaración de extinción no se podría más adelante aducir otras circunstancias y sin probarlas, pedir la anulación de actos cuya legalidad frente a las normas pertinentes es incuestionable'.

"En el trámite ante la jurisdicción contenciosa también se solicitó la práctica de una inspección ocular con intervención de peritos para probar varios hechos aducidos en la demanda pero al momento de practicarse ésta por el Tribunal comisionado al efecto, el del Meta, y según consta en el acta obrante a los folios 404 a 406 del cuaderno número 3 del expediente, la parte actora circunscribió la prueba pericial al examen de las declaraciones de renta que obraban en el expediente que estaba en el Consejo de Estado, y al hacerlo de esta manera no probó nada en contra de los actos demandados ni de hechos que pudieran justificar la inexplotación por parte de la propietaria inscrita pues el propio dictamen pericial rendido por los auxiliares de la justicia designados por el Consejo, permite concluir el abandono y consiguiente explotación deficiente o inexistente en el predio 'Casa de Zinc', por parte de su propietaria inscrita. Esto se deduce claramente del siguiente aparte del dictamen: 'Sin embargo se observa que la explotación agropecuaria técnicamente hablando, *se mantuvo siempre por debajo de la media proporcional,* inclusive en el nivel de pérdida'.

"Al aclarar la manifiesta inconformidad del apoderado de la parte actora sobre el dictamen y su conclusión transcrita anteriormente, que permitía deducir abandono e inexplotación del predio extinguido, los peritos señores ingenieros agrónomos Jaime R. Galindo B. y Ricardo Henao Castaño, precisaron: '...Los terrenos de la finca en referencia *no* son de baja calidad ni ese término se usa en suelos. Al contrario corresponden a dos series de Vega del Caño «Quenane», con magníficas características físicas.

" 'Estas tierras tienen una cabida comprobada de una y media cabezas por hectárea cultivada en pasto Brachiaria pues si se tiene pasto natural o grama *no se está utilizando racionalmente el terreno...*'

"Conforme lo anterior, las resoluciones acusadas sólo cumplen con la normatividad al respecto y su legalidad con que entraron al proceso se mantiene incólume, razón que me lleva a solicitar nuevamente al honorable Consejo, denegar las súplicas de la demanda.

"Adicionalmente considero debe estudiarse por la Corporación falladora la ineptitud formal de la demanda por la indebida acumulación de pretensiones, al tenor de lo alegado por el apoderado original de INCORA cuando repuso el auto admisorio de la demanda y para ello hago mías y solicito se den por reproducidas en este escrito, las alegaciones formuladas entonces y obrantes en el cuaderno número 1 del expediente".

IV

Vista Fiscal:

La Fiscal Segundo de la Corporación, doctora Edné Cohen Daza, en su concepto de fondo, dice:

"La actora afirma ser propietaria del predio denominado 'Casa de Zinc' ubicado en jurisdicción del Municipio de Villavicencio, Departamento del Meta. El predio lo adquirió la señora Céspedes por adjudicación que se le hiciera en el juicio de sucesión de su padre Justo Céspedes Neira, quien falleció en el año 1967.

"En la demanda se afirma, que el señor Céspedes Neira adelantaba en dicho predio una excelente explotación agropecuaria. Después de la muerte del padre de la actora, y como consecuencia natural de ese hecho, hubo un poco de desorden administrativo. Las circunstancias anteriores fueron aprovechadas por numerosas personas, quienes incitadas por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, invadieron la finca denominada El Porvenir, dentro de la cual se encontraba el predio 'Casa de Zinc'.

"Por Resolución número 03264 de agosto 2 de 1972, del INCORA, se inició el proceso para 'clarificar la situación jurídica' del mencionado predio. Se afirma en la demanda, que durante el curso del proceso se cometieron por parte de los funcionarios del INCORA, toda clase de abusos y se incitó abiertamente a los invasores a permanecer en el predio. Finalmente y no obstante todos los esfuerzos, el proceso concluyó con la Resolución número 2374 de julio 24 de 1974 reconociendo el derecho de propiedad privada del predio.

"Se inició pues el proceso administrativo de extinción del derecho de dominio del inmueble en 1979, el cual culminó con la Resolución 4389 de diciembre 3 de 1980 por medio de la cual se declaró extinguido el dominio del predio 'Casa de Zinc'.

"El demandante explica el concepto de la violación, señalando cómo los actos acusados violaron las normas que cita. Indica así mismo cómo existió abuso y desviación de poder en las actuaciones del INCORA.

"Expresamente dice en la demanda: 'Es claro que estoy acumulando dos pretensiones: Que se anulen las resoluciones que declaran la extinción del dominio, y se paguen por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria las indemnizaciones a que haya lugar; y que se paguen, además las indemnizaciones a que haya lugar por los hechos de la administración que concluyen con las citadas resoluciones, y que se inician con la invasión del predio de mi mandante'.

"La demanda inicial que figura al folio 18 del cuaderno 1 fue corregida como aparece al folio 36 del cuaderno 1.

"En este último memorial el representante legal de la actora, además de solicitar la nulidad de los actos administrativos antes mencionados pide que se declare: 'Segunda. El Instituto Colombiano de la Reforma Agraria es responsable de la invasión ocurrida sobre el predio «Casa de Zinc» de propiedad de Nohemí de Tejeiro (tal como adelante se especifica y alinda), ubicado en el Municipio de Villavicencio, Departamento del Meta.

"'.....

"'*Cuarta.* El Instituto Colombiano de la Reforma Agraria debe pagar a Nohemí Céspedes de Tejeiro el valor actualizado de los daños y perjuicios sufridos por ella en razón de que se la despojó de la tenencia del predio «Casa de Zinc», en especial por lucro cesante y por gastos realizados, desde cuando la invasión se inició hasta cuando se le devuelva el predio. Todo actualizando su valor'.

"El actor al tiempo que demandó los actos administrativos que a su entender fueron ilegales, también solicita que se declare que el INCORA es responsable de la invasión ocurrida en el predio denominado 'Casa de Zinc' y como consecuencia de ello, pide que se ordene el pago de los perjuicios sufridos por tal hecho. Las anteriores solicitudes no podían ser formuladas en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 67 antes mencionado, pues ellas se refieren a un proceder, que a juicio del actor atentó gravemente contra la propiedad. El hecho de la administración, consistente en formular o iniciar la invasión del predio de propiedad de la actora, por el que también se demanda, únicamente era posible hacerlo en acción de restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 68 de la Ley 167 de 1941.

"Tiene razón y este despacho respalda y acoge plenamente, lo argumentado por el representante del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, en memorial visible a folios 42 y siguientes del cuaderno 1.

"La demanda y su adición constituyen el marco de acción del Juez que debe decidir. Lo que se pretenda explicar por fuera de ella, que conlleve una modificación del contenido mismo de la demanda, no puede aceptarse. Pues atentaría contra el principio de la igualdad de las partes y contra las normas del debido proceso, pues las normas de procedimiento señalan de manera expresa la oportunidad y la manera como debe corregirse la demanda. En el presente caso la parte actora hizo uso de esa oportunidad que le ofrecía la ley y corrigió su demanda, con tan mala fortuna que lo hizo para insistir y para afianzarse aún más en el error.

"Existe pues en el presente caso una ineptitud sustantiva de la demanda, que impide un pronunciamiento de fondo.

"Por lo expuesto esta Fiscalía se permite solicitar a la honorable Sala declare la ineptitud de la demanda y se inhiba de fallar el asunto propuesto".

V

Consideraciones de la Sala:

A) Como el apoderado del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria —INCORA— en su alegato de fondo, manifiesta que "...debe estudiarse por la Corporación falladora la ineptitud formal de la demanda, por la indebida acumulación de pretensiones...", la Sala considera de interés recordar que al asunto le dio un manejo inicial el Consejero conductor del proceso, en auto calendado el día veinticuatro (24) de agosto de mil novecientos ochenta y tres (1983), cuando definió:

> "En el presente caso se trata de la típica demanda de revisión consagrada en la legislación agraria en torno a las actuaciones del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria en un procedimiento administrativo de extinción del dominio".

Las circunstancias de no revelarlo claramente el actor en su libelo, y, además, referirse a una "acumulación de pretensiones" no hace inane la demanda, máxime si se tiene en cuenta que es el propio apoderado del actor quien arroja claridad sobre el asunto en el memorial en que pide se rechace el recurso, cuyo contenido fundamental se ha transcrito.

En el auto citado por el señor apoderado del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, dictado por la Sección Tercera de la Sala Contenciosa del Consejo de Estado, con fecha 8 de febrero de 1979, y del cual fue ponente el suscrito Consejero, se hace un amplio análisis de la extinción del dominio, sus antecedentes legislativos, y los procedimientos administrativos y judiciales sobre el mismo.

Una síntesis de lo allí expuesto se halla en el numeral 14 de la parte motiva de esa providencia, cuyo texto es el siguiente:

> "14. La anterior transcripción, en orden cronológico, de las disposiciones pertinentes, muestra con claridad que el legislador, desde 1936, estableció la figura jurídica de la extinción del dominio; creó una acción especial denominada de revisión ante el órgano judicial respecto de las providencias dictadas en desarrollo de los mandatos legales; señaló el término de seis (6) meses, siguientes a la ejecutoria de

las resoluciones, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3º de la Ley 53 de 1909, para acudir a la jurisdicción y, posteriormente, redujo ese término a treinta (30) días; adscribió la competencia para conocer de las controversias, primero a la Corte Suprema de Justicia y después a la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, y consagró, como presupuesto para la admisión de la demanda, la presentación de una copia del informe descriptivo exigido por el artículo 22 de la Ley 135 de 1961, debidamente firmada y con la constancia de que tal documento fue presentado oportunamente al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria.

"No cabe duda, pues, que si la demanda de revisión no se presenta ante el Consejo de Estado durante los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la providencia administrativa de extinción del dominio privado, se configura el fenómeno de la caducidad. Y tampoco se puede dudar que procede la inadmisión del libelo cuando el demandante omite el cumplimiento de la exigencia contenida en la disposición antes mencionada y no aparece en los documentos acompañados la prueba plena y completa de que se presentó oportunamente la declaración descriptiva.

"El acto que declaró extinguido el dominio privado sobre el predio denominado 'Casa de Zinc', quedó ejecutoriado el 22 de julio de 1982, y la demanda de revisión se presentó el día 27 de agosto del mismo año, es decir, el último día hábil de que disponía para ello el actor, vale decir que fue incoada dentro del término legal.

"De otra parte, se acompañó al libelo la correspondiente memoria descriptiva del predio" (cuaderno 1, fls. 56 y 57);

B) No obstante la realidad procesal anterior, nada empece para que la Sala se ocupe, en el momento de proferir el fallo, de definir si en puridad de verdad se presenta una indebida acumulación de pretensiones, como desde un principio lo ha venido sosteniendo el procurador judicial del INCORA.

El caso que se estudia amerita que se hagan las siguientes precisiones:

Primera: Reiteradamente ha dicho la Sala que la acción de revisión es una especie de la llamada, antes de la vigencia del Decreto 01 de 1984, de plena jurisdicción, hoy denominada de restablecimiento del derecho (art. 85, C. C. A.). Así, en auto de tres (3) de mayo de mil novecientos setenta y nueve (1979), expediente número 2651. Actor Regina Vélez de Tamayo, Consejero ponente doctor Jorge Valencia Arango, se precisó:

"En repetidas ocasiones esta Corporación ha dicho que la revisión a que se refiere el artículo 23 de la Ley 135 de 1961 (subrogada por el artículo 12 de la Ley 4ª de 1973), es una especie de la acción de plena jurisdicción del artículo 67 del Código Contencioso Administrativo y no un recurso como parece entenderlo el recurrente. Se inicia con 'demanda', inciso final del artículo citado, que 'debe ser fallada', antes de que se haya fallado la demanda sobre revisión" (art. 25 de la Ley 135 de 1961).

"Repugna a la lógica que la ley cree un recurso o una acción especial con término de caducidad de 30 días (art. 23 de la Ley 135 de 1961), durante la cual declara en 'suspenso' el acto impugnable, y además, dejara abierta la acción de plena jurisdicción sobre legalidad y restablecimiento del derecho (art. 67 del C. C. A.), por cuatro meses, es decir, tres meses después de la ejecutoria de la resolución acusada, que es precisamente lo que quiere evitar el legislador, para no causar perjuicios a los administrados ni recargar con indemnizaciones al INCORA y por ello deja 'en suspenso' el acto impugnable por el término en que hace posible la impugnación...e. Aunque el Código Administrativo no contempla la acción revisora por vía general, sino para casos excepcionales (revisión de cartas de naturaleza, de impuestos y de sentencias que resuelvan sobre pensiones periódicas a cargo del Estado) *la doctrina y la jurisprudencia han estimado que la mencionada revisión no es más que una especie del género plena jurisdicción, con la salvedad de que en estos casos se revisa todo el procedimiento de expedición del acto administrativo y no sólo el acto final que lo define*".

Segunda: Teniendo la acción de revisión el alcance que se ha dejado descrito, en el punto anterior, nada empece para que el demandante solicite no sólo la anulación del acto administrativo, que considera violatorio de la Constitución y de la ley, sino también la indemnización de los perjuicios que a raíz de la expedición del mismo se le hayan podido causar. En principio es válido suponer que éstos no se deberían dar, habida consideración de que el acto atacado queda *'en suspenso'*. Sin embargo, no se puede descartar que por un desfase en el manejo de la filosofía jurídica, y de la buena intención del legisador, las cosas no ocurran como fueron pergeñadas por éste. Esta posibilidad abre la puerta para que sea viable demandar, se repite, no sólo la nulidad del acto administrativo, con que culmina el proceso administrativo, orientado a extinguir en todo o en parte el derecho de dominio, sino los perjuicios que con ocasión del mismo se hayan podido causar. Pero en este evento se impone concluir que éstos tienen que tener relación de causa a efecto con el referido proceso, que dentro de la perspectiva que se maneja, debe culminar con la reso-

lución que declara que se ha extinguido, a favor de la Nación, el derecho de dominio privado.

Tercera: Puede darse también la situación de que el proceso administrativo, orientado a decidir si conforme a la ley es procedente o no la declaratoria de extinción del dominio privado, no culmine con la resolución pertinente, ora por negligencia, ora porque resulte fallido, o porque finalice anormalmente. En estos casos, la parte afectada puede pedir directamente la reparación del daño (art. 86, C. C. A.). Así lo definió esta Sala en sentencia de dos (2) de marzo de mil novecientos ochenta y nueve (1989). Expediente número 2675, Consejero ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo, en la cual se lee:

> "El procedimiento seguido por la administración con determinado objetivo (operación en sentido lato como la serie de pasos o trámites cumplidos para la expedición del acto administrativo definitivo) por el sólo hecho de su cumplimiento no produce perjuicios ni se presume legalmente que los cause. Y ni siquiera ellos se presumen cuando ese procedimiento resulte fallido o termine anormalmente. *Pero esta circunstancia sí puede dañar a alguien en particular. Por ello cuando tal evento se da y el acto final no permite impugnación en acción de restablecimiento, deberá establecerse el procedimiento cumplido y el perjuicio que ese accionar de la administración produjo, para comprometer la responsabilidad de ésta*" (subrayas de la Sala).

Cuarta: Lo que si no es posible, pues no encuadra dentro de la lógica de lo razonable, es acumular las pretensiones, en la forma como lo hizo en el *sub lite* el apoderado de la parte actora, que a través de la acción de revisión aspira a que se anulen las resoluciones que declararon la extinción del dominio y se condene al pago de perjuicios, y, además, que se condene al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria INCORA por la invasión del predio de su poderdante, hecho que según afirmación suya, se remonta a los años de 1971 y 1972, esto es, a un momento en el tiempo físico, en que el proceso administrativo, orientado a declarar la extinción del dominio, ni siquiera se había iniciado. Recuérdese que al mismo se da comienzo sólo con la expedición de la Resolución número 0419 de 12 de junio de 1979, visible al folio 9 del anexo número 3.

Dentro del marco fáctico que se deja descrito, la Sala no encuentra relación de causa a efecto entre la invasión del predio y el proceso administrativo que culminó con las resoluciones impugnadas a través del presente proceso, lo que la lleva a concluir que la acumulación de pretensiones, tal como se concretó en la demanda, no era jurídicamente posible. Tampoco era viable fusionar el proceso administrativo que se inició con la Resolución número 03264 de agosto 2 de 1972, orientado a *clarificar la situación jurídica de la propiedad* de los terrenos que conforman el predio El Porvenir, compuesto de los

lotes La Sabana, El Porvenir, Casa de Zinc, La Vega y El Girón, que culminó con la Resolución número 02374 de 24 de junio de 1974 (cuaderno 3, fls. 245 y ss.), con el que ahora se *revisa*, y que como ya se dijo, se inició el día 12 de junio de 1979, con la expedición de la Resolución número 0419, que tenía otra finalidad, esto es, definir si era procedente o no *la declaración de extinción del dominio privado*, en todo o en parte, respecto del predio denominado Casa de Zinc. Si en el manejo del primero, la administración alcanzó a causar daños, la acción correspondiente ha debido instaurarse en el momento procesal oportuno, y no ocho (8) años largos después, cuando la acción está caducada.

Quinta: No obstante la indebida acumulación de pretensiones que se deja estudiada, la Sala entrará a decidir en el fondo, respecto de la revisión solicitada, pues considera que es acertada la jurisprudencia de la Corporación que enseña que, en casos como el presente, el sentenciador debe fallar sobre la pretensión o pretensiones que considere procedentes, e inhibirse en el resto.

Se pone así en marcha el principio *de la eficacia*, consagrado en el artículo 3º del Código Contencioso Administrativo que enseña que los procedimientos deben lograr su finalidad y que se deben remover de oficio los obstáculos puramente formales, evitando así decisiones inhibitorias;

C) A la luz de lo preceptuado en la normatividad vigente, que informa el recurso de revisión éste está sujeto a las siguientes pautas de orden legal:

Primera: La carga de la prueba sobre la explotación económica del fundo o de una parte de él, corresponde al propietario o propietarios del mismo (art. 24, Ley 135 de 1961. Decreto 1577 de 1974, art. 11).

Segunda: El propietario o propietarios del predio, sólo pueden demostrar que han explotado económicamente las tierras, de acuerdo con la tarifa de pruebas que se precisa en el artículo 24 de la Ley 135 de 1961 y en los artículos 15 a 22 del Decreto 1577 de 1974.

Tercera: Lo cultivado por colonos que no hayan reconocido vínculo de dependencia del propietario, no se tomará en cuenta para demostrar la explotación económica del bien (Ley 135 de 1961).

Cuarta: La inspección ocular que se practique dentro del referido proceso, "...sólo estará encaminada a verificar el estado de explotación que existía a la fecha de la diligencia de inspección practicada por el Instituto sobre el predio.

"En consecuencia, corresponde a los peritos en el proceso de revisión dictaminar, en caso de existir explotación económica en el

fundo, si ésta es anterior o posterior al momento en que se practicó por el Instituto la correspondiente inspección ocular, dentro del trámite administrativo, de extinción de dominio.

"Si de la inspección ocular y del dictamen pericial se deduce que la explotación es posterior a la fecha de la inspección practicada dentro de la actuación administrativa, el Consejo de Estado no podrá tenerla en cuenta para efecto de decidir sobre la revisión del acto administrativo.

"Parágrafo. Las mejoras plantadas con posterioridad a la inspección practicada dentro de las diligencias administrativas se adquirirán de acuerdo con las normas del Capítulo XI de la Ley 135 de 1961, y su propietario no podrá ejercer el derecho a la exclusión" (Decreto número 1577 de 1974, art. 25).

Quinta: El término para la extinción del derecho de dominio no corre cuando la falta de explotación se deba a fuerza mayor o caso fortuito y mientras tal situación subsista. Su ocurrencia no libera al propietario de la obligación de demostrar explotación económica anterior a la época que en sobrevinieron tales hechos (Decreto 1577 de 1974, art. 3º).

A la luz de la normatividad anterior, la Sala procede a estudiar las circunstancias particulares del caso sometido a su consideración y definición;

D) *Explotación económica del fundo en el momento en que se practicó la inspección ocular por el INCORA. Dictamen de los peritos dentro del proceso de revisión.*

Al folio 66 del anexo 3, obra el acta que se levantó con motivo de la inspección ocular que dentro de la actuación administrativa adelantó el INCORA, diligencia que tuvo lugar el siete (7) de febrero de mil novecientos ochenta (1980). En lo pertinente de la misma, se lee:

> *"VI. Construcciones e instalaciones.*
>
> "En cuanto a construcciones e instalaciones, observamos el día de la diligencia, una casa de techo en zinc, bastante antigua, de la cual afirmaron los interesados que esa era la antigua casa del predio. En la actualidad esa casa se encuentra en poder del colono Alvaro Peñuela quien manifestó que la adquirió hace más de año y medio por compras de mejoras al señor Misael Laguna, quien a su vez hacía varios años que ejercía posesión sobre ellas.
>
> "También observamos aproximadamente unos 2 kilómetros de cercas antiguas, que en la actualidad sirven de linderos entre los colonos; y de las cuales los interesados en

este procedimiento, afirman que son cercas construidas por ellos en la década de 1960.

"VII. Explotación económica.

"La propietaria no ejerce posesión sobre los terrenos que conforman el predio, y por tanto no adelanta ningún tipo de explotación en ellos, desde hace más de 9 años.

"VIII. Ocupantes.

"El predio 'Casa de Zinc' se encuentra en su totalidad en poder de 10 ocupantes, quienes manifestaron que no tienen vínculo de dependencia con la poseedora inscrita, señora Nohemí Céspedes de Tejeiro, ni reconocen dominio ajeno sobre los terrenos que ocupan, ya que según expresaron, adquirieron la posesión de los mismos, bien por compra de mejoras a quienes consideraron dueños o bien por fundación en terrenos incultos y que llevaban más de tres años de inexplotación cuando entraron a ocuparlos.

"Los peritos dictaminarán sobre el estado de la vegetación al tiempo de iniciarse la ocupación de esos terrenos por personas diferentes a la poseedora inscrita.

"Son los ocupantes:

"1. Alvaro Peñuela, identificado con la cédula de ciudadanía número 17.100.301 de Bogotá. Ocupa un área de aproximadamente *12 hectáreas* divididas en dos lotes, así: El uno de aproximadamente 1 hectárea, en donde observamos unos corrales en alambre de púa, una casa de habitación de paredes en bloque de cemento y techo de zinc y algunos frutales.

"El otro lote de aproximadamente 11 hectáreas que se encuentra en su totalidad sembrado en pasto artificial puntero con malezas bajas. Manifestó que el lote pequeño lo compró hace más de un año y medio al señor Misael Laguna y que el otro lo adquirió del señor Alfredo Avilán, quien lo había comprado a Jorge Riaño y éste a su vez lo había adquirido del señor Jorge Castro persona esta última que se había fundado en esos terrenos en el año de 1972.

"2. Luis Alberto López, identificado con la cédula de ciudadanía número 3.295.571 de Villavicencio. Ocupa un área de aproximadamente *4 hectáreas* las cuales hacen parte de su fundo de mayor extensión y que adquirió en el año de 1971 por fundación directa y a sus propias expensas en terrenos incultos. Observamos una casa de techo en paroid y

paredes en bahareque y toda el área en pastos artificiales de las variedades puntero y brachiaria.

"3. Abel Céspedes, identificado con la cédula de ciudadanía número 478.463 de Restrepo. Ocupa un área de aproximadamente 2 hectáreas, las cuales observamos en su totalidad cultivadas en algodón, y manifestó que adquirió en el año de 1976 por compra al señor Avelino Rojas, quien se había fundado en terrenos incultos en el año de 1971.

"4. María Eva González de Rojas, con cédula de ciudadanía número 21.169.498 de Acacías. Ocupa un área de aproximadamente 15 hectáreas, las cuales adquirió hace tres años por compra de mejoras al señor Simón Montejo, quien a su vez le había comprado al señor Juan Rojas persona esta última que se había fundado en el año de 1971. Observamos casa de techo de zinc, sobre estructura de madera y 14 cabezas de ganado marcadas con el hierro CR, y aproximadamente 5 hectáreas en tumbas de rastrojos algunas manchas de pasto brachiaria y media hectárea en yuca.

"5. Pedro Armando Wolf Vanegas, con cédula de ciudadanía número 146.915 de Bogotá. Ocupa un área de aproximadamente 90 hectáreas, las cuales adquirió mediante escritura número 501 de marzo 9 de 1979 del señor Antonio Martínez Rojas quien había comprado en el año de 1972 a los señores Futequiano Sánchez Guerrero y José Vicente Gutiérrez, quienes se habían fundado meses atrás: Observamos corrales en vareta, casa de paredes en ladrillo, techos en eternit y zinc y pisos en baldosa y toda el área en pastos artificiales de la variedad puntero y brachiaria. Tiene cien (100) cabezas de ganado vacuno marcadas con el hierro 9Qa de su propiedad.

"6. Simón Montejo Moreno, con cédula de ciudadanía número 489.123 de Villavicencio. Ocupa un área de aproximadamente 30 hectáreas las cuales adquirió hace 8 años por compra de mejoras al señor Diomedes Guerrero quien se había fundado meses atrás. Tiene 9 reses de su propiedad marcadas con el hirro SM y 11 reses al aumento de propiedad del señor Luis Cárdenas. Observamos aproximadamente 3 hectáreas en café y frutales; hectáreas aradas y el resto del fundo en pastos artificiales puntero y brachiaria.

"7. Myriam Céspedes de Ortiz, con cédula de ciudadanía número 21.226.348 de Villavicencio. Ocupa un área de 12 hectáreas cubiertas en su totalidad de pasto artificial de la variedad puntero y las cuales adquirió en el año de 1974 por compra al señor Arcesio Durán S., quien a su vez había ad-

quirido del señor Carlos Motta, persona esta última que se había fundado en 1971.

"8. Euclides Ramírez Sánchez, con cédula de ciudadanía número 488.429 de Villavicencio. Ocupa un área de aproximadamente 12 hectáreas, las cuales adquirió hace 7 años por compra de mejoras al señor Carlos Motta, quien a su vez se había fundado en el año 1971. Observamos aproximadamente dos y media hectáreas en plátano y yuca y el resto en pastos artificiales puntero y brachiaria. Tiene 14 reses de su propiedad marcadas con el hierro 91W, y casa de techo en zinc y paredes en tabla.

"9. César León Cruz Torres, con cédula de ciudadanía número 1.097.824 de Nobsa. Ocupa un área de 34 hectáreas, las cuales adquirió por compra a Alvaro Díaz y Demetria Mogollón de Díaz en el mes de febrero de 1978. El señor y la señora Díaz se habían fundado en el año de 1971. Tiene casa en construcción de techo de eternit y paredes en bloque. Observamos un área de aproximadamente 29 hectáreas cultivadas en algodón, una en yuca, dos en plátano y media en árboles frutales y café.

"10 José Joaquín Fonseca, ocupa un área de aproximadamente 15 hectáreas en donde observamos casa de techo de zinc sobre estructura de madera, pastos artificiales y naturales enrastrojados y algunas cabezas de ganado. No se encontraba en el fundo en el momento de la diligencia".

A su turno, los peritos ingenieros que actuaron por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi y por el INCORA, en su trabajo, destacan (anexo 3, fl. 72):

"1.6. Vegetación.

"En la actualidad el predio está siendo explotado por los ocupantes, los cuales se detallarán en el punto respectivo.

"1.6.1. Resumen vegetación.

"Pastos artificiales de las variedades

"Puntero y brachiaria	120	has. aprox.
"Cultivos de algodón	58	has. aprox.
"Cultivos de plátano, yuca	6.5	has. aprox.
"Pastos naturales enmalezados	24.5	has. aprox.
"Rastrojos bajos y altos	5	has. aprox.

"Zonas de reservas bosques secundarios degradados .. .. 12 has. aprox.

"II. Aspectos económicos.

"2.1. Explotación económica del predio.

"Por parte de la propietaria, señora Nohemí Céspedes Iregui de Tejeiro no existe ningún tipo de explotación pecuaria ni agrícola.

"En la actualidad la explotación está a cargo de los ocupantes los cuales se detallarán en el punto respectivo.

".....

"III. Aspectos administrativos.

"3.1. Administración.

"Por parte de los propietarios no existe ningún tipo de administración, la actual está a cargo de los ocupantes.

"3.2. Ocupantes".

Bajo este rubro se reitera que los ocupantes del predio son Alvaro Peñuela, Abel Céspedes, María Eva González de Rojas, Pedro Armando Wolf Vanegas, Simón Montejo Moreno, Myriam Céspedes de Ortiz, Euclides Ramírez Sánchez, César León Cruz Torres, José Joaquín Fonseca y Luis Alberto López. Respecto de las parcelas que cada uno de ellos posee, se hacen precisiones respecto de los cultivos que en ellas tienen plantados, forma como entraron a ocupar sus respectivas parcelas, etc.

A folios 404 y siguientes del cuaderno número 3, obra el acta que se levantó con motivo de la diligencia de inspección judicial que se practicó dentro del presente proceso, el día veintiséis (26) de julio de mil novecientos ochenta y cinco (1985), y a folios 415 y siguientes del mismo aparece el trabajo presentado por los peritos.

La prueba anterior, sin embargo, no cumplió su cometido, dentro del marco precisado por el artículo 25 del Decreto 1577 de 1974, pues de la lectura del primer documento no es posible concluir que se haya hecho la verificación del estado de explotación que existía a la fecha de la diligencia de inspección, practicada por el Instituto, sobre el predio, como lo ordena el precepto ya citado. El Juez comisionado se limitó a verificar los linderos del predio visitado, con el que figura en la demanda, y a dejar constancia de las personas que se hicieron presentes en la misma, recogiendo las manifestaciones de éstas sobre

cultivos, tiempo de ocupación, etc., pero nada más. Ese vacío probatorio se explica, en buena parte, porque el apoderado de la parte actora decidió solicitar, en la misma diligencia, que la prueba pericial se limitara "...al examen de las declaraciones de renta que obran en el expediente...", lo cual lo llevó, igualmente, a manifestar que renunciaba "...a la asistencia de los peritos a la diligencia..." En este momento del discurso cabe preguntar: El estado de explotación que encontró el Magistrado comisionado para la diligencia de inspección, era sí o no el mismo que existía a la fecha de la inspección que practicó el INCORA? El interrogante se queda, necesariamente, sin respuesta, porque la prueba decretada no cumplió su cometido.

Por lo que hace relación a la tarea encomendada a los peritos, éstos se limitaron a definir si antes de 1971 hubo o no explotación económica de los predios "El Porvenir" y "Casa de Zinc", tarea que llevaron a cabo con apoyo en las declaraciones de renta correspondientes a los años de 1963, 1964, 1965, 1966, 1967, 1968, 1969, 1970 y 1971, para llegar a la siguiente conclusión:

"En el examen anterior, sin entrar al análisis de la rentabilidad o del sistema administrativo, se establece que *sí hubo explotación* en los predios...anterior a octubre de 1971.

"Sin embargo se observa que la explotación agropecuaria, técnicamente hablando, se mantuvo siempre por debajo de la media proporcional, inclusive en el nivel de pérdida.

"Como no se tienen otros testimonios, diferentes a las declaraciones de renta, no se puede determinar si el nivel de rentabilidad fue real, o solamente obedeció al deseo de pagar el impusto más bajo posible".

El anterior trabajo también se edificó sobre el vacío, pues no puede perderse de vista que el proceso administrativo que ahora se revisa, se inició el día 12 de junio de 1979, esto es, cuando estaba en vigencia la Ley 4ª de 1973 (lo que ocurrió el día 29 de marzo de ese mismo año), que en su artículo tercero estableció 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 primero de la misma ley, durante *"tres (3) años contínuos"* contados a partir de ese momento en el tiempo físico, hacia el futuro. Con esta precisión se quiere significar que lo que interesaba probar, en el *sub lite*, era si el inmueble en referencia había sido poseído a partir de 29 de marzo de 1973, en la forma establecida en el artículo 1º de la Ley 200 de 1936.

Como así no ocurrió, las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar, pues el artículo 25 de la Ley 135 de 1961, dispone que en las diligencias administrativas que se sigan ante el Instituto y en los juicios de revisión ante el Consejo de Estado, la "...carga de

la prueba sobre explotación económica del fundo o de una parte de él, corresponde al propietario o propietarios del mismo..." Se destaca sí, para darle fuerza de convicción a la sentencia, que para el fallador es muy ilustrativo que los peritos que rindieron su dictamen el 24 de enero de 1974 hubiesen dejado en claro que el predio "Casa de Zinc" sólo tenía 70 hectáreas en potreros, en pasto puntero y gramas naturales enmalezadas y 130 hectáreas en rastrojo de 3 años. Igualmente, que 405-7600 hecátreas de las 2.043-5000 hectáreas que en total tiene toda la finca, se encontraban explotadas por colonos, establecidos allí, algunos de ellos desde hacía siete (7) años.

E) El apoderado de la parte actora, bajo el rubro *"normas violadas. Concepto de la violación"*, hace divagaciones de orden jurídico respecto de la aplicación del artículo 15 de la Ley 200 de 1936, la Ley 118 de 1959, que convirtió en Departamento la Intendencia del Meta, y la Ley 4ª de 1973, para concluir que los tres años a que ésta se refiere vencerían en 1976. Esta última conclusión es principio cierta, pero las que se pergeñan en torno a los plazos consagrados en las normas anteriores no, pues la inexplotación por el término de tres años, que la ley señala para que por abandono pueda declararse extinguido el dominio privado, ha debido producirse por lo menos en los últimos tres años inmediatamente anteriores al de la fecha en que el Instituto la declare.

Que en el *sub lite* la parte demandante estaba privada del bien desde mil novecientos setenta y uno (1971), y, que por lo mismo, desde entonces no había podido ejercer explotación económica del fundo, es verdad jurídica que fluye con nitidez del acervo probatorio. En efecto: Al folio 252 del cuaderno número 3 obra la certificación expedida por el Secretario de Gobierno Municipal de Villavicencio, el día doce (12) de julio de mil novecientos setenta y tres (1973) de cuya lectura se desprende que: Eriscinda Iregui viuda de Céspedes, Alvaro, Humberto y Nohemí Céspedes instauraron "...acción policiva tendiente a recobrar la posesión de los predios 'El Porvenir, Casa de Zinc, El Girón, La Vega y La Sabana', jurisdicción de Villavicencio..."

A folios 131 y siguientes del anexo número 3, aparece el texto de la sentencia proferida el día tres (3) de diciembre de mil novecientos ochenta (1980) por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Villavicencio, dentro del proceso ordinario reivindicatorio, instaurado por la señora Nohemí Céspedes de Tejeiro contra los señores Misael Laguna, Alvaro Díaz, Euclides Ramírez, Julián de Jesús Barrientos Santamaría, Antonio Martínez, Simón Montejo Moreno, Vicente Hernández y Alberto López, en virtud de la cual se ordenó la restitución a la actora del inmueble "Casa de Zinc", la cual le fue revocada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de la misma ciudad, en proveído de siete (7) de mayo de mil novecientos ochenta y uno (1981), que obra al folio 50 vuelto del anexo número 2, por las razones que allí mismo se precisan. Esta realidad llevó a la señora Nohemí Cés-

pedes de Tejeiro a instaurar nueva demanda ordinaria, pero ya contra nuevos poseedores, a saber: Alvaro Peñuela, María Eva González de Rojas, Pedro Armando Wolf Vanegas, César León Cruz Torres y José Joaquín Fonseca. De los anteriores demandados sólo se vincularon en la nueva relación procesal Luis Alberto López Torres, Simón Montejo Moreno y Euclides Ramírez Sánchez. En el momento de desatarse la presente controversia de intereses, el sentenciador ignora la suerte corrida por la actora en este nuevo proceso.

Ahora bien: Si por definición la reivindicación o acción de dominio es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituirla (art. 946, C. C.), cabe concluir que los demandados, en los referidos procesos ordinarios, no reconocían vínculo de dependencia con el propietario. Así las cosas se impone dar aplicación al artículo 26 de la Ley 135 de 1961, que dispone:

> "Lo cultivado por colonos que no hayan reconocido vínculo de dependencia del propietario, no se tomará en cuenta para los efectos de demostrar la explotación económica de un fundo. Al quedar en firme la resolución que declara extinguido el dominio, el Instituto podrá adjudicar a tales colonos las porciones que les correspondan conforme a las normas sobre baldíos vigentes a la fecha de su establecimiento".

Dentro del marco fáctico que se deja relatado, es incuestionable para el fallador que cuando se inició el proceso administrativo orientado a declarar extinguido el derecho de dominio, en junio 12 de 1979, el predio "Casa de Zinc" era poseído por varias personas y desde hacía mucho más de tres años. A esta conclusión se llega al leer el texto de la primera demanda con que se inició el proceso ordinario orientado a obtener la reivindicación del predio. Ella fue presentada el día 15 de julio de 1976, pero en los hechos sexto, séptimo y octavo, que hacen parte de la *causa petendi*, se lee:

> "6º En el año de 1972 se presentó una invasión dentro de todo el globo de terreno El Porvenir, y, desde luego abarcó el denominado Casa de Zinc, que es objeto de la reivindicación, unos fueron lanzados mediante el proceso policivo respectivo que se adelantó ante la Alcaldía Mayor de Villavicencio. Por tal razón el INCORA inició tramitación de clarificación en vista de que algunos de los invasores habían solicitado titulación del predio invadido, con el fin de establecer si podía adjudicar o no, lo que culminó con la Resolución número 02374 de 24 de junio de 1974 en donde se lee: *'De acuerdo al acervo probatorio encontramos que los terrenos de que tratan las presentes diligencias tienen tradición de 1871'*, por lo cual se ordenó concluir el trámite de la actua-

ción y se ordenó archivar el expediente, conforme se aprecia en el auto de abril 8 de 1976.

"7º Es bueno anotar que desde esta invasión, solamente permanecen dos de los hoy ocupantes; como se aprecia dentro del dictamen pericial que se llevó a cabo por el INCORA dentro de la diligencia de inspección al lote denominado Casa de Zinc y que fue aprobado por tal institución mediante el auto de febrero 26 de 1974. Los demás demandados son recientes.

"8º Para establecer los demandados contra los cuales se tenía que dirigir la acción, se procedió a practicar diligencia de inspección judicial extraproceso, la que se llevó a cabo el día 23 de abril de 1976 por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Villavicencio, toda vez que, los ocupantes de manera violenta y clandestina se habían o han apoderado de partes del terreno Casa de Zinc, despojando a mi mandante de su propiedad, dando como resultado tal inspección lo siguiente: Sobre el lindero que sigue en línea recta al caño Marañonal, se encontró ocupado por el señor Misael Laguna; siguiendo tal caño hacia arriba más o menos hacia la mitad del lindero se encontró ocupado por Alvaro Díaz; a un kilómetro aproximadamente sobre el lindero anterior y con predio de Abel Céspedes, se encontró ocupado por Euclides Ramírez; sobre la costa del caño Blanco y dentro del predio Casa de Zinc, se encontró ocupado por Julián de Jesús Barrientos Santamaría; sobre el mismo caño Blanco hacia el lindero con Abel Céspedes, se encontró en posesión de Antonio Martínez; en la cabecera del lindero con Abel Céspedes se encontró ocupado por Simón Montejo Moreno; sobre la cabecera del predio Casa de Zinc se encontró ocupado por Vicente Hernández y por último, hacia la costa del caño Quenane y dentro del predio Casa de Zinc, se encontró ocupado por Antonio Martínez quien está ocupando otro lote de la finca, igualmente en la iniciación del lindero a la margen derecha del caño Quenane y dentro del predio Casa de Zinc, se encontró ocupado por un cultivo de Alberto López. Todos estos ocupantes de manera violenta y clandestina detentan tales prociones (sic), según sus mismas manifestaciones desde hace unos dos años aproximadamente, o sea, desde 1974, reputándose dueños, sin serlo, y los que dicen tener título de compraventa no lo derivan de mi mandante quien es su verdadera dueña y señora del predio Casa de Zinc";

F) Afirma el procurador judicial de la parte actora que cuando un propietario es desposeído de un bien, no tiene otro recurso que acudir a las autoridades para que se lo restituyan, y que mientras no exista un acto de autoridad que así lo disponga, el propietario está en *"imposibilidad para explotarlo"*. Este presupuesto lo lleva a con-

cluir que su poderdante no pudo hacerlo por fuerza mayor o caso fortuito, tesis que, de ser aceptada, llevaría a la conclusión de que en su momento se suspendió el término para la extinción del dominio, pues el artículo 3º del Decreto 1577, preceptúa:

> "El término para la extinción del derecho de dominio no corre cuando la falta de explotación se deba a fuerza mayor o caso fortuito y mientras tal situación subsista. Su ocurrencia no libera al propietario de la obligación de demostrar explotación económica anterior a la época en que sobrevinieron tales hechos".

Para la Sala no es de recibo la anterior perspectiva jurídica, porque como ya se destacó en otro parte de este proveído, la ley definió que lo cultivado por colonos que no hayan reconocido vínculo de dependencia del propietario, no se tendrá en cuenta para los efectos de demostrar la explotación económica de un fundo. A través de esta literatura el legislador está significando que la posesión regular o irregular del predio se respeta en poder de quien la detenta, filosofía que es la que se desprende de toda la normatividad que regla la materia, pues a través de ella es posible adquirir el derecho subjetivo de propiedad. Así las cosas, un mismo hecho no se puede invocar para hacerle producir efectos encontrados en derecho, a saber: Que no se tenga en cuenta lo cultivado por el poseedor para demostrar explotación económica, pero, del otro lado, que esa misma circunstancia sí sirva para alegar fuerza mayor o caso fortuito con el fin de suspender el término de extinción del dominio. Agrégase a todo lo anterior que en el *sub lite*, y según manifestación reiterada y probada dentro del proceso, el primer proceso ordinario reivindicatorio, que se inició con la demanda presentada el día 15 de julio de 1976, fracasó, pues el Tribunal Superior del Distrito de Villavicencio revocó el proveído del *a quo* el día siete (7) de mayo de mil novecientos ochenta y uno (1981). En estas circunstancias, para el momento en que se presentó la segunda demanda reivindicatoria (agosto 27 de 1982. Anexo 1, fl. 69), la situación jurídica de la demandante estaba jurídicamente muy comprometida, pues ya habían transcurrido diez (10) años desde el momento en que se invadió la finca. En la valoración del comportamiento de las partes todas estas circunstancias son apreciadas por el Juez, pues por algo se enseña que más importante que la interpretación de la ley, es la de la conducta humana, en su interferencia intersubjetiva. Por lo demás, el fallador ignora la suerte que corrió el segundo proceso reivindicatorio. Fue favorable a la parte demandante? Se respetaron derechos alegados por los poseedores? Fueron éstos considerados como de buena o mala fe?;

G) Al sustentar los cargos contra las resoluciones impugnadas, en el Capítulo Segundo, y bajo el rubro *"violación de la propiedad"*, el mandatario judicial de la parte actora afirma que desde julio de 1971 el INCORA le manifestó a los usuarios campesinos, es decir, a las

personas que estaban esperando tierra, que el predio El Porvenir, del cual hace parte "Casa de Zinc" era terreno baldío, formulando así una invitación clara que éste fuera invadido. Sobre este particular, la Sala desea hacer las siguientes precisiones:

Primera: Es verdad que mediante la Resolución número 03264 de dos (2) de agosto de mil novecientos setenta y dos (1972), el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria —INCORA— ordenó iniciar las diligencias administrativas tendientes a clarificar la situación jurídica respecto de la propiedad de los terrenos que conformaban el predio El Porvenir, compuesto por los lotes La Sabana, El Porvenir, Casa de Zinc, La Vega y El Girón, como se lee en el texto de la Resolución número 02374 de 24 de junio de 1974, en virtud de la cual se definió que: "...los terrenos de que tratan las presentes diligencias tienen tradición al año de 1871...", y, por lo mismo, se dispuso dar por terminadas las diligencias.

Segunda: Es igualmente cierto que al folio 242 del cuaderno número 3, obra una carta que se afirma dirigió el Jefe del Departamento Jurídico. Proyecto Meta número 1, a la Asociación Municipal de Usuarios de Villavicencio, el día primero (1º) de julio de 1971, en la cual, y en lo pertinente se lee:

> "Quiero comunicar a usted la situación jurídica con relación al predio denominado El Porvenir, ubicado en la vereda Vilvania, Inspección de Policía de Pachaquiaro, Municipio de Villavicencio, que fue de propiedad de Justo Céspedes y hoy lo es de Eriscinda Iregui viuda de Céspedes en la parte que conserva el nombre del predio y de los demás herederos las partes en que se divide el resto, sobre el mencionado predio hay solicitud de los campesinos de la región en el sentido de que el Instituto intervenga en razón de que se encuentra abandonado.
>
> "El Instituto inició diligencias de extinción del dominio privado sobre el predio, dentro de las cuales ha aparecido que el predio es baldío y por lo tanto no susceptible del procedimiento de extinción, concepto emitido por el abogado jefe del programa de extinción en memorando cuya copia les estoy adjuntando.
>
> "Por lo anterior, siendo baldío el predio, sólo es posible efectuarlo por el procedimiento de *adquisición de mejoras*, procedimiento que el Instituto sólo iniciará a solicitud de los campesinos interesados en que manifiesten que se adquieran las mejoras que posteriormente le serán entregadas en las condiciones de pago previamente para estos casos".

Tercera: Finalmente, es indiscutible, que los peritos que fueron designados, dentro del referido proceso administrativo, al presentar su dictamen el día 24 de enero de 1974, precisaron:

"Lote Casa de Zinc.

"Potreros en pasto puntero y gramas naturales enmalezadas ... 70 hectáreas.

"En rastrojos de 3 años ... 130 hectáreas ... Aproximadamente 405-7600 hectáreas de las 2.043.5000 hectáreas que en total tiene el inmueble, *se encuentran explotadas por colonos, quienes tienen un tiempo de haberse establecido que oscila entre los cinco meses y los siete años"* (Resolución número 02374, junio 24 de 1974, fls. 245 y ss., cuaderno 3).

Dentro de la anterior realidad fáctica, la Sala desea dejar muy en claro que no entra a desatar en el fondo esa problemática, porque como ya se dijo, el apoderado de la parte actora acumuló indebidamente las pretensiones. Si el INCORA, con su conducta, dio lugar a la realización de comportamientos antijurídicos, ha debido la parte interesada entablar, en el momento procesal oportuno, las acciones pertinentes orientadas a obtener la reparación del daño. El haber vinculado el hecho de la invasión, que se predica estimuló o propició el INCORA, con la presente acción de revisión, dio lugar al fenómeno jurídico y procesal que se censura y rechaza;

H) Al no haberse acreditado la debida explotación económica del predio Casa de Zinc, por la parte actora, a la cual le incumbía la carga de la prueba; al no haberse sujetado ella a la tarifa que para tal fin señala el artículo 24 de la Ley 135 de 1961; al quedar demostrado hasta la saciedad que el referido inmueble fue ocupado por poseedores, con ánimo de señor y dueño, como se deduce de las dos demandas ordinarias orientadas a obtener la reivindicación del mismo, instauradas por quien predica ser dueña, y, finalmente, al no haberse destruido la presunción de legalidad que ampara las Resoluciones número 04389 de diciembre 3 de 1980 y número 01475 de seis (6) de mayo de 1982, proferidas por el Gerente General del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, deviene un fallo denegatorio de tales pretensiones.

La decisión será inhibitoria respecto de la pretensión del demandante en el sentido de declarar la responsabilidad del centro de imputación jurídica demandado, por la "invasión ocurrida sobre el predio 'Casa de Zinc' ", por las razones dadas en los considerandos de ésta sentencia.

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: Deniéganse las pretensiones orientadas a obtener la nulidad de las Resoluciones números 04389 de diciembre 3 de 1980 y 01475 de mayo 6 de 1982, proferidas ambas por el Gerente General del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, por las razones dadas en los considerandos de este proveído.

Segundo: Inhíbese la Sala de decidir respecto de las pretensiones encaminadas a obtener la indemnización de perjuicios por la invasión del predio "Casa de Zinc", por los motivos destacados en los considerandos de esta sentencia.

Cópiese, notifíquese, publíquese, comuníquese y cúmplase.

Gustavo de Greiff Restrepo, Presidente de la Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Antonio José de Irisarri Restrepo*, Ausente; *Julio César Uribe Acosta.*

Arturo Mora Villate, Secretario.

IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS. Exención. DROGAS.

La exención para drogas y productos utilizados en su fabricación que consagraba el régimen anterior al Decreto extraordinario 3541 de 1983 no podía ser modificado por éste. El artículo 1º de este Decreto es inconstitucional en cuanto "haya dejado de excluir las ventas de bienes exentos según leyes anteriores" según fallo de la Corte de 17 de julio de 1984.

Se declara la nulidad del Oficio número 2605 de octubre 26 de 1984 de la D.I.N. a Aduana.

La exención de Impo Ventas para éstas y los elementos para fabricación no podía ser afectada por el Decreto 3541 de 1983. Interpretación al estatuto vigente hasta cuando se expidió la Ley 55 de 1985, artículo 48.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., dieciséis de junio de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente número 1663. Autoridades nacionales. Fallo.

Actor: Omar Rodríguez Olaya.

En ejercicio de la acción pública de nulidad el abogado Omar Rodríguez Olaya solicitó de esta jurisdicción declarar nulo el concepto número 28105 de octubre 26 de 1984, emitido por la Subdirectora Jurídica de la Dirección de Impuestos Nacionales y dirigido al Administrador de Aduana de Barranquilla, en respuesta a la consulta formulada por él, sobre la subsistencia de la exención consagrada por el artículo 8º del Decreto 1988 de 1974, luego de la expedición del Decreto 3541 de 1983, en materia de impuesto sobre las ventas en la importación de materias primas destinadas a la producción de drogas.

Dice el acto acusado:

"Apreciado señor:

"Consulta usted si la importación de productos químicos que van a ser utilizadas en la elaboración de drogas,

fungicidas, insecticidas, herbicidas, fertilizantes o abonos, continúa exenta del impuesto sobre las ventas, tal como está regulado en el Decreto 2810 de 1974, artículo 2º parágrafo 1º.

"Le manifiesto que el Decreto legislativo 3541 de 1983, artículo 1º, literal c) dispuso que el impuesto a las ventas se aplicará a la importación de bienes corporales muebles que no hayan sido excluidos expresamente por el mismo Decreto. Estas exclusiones fueron relacionadas con los artículos 59 a 61, *ibídem*, en cuanto a productos que no causan el gravamen, y en los artículos 62 y 63 *ibídem*, respecto de los bienes exentos.

"El artículo 1º, literal c) del Decreto 3541 de 1983 está plenamente vigente de acuerdo con sentencia de exequibilidad proferida por la Corte Suprema de Justicia el 17 de julio del presente año.

"En consecuencia, la importación de cualquier clase de productos o elementos debe considerarse sujeta al impuesto sobre las ventas, mientras no se hallen cobijados por exclusión expresa en el mismo Decreto 3541 de 1983, artículos 59 a 63. La tarifa del gravamen aplicable, será la general del 10%, a no ser que se trate de los bienes sujetos a tarifa diferencial del 35% o del 20%, según artículos 66 a 68 del mismo estatuto.

"En lo pertinente debe considerarse modificado el concepto número 20274 de 8 de agosto de 1984, emanado de este Despacho".

Se fundamenta la impugnación en que el acto acusado —de efectos generales por tratarse de una interpretación sobre cómo debe aplicarse la ley por las oficinas de Aduana— transgrede las siguientes normas:

1º El Decreto legislativo 1988 de septiembre 20 de 1974, artículo 8º, numeral 3º que exencionó del gravamen las ventas de:

"……

"3. Drogas para uso humano y animal, sueros, productos para transfusiones, guantes, gasas, vendas y artículos análogos (apósitos, esparadrapos, sinapismos, etc.), impregnados o recubiertos de sustancias farmacéuticas o acondicionados a la venta al por menor con fines médico quirúrgicos".

2º El Decreto reglamentario 2810 de 1974, que reglamentó la norma anterior en los siguientes términos:

"Artículo 2º Para efectos del impuesto sobre las ventas, el tratamiento de los bienes, tanto nacionales como importados, clasificados en el Arancel de Aduana, es el siguiente:

".....

"Parágrafo: Las importaciones de productos químicos clasificados en la Sección Cuarta de este artículo (Capítulos 28, 29 y 30) que constituyen principios activos o sean utilizados en la elaboración de droga humana, de acuerdo a las fórmulas utilizadas por el Ministerio de Salud Pública, *están exentas del impuesto sobre las ventas, ya que se asimilan los productos, para efectos de este impuesto a "droga"* (destaca el actor)..."

El concepto de la violación lo radica el demandante en que el acto atacado, al interpretar que el Decreto extraordinario 3541 de 1983 es una ley orgánica, derogatoria de las exenciones anteriores, viola las normas legal y reglamentaria antes citadas, puesto que aquel implica la derogación del beneficio contemplado en ellas.

3º Como infringidos cita igualmente el artículo 93 del Decreto extraordinario 3541 de 1983 y el artículo 53 de la Ley 9ª del mismo año, según los razonamientos expuestos en la demanda, se deriva la violación de hecho de que el primero no derogó las exenciones anteriores, como se pretende en el concepto impugnado, supresión que no se hizo en aquel estatuto expresamente ni puede entenderse en forma implícita, porque no reglamentó íntegramente la materia ni las exenciones anteriores son incompatibles con el nuevo régimen. En cuanto al artículo 53 de la Ley 9ª de 1983, la transgresión la extrae el demandante del hecho de que ésta restringió las facultades otorgadas al Ejecutivo mediante la prohibición de gravar con el impuesto los bienes que estuvieran exentos (letra b, inciso 2º), de modo que el intérprete no puede entender suprimidas las exenciones anteriores, como ilegalmente lo hace la Subdirectora Jurídica en su concepto.

Dentro del trámite procesal se negó la suspensión provisional solicitada.

Oposición a la demanda:

Sostiene el delegado del Director de Impuestos Nacionales que el concepto impugnado en la demanda interpreta correctamente la legislación en vigencia, con las siguientes consideraciones:

a) El Decreto 3541 de 1983 mantuvo la exención del impuesto sobre las ventas respecto de las drogas, fungicidas y demás bienes mencionados en el artículo 8º, numeral 3º del Decreto 1988 de 1974;

b) Igualmente mantuvo el beneficio respecto de los elementos a que se refieren los Decretos reglamentarios 2810 de 1974, artículo 2º, parágrafo 1º y 1494 de 1978, artículo 3º "...aunque ciertamente variando la formulación general utilizada en estos reglamentos y cambiándola por una relación expresa de bienes que, siguiendo la nomenclatura arancelaria, cumplían las finalidades perseguidas en su época por esos reglamentos". De ello deduce:

3º "Por lo tanto, el Decreto 3541 de 1983, reguló de nuevo todos estos aspectos y, al hacerlo, derogó de hecho las reglamentaciones del régimen de 1974".

Vista Fiscal:

Conceptúa la señora Fiscal Sexta de esta Corporación que la interpretación contenida en el concepto corresponde a lo dispuesto en el Decreto extraordinario 3541 de 1983. Si bien es cierto que no derogó expresamente el artículo 8º, ordinal 3º del Decreto 1988 de 1974, aquel estatuto en su artículo 1º prescribió "el impuesto a las ventas se aplicará sobre c) La importación de bienes corporales muebles que no hayan sido excluidos expresamente por el presente decreto". Al regular en esta forma íntegramente las exclusiones, derogó las disposiciones anteriores. Si, como alega el demandante, la exención contemplada en la norma anterior y su reglamentaria, el parágrafo 1º del artículo 2º del Decreto 2810 de 1974, no se encuentra dentro de las contempladas en el Decreto 3541 de 1983, resultaría insubsistente según las previsiones de la Ley 153 de 1887, artículo 3º. De manera que el concepto atacado no viola el artículo 1º del Decreto 3541 de 1983, sino que concuerda con él.

Pero vista desde otro ángulo la impugnación, comparte la Fiscalía los argumentos de la demanda por cuanto, habiéndose expedido el Decreto 3541 de 1983 en ejercicio de las facultades otorgadas por la Ley 9ª de 1983, la cual prohibió gravar con el impuesto ventas que se hallan exentas, no podía el Ejecutivo derogar las exenciones anteriores, sin violar el artículo 53 de la ley de facultades y de contera el artículo 118-8 de la Constitución Nacional, por lo cual el Ministerio Público pide que se declare la nulidad impetrada, ya que la Subdirección Jurídica de la Dirección General de Impuestos Nacionales, al absolver la consulta que le formuló el funcionario de Aduana, debió aplicar la excepción de inconstitucionalidad y entender vigentes las exenciones consagradas en las normas anteriores, que no encuadran dentro de las contempladas en la regulación posterior, como lo afirma el memorialista con razón, habida cuenta de las siguientes circunstancias:

Tanto el Decreto 1988 de 1974, artículos 8º y 6º, como el Decreto 3541 de 1983, artículo 62, incluyen como exentas la venta o importación de "drogas para uso humano y animal", terminología utilizada

en aquel, o de "medicamentos empleados en medicina o en veterinaria" posición arancelaria 30.03, según las expresiones contenidas en ésta, con lo cual podría afirmarse que la nueva legislación reprodujo el beneficio anterior, dado que droga es sinónimo de medicamento. Pero ello no es verdad, porque el Decreto 1988 de 1974 en el parágrafo de su artículo 8º definió en forma diferente lo que debe entenderse por "droga" para efectos de la exención, incluyendo no sólo las sustancias empleadas en la medicina sino también en la industria o en el comercio, no exclusivamente para fines lucrativos, sino también para el diagnóstico, prevención o inmunización contra enfermedades, muchas de las cuales no quedaron incluidas en las exenciones que consagra el artículo 3541 de 1983, pues si bien, utilizando el mismo sistema del Decreto 1988 de 1974, incluyó dentro de las exenciones todos los productos que el Decreto reglamentario 2810 del mismo año relacionó como exentos, no extendió el beneficio a los demás que por virtud del parágrafo del artículo 8º del Decreto 1988 de 1974 estaban exentos y a los cuales se refirió el reglamento en el parágrafo 1º del artículo 2º.

Consideraciones de la Sección:

La Ley 9ª de 1983, en el artículo 53 concedió facultades extraordinarias (número 12, art. 76 de la C. N.) al Presidente de la República para dictar normas con cierta amplitud que "permitan actualizar y armonizar" el impuesto sobre las ventas con la situación económica del país, pero entre otras limitaciones, consagró la de que el Gobierno "no podrá grabar con el impuesto los bienes exentos", aunque sí podía "exonerar aquellos bienes y servicios que considere convenientes", de donde se deduce fácilmente que en materia de exoneraciones podía ampliar las exenciones entonces vigentes, pero no podía suprimir las existentes.

Puede afirmarse que en el Decreto extraordinario 3541 de 1983 el Gobierno desarrolló el tema en forma metódica, ciñéndose al criterio de actualizar y armonizar el impuesto en la siguiente forma:

a) Implantó definitivamente el sistema de identificación de los bienes con base en la nomenclatura del Arancel de Aduana utilizados antes por la ley;

b) En el artículo 59 enumeró en esta forma los bienes excluidos de gravamen y en el 62 los exentos, dentro de los cuales, ciertamente quedaron mencionados varios de los comprendidos en el concepto de "drogas o medicamentos" referidos en el artículo 8º del Decreto 1988 de 1974.

En el artículo 61, destinado a la mención de las importaciones que no causan, no hay ninguna similar o aplicable a las importaciones de químicos utilizados para la elaboración de drogas, humana o vete-

rinaria, tal como lo había interpretado el Gobierno nacional en el parágrafo 1º del artículo 2º del Decreto reglamentario 2810 de 1974;

c) En el artículo 93 destinado a la relación de normas derogadas, no está incluido el artículo 8º del Decreto 1988 de 1974 que consagraba, entre otros, en el numeral 3º la exención de las drogas para uso humano y animal.

De los anteriores aspectos que se resaltan del Decreto 3541 de 1983 puede deducirse que no habiendo sido derogada tal norma, ni pudiendo serlo por la prohibición de la ley de facultades, podía entenderse que conservaba su vigencia así como el reglamento que la interpretó (Decreto reglamentario 2810 de 1974, art. 2º, parágrafo primero), puesto que estando prohibida la supresión de las exenciones vigentes no tenía cabida la tesis de la derogatoria tácita, que inspiró el concepto impugnado de la Dirección de Impuestos y que defendió su representante al considerar que el nuevo estatuto "derogó de hecho las reglamentaciones del régimen de 1974".

Esta consideración, que es en síntesis a la que también llegó la Agente del Ministerio Público, es la que ha debido inspirar el concepto dirigido al Administrador de Aduana en el mes de octubre de 1984, sin necesidad de apelar a la vía del artículo 215 de la Constitución Nacional o de excepción de inconstitucionalidad, puesto que para tal época ya la Corte había interpretado el artículo 1º del Decreto 3541 de 1983 en sentencia originada en acción pública del artículo 214.

En efecto, en el fallo al proceso número 1136 de fecha 17 de julio de 1984 con ponencia del doctor Patiño Roselli aunque el tema específico fue la exoneración del impuesto sobre las ventas en la Intendencia de San Andrés y las cuotas a clubes de trabajadores, la Corte declaró la inexequibilidad de los apartes del Decreto extraordinario 3541 de 1983 que afectaron tales exenciones, por haber desobedecido la prohibición contenida en la ley de facultades.

Este criterio condujo a la Corte a interpretar los alcances de aquel aparte del artículo 1º, que parecía restringir las exenciones solamente a aquellos casos en "que no hayan sido excluidos expresamente por el presente Decreto", con la perspectiva de la subsistencia de exoneraciones así no estuvieran expresas en el Decreto, como fue el caso de las ventas de la Intendencia de San Andrés y la de los clubes de trabajadores. Este mismo criterio lo extendió a otros casos que tuvieren similares condiciones.

Fue así como en el numeral 4º de la parte resolutiva dispuso la Corte:

> "4º Declarar exequible el artículo 1º del mismo decreto, salvo el literal a) en cuanto no excluyó expresamente el impuesto a las ventas en la Intendencia de San Andrés y

Providencia *o haya dejado de excluir las ventas de bienes exentos según leyes anteriores*. En lo demás, dicho literal es también exequible".

Las subrayas anteriores las coloca la Sala para destacar que el artículo 1º resultaba inexequible en cuanto hubiere dejado de incluir las ventas de bienes exentos según leyes anteriores. Este criterio tenía efecto *erga omnes*, pues estaba contenido en sentencia dictada en proceso iniciado en la acción pública del artículo 214 de la Constitución y es el que ha debido inspirar la respuesta dada al Administrador de Aduana.

Por las consideraciones anteriores se accederá a las súplicas de la demanda para declarar nulo el concepto que se inspiró y estructuró con tesis contraria, aclarando sí que esta interpretación se refiere al estatuto vigente hasta cuando se expidió el artículo 48 de la Ley 55 de 1985.

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

Falla:

Declárase la nulidad del Oficio número 2805 dirigido el 26 de octubre de 1984 por la Dirección General de Impuestos Nacionales (Subdirector Jurídico) al Administrador de Aduana de Barranquilla.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y archívese el expediente. Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Carmelo Martínez Conn, Presidente, Ausente; *Jaime Abella Zárate, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

SUSPENSION PROVISIONAL. Trámite. PRINCIPIO DE LA DOBLE INSTANCIA

El auto admisorio (cuando en la demanda se pide la suspensión provisional) contiene dos decisiones diferentes, regidas por supuestos legales diferentes. Sólo formalmente, por voluntad de la ley se dictan en una misma providencia. La admisión constata la existencia de los presupuestos procesales de la acción y la demanda, define que son aceptables o conformes con la ley procesal; en cambio la suspensión confronta al acto con las normas superiores que se dice feuron infringidas por él y decide afirmativa o negativamente. Por esa razón puede darse la admisión con el decreto de suspensión del acto o la admisión con el rechazo de esa suspensión. El inadmisorio se queda en el primer análisis, y bajo ningún pretexto so pena de prejuzgar, puede hacer pronunciamiento de fondo en torno a si el acto viola o no la ley. Por esa razón, el superior no podrá sustituir la inferior sino en el primer extremo. Además por economía procesal no podría desconocerse un principio de mayor jerarquía vinculado a la garantía del debido proceso, como lo es el de la doble instancia. Y se violaría porque la medida de suspensión provisional tomada por el superior sin que medie la decisión explícita del Tribunal, quedaría sin el recurso de apelación, expresamente permitido contra medidas de tal naturaleza (art. 181 del C. C. A.).

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., veintidós de junio de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Radicado número 5715.

Actor: Franz Luepke Liebscher.

I

Agotada la tramitación procesal de ley, sin que se observe causal de nulidad que vicie la actuación, procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora contra

el auto calendado el día veintiséis (26) de enero de mil novecientos ochenta y nueve (1989), proferido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, dentro del proceso del rubro, en virtud del cual se inadmitió la demanda por las razones que se precisan en el referido proveído.

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

> "Presentada, el 13 de noviembre de 1984, demanda ante el Consejo de Estado contra la Resolución 1278 de 26 de octubre de 1982 proferida por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria —INCORA—, hubo de admitirla por auto de diciembre 11 de 1984.
>
> "El apoderado judicial de la entidad demandada (agosto 2 de 1988) solicitó 'se decrete la nulidad de todo lo actuado dentro de este proceso con fundamento en el numeral 2º del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil en concordancia con el artículo 165 del Código Contencioso Administrativo y se ordene el rechazo de la demanda' (numerales 9º de los arts. 131 y 132 del C. C. A.).
>
> "Por auto de septiembre 13 de 1988 —Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sala Unitaria— resolvió entre otros asuntos, declarar 'nulo todo lo actuado en este proceso a partir del auto admisorio de la demanda, inclusive' y enviar el proceso, 'al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, por ser de su competencia'.
>
> "Interpuesto recurso ordinario de súplica, la Sección Tercera, por auto de noviembre 3 de 1988, *confirmó* 'el auto de septiembre 13 de 1988, con las precisiones hechas en la parte motiva'.
>
> "El proceso fue remitido a este Tribunal con Oficio número 795 de noviembre 16 de 1988, recibido el 29 de noviembre de 1988, y repartido el 1º de diciembre de 1988.
>
> "Observa el Tribunal, que la acción se encuentra prescrita. Expone la demanda que se interpone acción de nulidad contra 'la Resolución número 1278 de 26 de octubre de 1982, proferida por el Director Regional del Proyecto Cauca —Valle— del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, sin publicar por no requerirse su publicación, y ejecutoriada el día 12 de noviembre de 1982, mediante la cual se adjudicó definitivamente a Roberto Molina Salazar, con cédula de ciudadanía número 2.554.556 de Darién (Valle),

como baldío, el terreno denominado por esa disposición como Samboni, ubicado en el Municipio de Yumbo, Departamento del Valle'.

"Conforme a las voces del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo se tiene que las acciones 'de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos de adjudicación de baldíos proferidos por el INCORA caducarán en dos (2) años contados desde la publicación, cuando ella sea necesaria, o desde la ejecutoria en los demás casos'.

"Declarada la nulidad de lo actuado, lo procedente es estimar como fecha de presentación de la demanda ante este Tribunal, aquella en la cual se recibió el expediente en la Corporación, vale decir, el 29 de noviembre de 1988, fecha para la cual ya había caducado la acción.

"Se observa que el acto acusado quedó ejecutoriado el 12 de noviembre de 1982. La presentación irregular de la demanda ante el Consejo de Estado no interrumpe ni suspende el término de caducidad previsto por el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo para los actos de adjudicación de baldíos proferidos por el INCORA" (fls. 35-36, cuaderno número 1 *bis*.).

II

Sustentación del recurso:

A folios 38 y siguientes del cuaderno número 1 *bis*., aparece el escrito en que la mandataria judicial de la parte demandante hace sus valoraciones jurídicas y fácticas orientadas a defender la perspectiva desde la cual ella ha estudiado el caso. En lo pertinente del mismo se destaca:

"Motivos de inconformidad.

"1. *No es cierto que la demanda inadmitida haya sido presentada fuera de los términos legales.*

"La demanda cuya inadmisibilidad apelo, fue presentada en su oportunidad porque:

"a) El término de presentación vencía el día 13 de noviembre por cuanto el 12 era festivo y por mandato expreso del artículo 62 del Código de Régimen Político y Municipal era el 13 el día hábil para la presentación por ser el día 12 festivo;

"b) En cuanto a que el tiempo transcurrido en el Consejo de Estado no se descuenta para efectos de la caducidad, carece de todo fundamento por cuanto el mismo Consejo de Estado, como se explicó consideró que debía tenerse como fecha de presentación el día 13 de noviembre de 1984 y no la fecha en que el expediente fue recibido por el Tribunal.

"Veamos:

"Para la época en que comenzó a regir el Nuevo Código Administrativo, la misma en la que se presentó la demanda era criterio del honorable Consejo de Estado, que las acciones de nulidad contra los actos de adjudicación de un bien baldío eran de conocimiento de esa Corporación en única instancia en virtud del artículo 128, numeral 9 del Código Contencioso Administrativo. Razón por la cual dictó auto admisorio de la demanda.

"Interpretación que vino sostenido hasta cuando cambió de interpretación de la norma, para concluir que la competencia para estos casos correspondía a los Tribunales en primera o única instancia, adscribiendo la competencia a aquel en donde estuviera ubicado el inmueble.

"Todo lo anterior es cierto, pero no es menos cierto que cuando el Consejo de Estado profirió el auto admisorio de la demanda estaba comprometido el proceso mismo y por ello los intereses legítimos de quien, a través de los medios legales estaba intentando hacer valer sus derechos.

"Así lo entendió y prueba de ello fue del cuidado que la honorable Corporación tuvo al proferir su fallo con la salvedad expresa, de que *debía* tenerse como fecha de presentación el día 13 de noviembre de 1988. Y es que en un elemental sentido de justicia mal puede el actor sufrir las consecuencias de los criterios cambiantes e interpretativos, estando un proceso en marcha máxime cuando la demanda fue presentada y aceptada con el acatamiento de las normas y criterios vigentes para entonces.

"Es inevitable entonces recabar sobre lo expresado por la suscrita en el recurso de súplica cuando adelantándose al contenido de la providencia que hoy apela expresó:

" 'En el asunto litigio se notificaron válidamente a las partes, aún acudiendo a la convocación por edicto, y la designación del curador *ad lítem*, notificación que se hizo no solamente de la demanda presentada inicialmente sino también del auto admisorio de la adición de la misma, todo para salvaguardar el derecho de defensa del presunto titular de

la adjudicación del baldío. Y si ahora se pretende anular el proceso, para que el Tribunal del conocimiento o el Consejo de Estado rechace la demanda como lo solicitó el INCORA, cabe entonces preguntar si después de cuatro (4) años de trámite, con anuencia del Consejo por haberla admitido y tramitado al considerarse competente, ahora cuando no se considera competente *por vía de interpretación* (subrayo) es jurídicamente viable, lógico, justo o equitativo que esa errada interpretación por parte del Consejo o en otros casos la incuria del Juez, pueda conducir al traste un litigio por qué después de la nulidad, se abre eventualmente la caducidad de la acción'?

" 'Consecuencia esta que puede derivarse de la anulación del proceso como ha querido la contraparte. Y la respuesta no puede ser más que una negativa rotunda, con mayor razón cuando es irrefutable la buena fe de quien buscando apoyo en los principios de equidad y de justicia pretende recuperar su justo derecho'.

"Por todo lo expuesto ruego a los honorables Magistrados de esa Corporación acceder a las peticiones del presente recurso".

III

Vista Fiscal:

La Fiscal Segundo de la Corporación, doctora Edné Cohen Daza, en su concepto de fondo, precisa:

"La demanda inicialmente fue presentada ante el Consejo de Estado, en donde fue admitida y durante el trámite del proceso, por auto de 13 de septiembre de 1988, se declaró la nulidad de éste por falta de competencia.

"Recurrida la anterior providencia la Sala de Decisión en auto de noviembre 3 de 1988 después de justificar o de explicar el cambio de jurisprudencia y considerando que no sería justo que el actor sufriera lo que llamó el 'desface jurisprudencial', dijo: 'Por lo tanto, se confirmará la providencia recurrida con la salvedad de que la fecha de la presentación de la demanda será la de 13 de noviembre de 1984 y no la que corresponda a la recepción del expediente por parte del Tribunal del Valle'.

"Esto último fue lo que no tuvo en cuenta el Tribunal cuando resolvió no admitir la demanda.

"Tiene pues razón la representante legal del demandante para solicitar la revocación de la providencia del Tribunal, pues ya la Sala decidió que la fecha de presentación de la demanda era el 13 de noviembre de 1984 y no la fecha en la cual llegó el expediente al Tribunal.

"Como las razones, más de equidad y justicia que jurídica, ya fueron expuestas en la providencia de noviembre 3 de 1988 visible a folios 27 y siguientes del cuaderno 1 *bis.*, ellas deben ser acogidas por el Tribunal.

"En consecuencia, el auto recurrido debe ser revocado y la demanda debe ser admitida" (fls. 47-48, cuaderno número 1 *bis.*).

IV

Consideraciones de la Sala:

A) Es verdad jurídica, dentro del presente proceso, que por auto calendado el día tres (3) de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988), la Sala de Decisión, al desatar el recurso de súplica interpuesto contra el proveído de trece (13) de septiembre del mismo año, confirmó la decisión del Consejero conductor del proceso, en el sentido de declarar nulo todo lo actuado dentro del presente negocio y ordenar su envío al Tribunal Administrativo del Valle, por ser de su competencia.

En el primer auto citado el Juez plural hizo, para el caso en comento, la siguiente precisión:

"Si bien es cierto la demanda que no reúna las exigencias legales, entre éstas la presentación ante el Juez competente, no interrumpirá los términos de la caducidad, no lo es menos que el conocimiento que se le brindó ante esta corporación inicialmente obedeció, erróneamente, a una determinada interpretación de las reglas que afirmaban su competencia.

"En esto no tuvo culpa alguna la parte demandante. Si pudiera hablarse de culpa, ésta radicaría en la Sala y aún en el legislador que no legisló correctamente.

"Cuando no se dan reglas de juego claras se presentan estos inconvenientes. Pero no sería justo que el rigor total recayera en quien no tiene porqué sufrir el desfase jurisprudencial y legal anotado.

"Por tanto, se confirmará la providencia recurrida *con la salvedad de que la fecha de la presentación de la demanda será la de 13 de noviembre de 1984 y no la que corresponda a la recepción del expediente por parte del Tribunal del Valle*";

B) Para la mejor comprensión de las circunstancias particulares del caso, y para la adecuada información de los profesionales del derecho que se interesan por el estudio de las pautas jurisprudenciales, parece de interés retener un aparte del mismo auto, pues en su literatura se explica bien el porqué surgieron, en su momento, las dificultades que dieron lugar a la nulidad que afectó este proceso.

El alcance del mismo es del siguiente tenor:

"...Esta Sala, tan pronto empezó a regir el nuevo Código Administrativo (Decreto 01 de 1984), estimó que los procesos contra los actos de adjudicación de un bien baldío eran del conocimiento de esta Corporación en única instancia, en virtud del mandato contenido en el numeral 9 del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo.

"Luego, gracias al estudio de los antecedentes de la norma; al texto íntegro de la misma y a la interpretación racional de la ley agraria, decidió que ese numeral se refería sólo al contencioso de simple nulidad y no al de restablecimiento.

"Interpretación que permitió concluir que el legislador en ese numeral 9 no habló en términos generales y como si se refiriera a todas las acciones de impugnación posibles contra los actos administrativos que expida el INCORA, sino solamente de la simple nulidad.

"Baste observar que la norma no habla indistintamente de restablecimiento o nulidad, sino que precisa los diferentes casos en forma apropiada. Así, habla de nulidad de actos administrativos en los numerales 1 y 9; de restablecimiento en el numeral 3, y deja la posibilidad para que se ejerza una u otra acción en los numerales 10, 11 y 14.

"Fuera de esto, excepciona ciertos asuntos agrarios con prescindencia de que puedan implicar la nulidad o la revisión de ciertos actos administrativos, con o sin fines de resarcimiento, en los numerales 7 y 8.

"Esta armonización de textos significa que el legislador no quiso darle trato preferencial a los de adjudicación de baldíos, cuya nulidad, por fuerza, tiene efectos restablecedores. Y no quiso hacerlo para facilitar su control a nivel

de los Tribunales, con lo que se ganaba en inmediación y en economía procesal.

"En cambio, la acción de nulidad con fines del mantenimiento del orden jurídico, ordinariamente contra actos de contenido general, sí justifica que su control, dada su trascendencia, se ventile ante esta Corporación, Juez supremo de lo contencioso administrativo.

"Con apoyo en esas ideas, la misma definió que la competencia radicaba en los Tribunales, en primera o única instancia, según la cuantía.

"Y lo lógico para el caso, por el factor territorial, fue adscribirle esa competencia al Tribunal correspondiente a la ubicación del inmueble..." (fls. 29-31, cuaderno número 1 *bis*.);

C) Dentro del marco jurídico que se deja expuesto, la Sala reitera que, para el caso en comento, se debe tener como fecha de presentación de la demanda el día trece (13) de noviembre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984) y no la que corresponda al expediente por parte del Tribunal Administrativo del Valle. Esta realidad explica bien que la caducidad de la acción no se dé en el *sub lite*. Por ello se revocará el auto impugnado, y, en su lugar, se admitirá la demanda;

D) Sin que la Sala pretenda que la jurisprudencia de la Corporación sea patrocinada en forma ciega por los Tribunales Administrativos, pues por esa vía no es posible al Juez realizar su verdadera misión, sí deben ellos dar especiales razones, y argumentar en forma sólida, para no prohijar las pautas que a través de esa fuente del derecho se han venido consolidando, pues sólo así será posible conocer la causa, motivo o razón por la cual se maneja el conflicto de intereses con distinta perspectiva. En puridad de verdad no se le puede exigir a un jurista, formado en el más puro positivismo jurídico, que piense como lo hace uno estructurado en la escuela del derecho natural, o en la filosofía egológica, pero sí es deber del mismo, dar razones en apoyo de su decisión, y no simplemente legales, pues la administración está sometida no sólo a la ley sino también al derecho.

Finalmente, no puede olvidarse que cuando las decisiones judiciales se toman al más alto nivel, los posibles y explicables desajustes jurídicos se convierten en *derecho*, para el caso concreto, en virtud de la llamada *norma de habilitación*.

Oportunamente, la apoderada del demandante, había presentado *"aclaración"* de la demanda, con el objeto de vincular al proceso a las personas que, de acuerdo con el certificado de tradición acompañado en el señalado momento procesal, aparecen como compradoras del señor Roberto Molina Salazar, del predio materia de la adjudi-

cación y que enlista en el escrito que obra a folios 95 y siguientes del cuaderno número 1. En este momento del proceso, la Sala valora la demanda como una unidad, esto es, que al texto primitivo de la misma considera incorporada la aludida aclaración.

La demanda será admitida, como se dijo, por reunir los requisitos legales, pero la Sala, haciendo uso de la facultad que al Juez otorga el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil, ordenará la citación de las personas que hacen falta para integrar el litisconsorcio por activa. De la lectura del certificado expedido por la Oficina de Registro de I.I.P.P. de Cali que obra a folios 51 y 52 del cuaderno número uno (1), así como de las diferentes escrituras públicas de compraventa que aparecen a folios 17 a 48 del mismo cuaderno, se concluye que el predio conocido con el nombre de *"Samboni"*, pertenece también, en común y proindiviso al señor Ottmar GRIESBACH. En consecuencia, se ordenará que éste sea citado para integrar el contradictorio por activa.

Como en el libelo demandatorio, se solicita la suspensión provisional de los actos acusados, la Sala define que este aspecto debe ser desatado por el *a quo*. Esta perspectiva jurídica significa que la Sala hace un ajuste en su jurisprudencia, y hace suyo el enfoque que dentro del expediente número 5117, actor Sociedad Distrital S. A., Consejero ponente doctor Antonio José de Irisarri Restrepo, hizo en salvamento de voto el doctor Carlos Betancur Jaramillo. En lo pertinente de éste, se lee:

> "Con todo respeto me separo de la decisión mayoritaria, en cuanto en ésta además de admitir la demanda decide sobre la suspensión provisional. Son razones de mi discrepancia las siguientes:
>
> "El auto de suspensión provisional es susceptible de apelación en los asuntos de doble instancia; vale decir, que el superior lo conoce cuando el inferior tomó alguna decisión sobre esa medida. Si no lo hizo, porque inadmitió, se entiende que el superior no tiene competencia sino sobre lo decidido, no sobre lo que hubiera podido decidir si hubiera tomado una decisión contraria.
>
> "Aunque formalmente el auto admisorio de demanda que resuelve sobre la suspensión provisional es uno solo, él implica dos medidas diferentes: La una, que tiene que ver con el lleno de los presupuestos de admisibilidad de la demanda propuesta; y la otra, que implica un juicio preliminar de legalidad, entre el acto impugnado en el libelo y la normatividad superior.
>
> "En cuanto al primer extremo (la admisión de la demanda) su recurso sería el de reposición; en cuanto al se-

gundo (si se suspende o no), la apelación o la súplica, según sea el asunto de primera o de única instancia.

"Visto lo precedente y para evitar que se pretermita la primera instancia en lo que toca con la suspensión provisional, el Tribunal una vez reinicie el trámite de este proceso deberá, en Sala, decidir sobre ésta.

"Lo expuesto no corresponde al pensamiento de esa Sala. Esta, en forma mayoritaria, ha venido considerando que cuando el *ad quem* revoca el auto inadmisorio de una demanda, en la que además se pedía la suspensión provisional —como sucede en el caso concreto— debe en la misma providencia decidir también este extremo. Se apoya para el efecto en los poderes de sustitución que en materia de apelación tiene el superior y en el principio de la economía procesal.

"El suscrito considera que la posición debe rectificarse.

"Es cierto que el *ad quem* tiene los poderes de sustitución, pero no omnímodos porque están supeditados al alcance mismo de la providencia que se revisa. Por eso se entiende que si el inferior produce una negativa sobre determinado extremo procesal, mediante proveído susceptible de apelación, y el superior lo considera viable, revoque la providencia y tome la decisión afirmativa en reemplazo de la recurrida, en lugar de darle la orden a aquél para que lo haga.

"Cuando el *a quo* inadmite una demanda, lo hace porque considera que no se cumplen a satisfacción los presupuestos procesales de la acción o de la demanda. No hace otra cosa. Sería ingenuo pensar que al inadmitir está decidiendo en cualquier sentido que el acto impugnado viola o no ostensiblemente las normas superiores citadas.

"De ser eso así, exagerando un tanto, podría afirmarse que el auto inadmisorio de una demanda es implícitamente una sentencia denegatoria de las pretensiones.

"Baste pensar que precisamente esa inadmisión le impide considerar la suspensión provisional, porque sólo admitida la demanda contra un acto administrativo podrá el juzgador tomar la decisión correspondiente relacionada con la violación o no de la normatividad superior.

"Si la inadmisión no le permitió estudiar esa ostensible violación, cómo podrá entenderse que en ella existe una decisión implícita denegatoria sobre la suspensión provisional?

"Para entender el alcance de los poderes de sustitución del superior en asuntos como el aquí decidido, no puede olvidarse esta sencilla realidad. El auto admisorio (cuando en la demanda se pide la suspensión provisional) contiene dos decisiones diferentes, regidas por supuestos legales igualmente diferentes. Sólo formalmente, por voluntad de la ley, se dictan en una misma providencia.

"La admisión constata la existencia de los presupuestos procesales de la acción y la demanda, define que son aceptables o conformes con la ley procesal; en cambio, la suspensión confronta al acto con las normas superiores que se dice fueron infringidas por él y decide afirmativa o negativamente. Por esa razón, y sólo por eso, puede darse la admisión con el decreto de suspensión del acto o la admisión con el rechazo de esa suspensión. El inadmisorio, por su parte se queda en el primer análisis y bajo ningún pretexto, so pena de prejuzgar, puede hacer pronunciamiento de fondo en torno a si el acto viola o no la ley. Por esa razón, el superior no podrá sustituir al inferior sino en este primer extremo.

"Se da como razón adicional para justificar el poder de sustitución amplio en estos casos, la aplicación del principio de la economía procesal, ya que, se afirma, la devolución del expediente para que el *a quo* decida sobre la suspensión provisional dilataría el proceso, ya que éste, por apelación, podría regresar a esta Corporación.

"No es esta una razón seria. Por economía procesal no podrá desconocerse un principio de mayor jerarquía vinculado a la garantía del debido proceso, como lo es el de la doble instancia.

"Y se violaría, porque la medida de suspensión provisional tomada por el superior sin que medie la decisión explícita del Tribunal, quedaría sin el recurso de apelación, expresamente permitido contra medidas de tal naturaleza (art. 181 del C. C. A.).

"Así, si el demandante no logra la suspensión, sería él el perjudicado; en cambio, si la medida fuere suspensiva, el que quedaría sin apelación sería la parte demandada.

"Puede afirmarse, entonces y es apenas obvio, que la economía procesal es de aplicación subsidiaria y sólo cuando con ello no se sacrifique el debido proceso".

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,

Resuelve:

Primero: Revócase el auto proferido el día veintiséis (26) de enero de mil novecientos ochenta y nueve (1989), por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, y, en lugar, *dispone:*

Por reunir los requisitos formales se admite la demanda presentada por el señor Frankz Luepke Liebscher, por conducto de mandatario judicial.

En consecuencia, se *ordena:*

A) Notifíquese personalmente esta providencia al señor Agente del Ministerio Público; al señor Gerente General del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria —INCORA—; y a los señores Roberto Molina Salazar y Ottmar Griesbach;

B) Notifíquese personalmente esta providencia a los señores Orlando Serna Alvarez, María Teresa Moreno de Hoyos, Rafael Danilo Muñoz Osorio, José Mesías Molina López, Sonia María Vásquez de Ospina, Víctor Emilio Izquierdo Quintero, Ana Tulia Izquierdo de Vallecilla y Luis Carlos Lozada Restrepo. La apoderada del demandante suministrará al Tribunal el domicilio y residencia de las mencionadas personas;

C) Fíjese el negocio en lista por el término de diez (10) días para los efectos del numeral 3º del artículo 207 del Código Contencioso Administrativo;

D) Ordénase la inscripción de la demanda en la Oficina de Registro de I.I.P.P. del Círculo de Cali. El Tribunal librará el oficio correspondiente;

E) El *a quo* resolverá sobre la suspensión provisional solicitada, por las razones expuestas en las motivaciones precedentes.

Segundo: Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. La Secretaría hará las anotaciones del caso.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Gustavo de Greiff Restrepo, Presidente de la Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Antonio José de Irisarri Restrepo,* Ausente con excusa; *Julio César Uribe Acosta.*

Arturo Mora Villate, Secretario.

INSUBSISTENCIA. ACTO DISCRECIONAL.

El acto administrativo que se ha acusado es de aquellos que los doctrinantes —y también la jurisprudencia— clasifican como discrecionales, *es decir, dictado en razón de facultades que la ley ha otorgado a la autoridad administrativa en aras del buen servicio público, sin que para proferirlo se hayan establecido reglamentaciones específicas ni exigido motivaciones expresas para emitirlo, pues, como se deduce de su lectura, es un acto por medio del cual se declaró insubsistente el nombramiento de un empleado público, no vinculado a carrera administrativa alguna, y por lo tanto, de libre remoción.*

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., veintiuno de junio de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente número 517 (7116). Autoridades nacionales

(Reconstrucción. Decreto extraordinario 3825 de 1985).

Actor: Ciro Enrique Rodríguez Arenas.

Se decide la apelación interpuesta por la parte demandada, Instituto Geográfico "Agustín Codazzi", contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca —Sección Primera— el veintiséis (26) de febrero de mil novecientos ochenta y dos (1982), en el juicio de plena jurisdicción adelantado, por conducto de mandatario judicial, por el señor ingeniero Ciro Enrique Rodríguez Arenas a fin de obtener, entre otras pretensiones, la nulidad de la Resolución número 497 de 1978 —13 de abril—, por la cual el Director General del establecimiento público arriba mencionado, declarólo insubsistente del cargo que desempeñaba, es decir, el de Jefe de Sección de Personal Asistencial, Clase V-grado 22.

El fallo ahora recurrido accedió a la mayoría de las peticiones de la demanda, salvo la que atañe a que se ordene a la entidad demandada que, cuando se presente la vacante se ascienda al actor y se le nombre en el cargo de Jefe de Sección de Personal Asistencial Clase V, grado 22, y las que conciernen a la indemnización por no haber podido

disfrutar de una beca que le había otorgado el Gobierno al señor Rodríguez Arenas, y al pago de la suma que determinen los peritos entre el precio que debía pagar el actor por el apartamento adjudicado en el Fondo Nacional del Ahorro y el precio comercial de dicho departamento. O sea, que el proveído que ahora ha de revisarse fue favorable a la parte actora en lo atinente a la declaratoria de nulidad del acto impugnado, a la orden de reintegro al cargo que desempeñaba o a otro de igual o superior categoría, y al pago de sueldos, prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir desde el momento de su retiro del servicio y hasta cuando se produzca su reintegro. Para ello tuvo en cuenta las siguientes consideraciones:

"Se controvierte en este proceso la legalidad de la Resolución número 497 de abril 13 de 1978, por medio de la cual el Director General del Instituto Geográfico 'Agustín Codazzi' declaró la insubsistencia del nombramiento del Ingeniero Geógrafo Ciro Enrique Rodríguez Arenas del cargo de Profesional Universitario, Clase VIII, Grado 21, de la División de Investigaciones de la Subdirección de Investigación y Divulgación Geográfica.

"Se encuentra demostrado que el demandante prestó sus servicios a la entidad demandada entre el 19 de octubre de 1966 y el 16 de abril de 1978 y que en el momento de su retiro no figuraba inscrito en el escalafón de la carreda administrativa.

"De acuerdo con las pruebas que obran en el expediente se establece plenamente que el Instituto Geográfico Agustín Codazzi declaró la insubsistencia del nombramiento del actor cuando aún no había culminado un proceso disciplinario que le adelantaba en relación con unos hechos ocurridos en la ciudad de Tuluá el día 15 de noviembre de 1976 con motivo de la pérdida de la suma de $ 39.000.00 que la entidad le había entregado en su condición de empleado de la Subdirección de Investigación y Divulgación Geográfica, como avance para gastos de la comisión del Proyecto de Estudios Socioeconómicos para la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca. En efecto, adelantada una investigación administrativa en relación con esos hechos, la entidad demandada, en primer término, declaró la responsabilidad administrativa del demandante por negligencia de la administración y manejo de los dineros del Instituto y lo condenó a la devolución de la suma perdida, mediante las Resoluciones números 445 y 1379 de abril 4 y septiembre 23 de 1977. Posteriormente, se adelantó el trámite previsto para los procesos disciplinarios de la entidad demandada, citando a Comité Laboral, elaborando los cargos, desarrollando el Comité Laboral en el cual se escuchó en descargos al inculpado y luego, antes de dic-

tarse la providencia resolviendo sobre el mérito de la investigación disciplinaria, se dictó el acto acusado.

"Es cierto que el nominador tiene la facultad de declarar la insubsistencia del nombramiento de los empleados no inscritos en la carrera administrativa, pues así lo indican los artículos 26 del Decreto 2400 de 1968 y 107 del Decreto 1950 de 1973. Sin embargo, es evidente que la administración también tiene la obligación de adelantar y culminar los procesos disciplinarios promovidos contra sus empleados, brindándoles la oportunidad de desvirtuar los cargos que se les formulan. Lógicamente estos procesos se deben definir, bien sea aplicando alguna de las sanciones disciplinarias o exonerando la responsabilidad al inculpado, antes de proceder a la desvinculación del servicio mediante la figura de la declaratoria de insubsistencia, pues de lo contrario se desconocería el principio del debido proceso consagrado en el artículo 26 de la Constitución Nacional debido que al encontrarse cuestionada su conducta generalmente se establece una relación de causalidad entre la insubsistencia y los cargos endilgados y el empleado resulta afectado, sin que previamente se le hubiera definido su situación disciplinaria.

"De esta manera resulta que la facultad de libre remoción que tiene el nominador sufre una limitación en el evento de que se adelante la investigación disciplinaria contra el empleado, por cuanto el retiro del servicio solamente es procedente mediante la destitución, cuando exista mérito para esa sanción. Si se declara la insubsistencia del nombramiento en momentos en que se adelanta proceso disciplinario se entiende que las razones para esa determinación están relacionadas con la conducta atribuida al empleado en esa investigación y, por tanto, en la práctica se convierte en una sanción impuesta sin el agotamiento del procedimiento legal.

"Lo anterior significa que el nominador no tiene facultad para declarar la insubsistencia del nombramiento de un empleado de libre nombramiento y remoción cuando se adelanta contra éste un proceso disciplinario. Por consiguiente, la administración incurre en abuso de poder si se dicta un acto declarando la insubsistencia del nombramiento de un empleado que está siendo investigado disciplinariamente.

"Como los funcionarios públicos sólo pueden hacer aquello que les está permitido, resulta que las normas que distribuyen la competencia son de orden público y, por tanto, su desconocimiento permite la declaratoria oficiosa

del abuso de poder y la consiguiente declaratoria de nulidad del acto que ha sido expedido con ese vicio.

"En estas condiciones, si bien es cierto que el apoderado del demandante no invocó el abuso de poder como fundamento de sus pretensiones, ello no es óbice para que esta Sala lo declare y acceda a la petición de nulidad del acto de insubsistencia, como en efecto lo debe hacer, sin necesidad de entrar en el análisis de la impugnación fundamentada en la desviación de poder, la falsa motivación y los vicios de forma.

"Así mismo se debe ordenar el restablecimiento del derecho en cuanto el reintegro del demandante al cargo que desempeñaba o a uno de igual o superior jerarquía y al pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de devengar desde el momento de la desvinculación del servicio y hasta que se produzca su reintegro.

"En cuanto a la petición para que se ordene a la entidad demandada que cuando se presente la vacante se ascienda al actor y se nombre en el cargo de Jefe de Sección de Personal Asistencial Clase V, Grado 22, se debe negar teniendo en cuenta que de acuerdo con el artículo 207 del Decreto 1950 de 1973 para proveer las vacantes que se presenten en cargos para los cuales se formó la lista de elegibles, prevalece los empleados de carrera administrativa elegibles en el concurso de ascenso, lo cual dice que el demandante que ocupó el tercer lugar en el concurso abierto sólo tenía una expectativa para ser nombrado en el empleo mencionado.

"Tampoco se debe acceder a las peticiones cuarta y quinta de la demanda, relativas a la indemnización de perjuicios '...por no haber podido disfrutar de la beca que le había otorgado el Gobierno de Francia' y con la condena al pago de '...la suma que determinen los peritos como diferencia entre el precio que debía pagar el doctor Ciro Enrique Rodríguez Arenas por el apartamento adjudicado en el Fondo Nacional del Ahorro y el precio comercial de dicho apartamento'. En primer lugar, en la acción de plena jurisdicción el restablecimiento del derecho derivado de la nulidad de un acto sólo comprende las consecuencias directas e inmediatas de éste, mas no la amplia indemnización de perjuicios con sus conceptos de daño emergente y lucro cesante y, por tanto, las referidas peticiones no encuadran dentro del restablecimiento del derecho. En segundo lugar, los hechos en que fundan las peticiones no se demostraron en el curso del proceso" (fls. 23 a 27).

El recurrente, en su alegato de conclusión, solicita que se decrete la ineptitud de la demanda por haberse aducido en ella un "concepto de violación no acorde con las normas violadas (ordinal 4º, art. 84 del anterior C. C. A., hoy ordinal 4º del art. 137 del actual, Decreto-ley 1 de 1984). Para ello sostiene:

"Como quiera que la labor de los Tribunales Contenciosos Administrativos y la del mismo honorable Consejo de Estado mediante la acción de nulidad, se dirige a tutelar el orden jurídico y la legalidad abstracta, sometiendo la administración pública al imperio del derecho, es de forzosa necesidad que la presunción de legalidad de un acto administrativo, que tutelan los artículos 192 y 193 de la Constitución Nacional, no puede ser desvirtuada por quienes las impugnan, con simples presunciones o 'razonamientos de hombre', medio probatorio proscrito de nuestros estatutos procesales, ni por simples inferencias entre unos hechos y el acto impugnado, amén, de que debe ceñirse la demanda en *estrictu sensu*, al cumplimiento de los presupuestos procesales o requisitos legales que los artículos 84 del anterior Código Contencioso y el artículo 137 del actual (Decreto 1 de 1984) exigen; todo esto con el objeto de garantizar el principio universal de la 'igualdad de las partes ante la ley procesal'.

"Igualmente sabido es que las causales que anulan un acto administrativo son:

"1. *Expedición irregular:* Es decir el desconocimiento de reglas o procedimientos plenamente establecidos para la validez del acto.

"2. *Abuso de poder:* Bien por falta de competencia o bien en la extralimitación en las funciones del agente.

"3. *Desviación de poder:* Determinado por error en los motivos o falsa motivación.

"Sentado lo anterior, se tiene que en el acápite de 'expresión de las disposiciones violadas y concepto de violación' (fl. 7 del libelo), el actor arguye que:

" 'La Resolución 497 de 1978 (abril 13) «por la cual se declara insubsistente un nombramiento en la Subdirección de Investigación y Divulgación Geográfica» dictada por el Director General del Instituto Geográfico «Agustín Codazzi» en uso de sus facultades legales y en especial de las que le confiere el Decreto 1167 de 1969 *es nula por falsa motivación* o haber sido dictada con desviación de poder, por cuanto los hechos indicados en el acápite pertinente de esta demanda demuestran claramente de lo que se trató fue de aplicar una

sanción disciplinaria, *la destitución,* cuando ya había prescrito la acción disciplinaria administrativa de que tratan los artículo 144 a 148 del Decreto 1950 de 1973 y sin haber seguido el procedimiento establecido en los artículos 149 a 167 del mismo decreto ni los señalados en la Junta Administradora del Instituto Geográfico Agustín Codazzi...'

"Y agrega (fl. 7):

" 'Y se impuso una sanción en la resolución impugnada...'

"A folio 8 de la demanda el actor afirma:

" '*Tan ostensible es la falsa motivación* que alego que el mismo Instituto Geográfico «Agustín Codazzi» en la convocatoria...'

" '*La falsa motivación y el desvío de poder* en que incurrió el Director General del Instituto Geográfico «Agustín Codazzi» al dictar la resolución cuya nulidad se impetra violó el derecho de defensa del doctor Ciro Enrique Rodríguez Arenas consagrado en el artículo 26 de la Constitución Nacional, por cuanto para hacerla aparecer como un acto de libre remoción de un empleado público, se dictó de *comuníquese y cúmplase,* o se le negó el derecho de notificarse personal de ella e interponer el recurso de reposición consagrado tanto en el artículo 167 del Decreto 1950 de 1973, como en el artículo 34 del Acuerdo número 5 de 1969...'

"Sobre el particular, es necesario observar que la Resolución número 497 de abril 13 de 1978 acusada y declarada nula por parte del honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca, no tiene por ninguna parte, motivación alguna, que permita acusarla por desviación de poder determinada por falsa motivación. Entonces se pregunta: ¿En dónde está la falsa motivación de un acto que no está motivado?

"De otra parte, es necesario observar que el demandante confunde la figura de la declaratoria de insubsistencia con la destitución, las cuales son jurídicamente independientes y autónomas y están definidas claramente en la ley como más adelante se analizará. Resaltado lo anterior, se colige que se acusa un acto sin tener la certeza jurídica de su naturaleza lo cual conduce necesariamente a que se emitan juicios y acusaciones que conllevan a la confusión y valorización legal no acorde a la realidad de los hechos y que conducen necesariamente a que se presente la ineptitud de la demanda por las razones planteadas.

"Tan ostensible es la falta de claridad pretensional que el demandante afirma que 'la resolución acusada se dictó de *comuníquese y cúmplase* violando de esta manera el artículo 26 de la Constitución Nacional, porque se le negó el derecho de notificarse personalmente de la misma y por ende poder interponer los recursos'.

"Al respecto hay que anotar que la Resolución 497 de 1978 es un acto discrecional dictado con base en el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968 y 107 del Decreto 1950 de 1973; que no requiere notificación personal, toda vez que con el hecho de hacerlo, se estaría forzando a la administración a que motivara su acto administrativo, aspecto este que atentaría contra la esencia misma de la liberalidad discrecional. En lo concerniente a las citas de disposiciones presuntamente violadas el actor relaciona normas de carácter legal e internas del Instituto Geográfico 'Agustín Codazzi'.

"Sin embargo no explica en donde se origina la violación acorde con la vialidad fáctica, toda vez que como ya se anotó el nominador utilizó la facultad discrecional consagrada en el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968.

"Sobre la ineptitud el honorable Consejo ha sostenido reiteradamente que la acción contencioso administrativa es una confrontación entre el acto hecho u operación administrativa con las normas consagratorias de derechos civiles o administrativos, para saber si éstos se quebrantaron y para ello es de necesidad imprescindible puntualizar cada uno de los preceptos que establecen esos derechos a fin de verificar sin duda alguna si la administración al pronunciarse sobre el caso concreto, obró o no dentro de la legalidad.

"Pero esa labor no es posible con planteamientos generales como el que hace la demanda al citar genéricamente (Ver fls. 7-8-9 de la demanda) estatutos legales que reglamentan materias y hechos de diferente naturaleza aunque el estatuto puede comprender lo citado por el actor, como lo hace a folio 8 del libelo en la *'expedición en forma irregular'* 'que la Dirección General del Instituto Geográfico «Agustín Codazzi» violó los artículos 144 a 167 del Decreto 1950 de 1973, y a los señalados en los Acuerdos 22 de 1961, 49 de 1964 y 10 de 1966 ni a los indicados en la Resolución 1134 de 1972', donde el actor no precisa ni desarrolla en dónde está el concepto de violación, si la norma acusada no es destitución, ni requiere para su expedición procedimientos especiales distintos a los de los artículos 26 del Decreto 2400 de 1968 y 107 del Decreto 1950 de 1973.

"Ahora a folio 9 de la demanda en el capítulo tercero de la División de Poder, ni siquiera, dice cuáles son las normas presuntamente violadas, luego la excepción debe prosperar, por cuanto la justicia ante lo contencioso es rogada y no oficiosa y por ende al Tribunal Contencioso no le es dable adecuar el proceso ni expedir fallos *extra petita* o *ultra petita* (Ver del honorable Consejo de Estado. Sentencias de 17 de noviembre de 1955. Auto 12 de abril de 1962; Sentencia de 26 de julio de 1963 *Anales* Segundo Semestre 1963 Tomo 66 números 401-402, página 152; Sentencia de 14 de octubre de 1964. *Anales* 1964, Tomo 68, página 87)" (fls. 3 a 6).

Luego apunta sus críticas a la sentencia del Tribunal hacia uno de los argumentos que sirvieron de base a la misma o sea la investigación administrativa que se siguió al señor Rodríguez Arenas por la pérdida de unos dineros. Al respecto, dice:

"El Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la sentencia apelada afirmó que se demostró una investigación administrativa y se adelantó un proceso disciplinario en relación con unos hechos ocurridos en la ciudad de Tuluá el día 15 de noviembre de 1976 con motivo de la pérdida de la suma de $ 39.000.00 que la entidad le había entregado al doctor Ciro Enrique Rodríguez Arenas en su condición de empleado de la Subdirección de Investigación y Divulgación Geográfica, como avance para los gastos de la comisión del proyecto de Estudios Socioeconómicos para la Corporación Autónoma de la Regional del Cauca C.V.C. y agrega la Corporación Contenciosa que igualmente está demostrado que el Instituto Geográfico 'Agustín Codazzi' declaró la responsabilidad administrativa del demandante por negligencia y lo condenó a la devolución de la suma perdida, mediante las Resoluciones 445 y 1379 de abril 4 y septiembre 23 de 1977. Posteriormente arguye que se adelantó el trámite previsto para los procesos disciplinarios de la entidad, citando a Comité Laboral en el cual se le escuchó en descargos al inculpado y luego, antes de dictarse la providencia resolviendo sobre el mérito de la investigación se dictó el auto acusado.

"Añade el *a quo* que, al encontrarse cuestionada la conducta del actor, *'generalmente'* se establece una relación de causalidad entre la insubsistencia y los cargos endilgados y el empleado resulta afectado sin que previamente se le hubiera definido su situación disciplinaria.

"Sobre el particular cabe destacar que el Tribunal dio por probado un nexo de causalidad entre el acto acusado y el procedimiento investigativo de los hechos acaecidos en el

año de 1976; nexo que no existe por las siguientes consideraciones:

"a) Los hechos materia de investigación que el Instituto demandado adelantó en contra del actor ocurrieron el 15 de noviembre de 1976;

"b) El Comité Laboral se convocó y reunió el día 27 de febrero de 1978 con todos los representantes;

"c) Se desintegró la Comisión de Personal porque el sindicato representante del actor alegó la prescripción de la acción disciplinaria;

"d) Posteriormente los representantes de la entidad ya no como miembros de un Comité de Relaciones Laborales e independientemente de la cuestión puramente disciplinaria *recomiendan* el retiro del servicio del ingeniero Ciro Enrique Rodríguez Arenas;

"e) Desde la fecha de la ocurrencia de los hechos, la convocatoria y reunión del Comité, hasta la fecha de la expedición del acto acusado transcurrieron en el primer caso quince (15) meses y en el segundo evento cincuenta y cinco (55) días, términos que impiden concluir que los motivos de la investigación, fueron la causa de la insubsistencia del nombramiento. Retiro que está explicado por el mismo Director General del Instituto Geográfico 'Agustín Codazzi' al afirmar en certificación juramentada que las razones de la desvinculación obedecieron a criterios de buen servicio utilizando para ello la facultad discrecional que consagra el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968 en concordancia con el artículo 107 del Decreto 1950 de 1973.

"De lo expuesto se pregunta: ¿Ante una comisión de personal que lo único que hace, es sugerir una *recomendación* y que por demás no existía por haberse disuelto; existe el nexo de causalidad necesario, que el Tribunal afirma que se dio, pero no se ha probado?

"Ahora el Tribunal manifiesta ante esta situación que, 'generalmente' se establece una relación de causalidad entre la insubsistencia y los cargos endilgados, generalidad esta que no se puede inferir por existir prueba en contrario cual es la declaración juramentada del Director General que obra en el expediente.

"El Fiscal Séptimo del Tribunal Contencioso Administrativo en su vista de fondo manifiesta que 'es posible que el Instituto hubiera querido sancionar al demandante, lo cual

no está probado...' Pero lo cierto es que no lo sancionó. Porque no se puede tomar como sanción el retiro de un empleado a través de la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, no es posible dar el carácter de destitución, al retiro de un funcionario a través de aquella modalidad. Lo que sí era cierto es que el Instituto quería retirar, prescindir de los servicios del actor. Tan es así que profirió la resolución impugnada. Pero no puede confundirse querer 'retirar del Instituto al señor Ciro Enrique Rodríguez Arenas', que querer 'sancionarlo', pues esto último implica el empleo de la palabra sacramental *destitución.*

"III. Medios probatorios.

"Indicios: La sentencia se fundamentó en la existencia de un indicio circunstancial entre los hechos acaecidos el día 15 de noviembre de 1976 y la investigación administrativa adelantada por esos mismos hechos en contra del señor Ciro Enrique Rodríguez Arenas, para concluir que la declaratoria de insubsistencia fue una consecuencia y tuvo sus razones en dichos actos. Es decir se pretende probar los elementos subjetivos que indujeron al Director General del Instituto Geográfico 'Agustín Codazzi' para expedir el acto acusado; es impeles inferencias entre los hechos ocurridos en el año de 1976, el comité desarrollado 15 meses después y la decisión administrativa impugnada, expedida 55 días ulteriormente.

"Como ya se dijo anteriormente, dicha prueba cabalística se desvirtúa por la declaración juramentada del Director General del Instituto Geográfico 'Agustín Codazzi' en la cual hace ver que la declaratoria de insubsistencia del actor obedeció a razones del buen servicio y para ello ejercitó la facultad discrecional del artículo 26 del Decreto 2400 de 1968 en concordancia con el artículo 107 del Decreto 1950 de 1973. Es decir que para evitar razonamientos ilógicos es el mismo expedidor del acto impugnado quien establece las razones de orden fáctico y legal de dicha declaratoria de insubsistencia.

"Prueba documental: Con respecto a la anotación que aparece a folio 134 de la hoja de vida y que el Director General del Instituto Geográfico 'Agustín Codazzi' manifiesta en escrito juramentado reconocer, no se puede inferir cosa distinta que la orden que imparte el nominador a la dependencia encargada para que proceda a elaborar la respectiva decisión administrativa, haciendo ver, por demás, que el mismo Director General estaba de acuerdo con la 'sugerencia' presentada a su consideración por dos repre-

sentantes de la entidad y ésta como muy acertadamente lo manifestó el Fiscal Séptimo del Tribunal no era otra cosa 'que el retiro del funcionario, pero este retiro podía ocurrir de dos modos: O declarando insubsistente su nombramiento, lo cual implicaba sanción alguna, o destituyéndolo que sí lo era'.

"*Certificación juramentada:* Obra en el expediente certificación bajo juramento del Director General del Instituto Geográfico 'Agustín Codazzi' en donde expresa categóricamente los elementos subjetivos que lo llevaron a expedir la providencia impugnada amén de los fundamentos legales en que los mismos se sustentaron.

"Con respecto a esta prueba cabe destacar de que en una valoración de los distintos medios probatorios que obran en el expediente, por emanar expresamente de una de las partes en controversia es oponible a cualquier otro medio o principio de prueba.

"*Declaración de terceros:* A instancia del demandante declararon en este proceso los señores Mario Germán Rodríguez S. y Jorge Córdova L., de cuyos testimonios cabe destacar:

"1. El Ingeniero Ciro Enrique Rodríguez Arenas era simple candidato entre otros muchos funcionarios del Instituto para una beca en Francia.

"2. Que el Instituto Geográfico 'Agustín Codazzi' con respecto a la posible beca alegada por el actor, ni ninguna otra entidad gubernamental adelantaron las gestiones legales pertinentes a que se contraen los Decretos 1950 de 1973 y 150 de 1976 en materia de comisiones de estudios al exterior, es decir no se habían consolidado derechos a favor del demandante.

"3. A los testigos no les consta lo ocurrido dentro del Comité de Relaciones Laborales hechos en el Instituto al demandante, por no haber participado directamente dentro del mismo.

"4. El testigo Jorge Córdova L. fue declarado insubsistente por el Instituto Geográfico 'Agustín Codazzi' con antelación a su declaración.

"*IV. La insubsistencia y la destitución.*

"La facultad discrecional y la destitución son dos instituciones diferentes, autónomas e independientes. En virtud de la primera, la administración, separa a un funcionario del

cargo en orden a la cabal prestación de un servicio, según lo dispone el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968, artículo 107 del Decreto 1950 de 1973 y la destitución es una sanción fundamentada en el artículo 12 en el artículo 12 (sic) del Decreto 2400 de 1968 la cual se impone mediante un proceso disciplinario previo. Tan cierto es lo anterior que el artículo 146 del Decreto 1950 de 1973 establece:

"'La acción disciplinaria y la aplicación de sanciones serán procedentes aunque el empleado se haya retirado del servicio'.

"Y el artículo 105 del Decreto 1950 de 1973 preceptúa:

"'El retiro del servicio implica la cesación en el ejercicio de funciones públicas y se produce:

"'1º Por declaratoria de insubsistencia.

"'7º Por destitución'.

"A lo expuesto anteriormente se deduce que:

"a) La sanción a que haya lugar como consecuencia de un proceso disciplinario se puede imponer así el nombramiento del funcionario que haya sido declarado insubsistente, pues de esa forma lo establece la ley;

"b) De las normas transcritas se deduce que la facultad discrecional no queda limitada aunque se hubiere realizado un proceso disciplinario por cuanto la sanción como se recalca puede ser impuesta posteriormente (arts. 146 y 105 del Decreto 1950 de 1973).

"La tesis de que insubsistencia y destitución son dos instituciones de naturaleza legal distintas y autónomas es sostenida doctrinalmente por el propio Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca por ejemplo en las sentencias de fechas julio 28 de 1981 expediente 5303, actor Eduardo Guerrero Segura y la de 26 de febrero de 1982, expediente 3829, actor Daniel Martínez Cabrales amén de que el Fiscal Cuarto de ese honorable Consejo de Estado sostiene dicho acierto.

"V. Derecho de defensa.

"Como quiera que se arguye vulneración del artículo 26 de la Constitución Nacional cabe destacar que sin perjuicio de la facultad discrecional utilizada por la entidad demandada en el acto acusado, y a que se contrae el artículo 26

del Decreto 2400 de 1968, dentro de la investigación administrativa adelantada por el Instituto Geográfico 'Agustín Codazzi' al actor por hechos acaecidos en la ciudad de Tuluá (Valle) en el año de 1976 y que pretende establecer como nexo con el acto impugnado, se le oyó en declaración de descargos y decretaron las pruebas idóneas para el esclarecimiento de esos hechos los cuales debidamente evaluados llevaron a la administración a condenar al señor Enrique Rodríguez Arenas mediante las Resoluciones 445 de 14 de abril de 1977 y 1379 de 23 de septiembre del mismo año, las cuales obran en el expediente, en la hoja de vida del actor, providencias que cabe resaltar fueron demandadas ante el honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, según expediente número 78 —E-039—, habiéndose obtenido fallo favorable al Instituto Geográfico de fecha 28 de marzo de 1980.

"No sobra destacar que en aras de ese mismo derecho de defensa varios meses después los representantes del señor Enrique Rodríguez Arenas dentro de un comité alegaron prescripción de la acción disciplinaria por haber pasado más de un año entre los hechos y lo investigado.

"*Petición:* Por las anteriores consideraciones solicito comedidamente a esa honorable Corporación se declare *prima facie* la excepción de la ineptitud de la demanda invocada con base en los razonamientos fácticos y de orden legal expuestos en el acápite primero de este escrito o en su defecto se denieguen las súplicas de la misma con fundamento en los distintos razonamientos expuestos en los ordinales 2º y siguientes de este alegato de conclusión" (fls. de 7 a 12).

El expediente original contentivo del proceso *sub lite* destruyóse durante los aciagos acontecimientos de 6 y 7 de noviembre de 1985 en el Palacio de Justicia de Bogotá, por lo que hubo de ser reconstruido ante la solicitud formulada por el apoderado del Instituto Geográfico "Agustín Codazzi"; el auto del caso, de fecha 19 de diciembre de 1986, determinó que el proceso queda en estado de proferirse sentencia de segunda instancia (fl. 115).

Quepa advertir, finalmente, que como la providencia recurrida contiene la imposición de una obligación a cargo de una entidad pública (art. 184, C. C. A.), ha de revisarse toda la actuación, no sólo en lo que respecta a las argumentaciones del apelante, debido a que "la consulta se entenderá siempre interpuesta (sic) a favor de las mencionadas entidades".

Para resolver, se considera:

1. Júzgase entonces un acto administrativo, acusado de nulidad en una acción de plena jurisdicción —art. 67 de la Ley 167 de 1941—, denominada hoy "de restablecimiento del derecho" —art. 85 del Decreto-ley 1 de 1984—, el que, según la demanda, adolece de los siguientes vicios: a) Desviación de poder o falsa motivación; b) Expedición en forma irregular, y c) Desviación de poder (fls. 36 a 38).

Del primero, "por cuanto los hechos indicados en el acápite de esta demanda demuestran claramente de lo que se trató fue de aplicar una sanción disciplinaria, la destitución, cuando ya había prescrito la acción disciplinaria administrativa de que tratan los artículos 144 a 148 del Decreto 1950 de 1973 y sin haber seguido el procedimiento establecido en los artículos 149 a 167 del mismo decreto, ni los señalados en los Acuerdos de la Junta Administradora del Instituto Geográfico 'Agustín Codazzi' números 22 de 1961, 49 de 1964 y 10 de 1966, ni en su Resolución reglamentaria 1134 de 1972 y no un acto de competencia discrecional como pretende aparecer". Y se impuso una sanción en la resolución impugnada, pues ella simplemente acogió la conclusión a que llegaron fuera del comite laboral los representantes del Instituto Geográfico "Agustín Codazzi" el 7 de abril de 1978, que textualmente dice: "Conclusión: Los representantes del Instituto consideran que el Ingeniero Rodríguez no ha respondido con argumentos valederos sobre su conducta en relación con los hechos motivo de este Comité. Tal conducta, como se sabe, dio lugar a que el Instituto lo declarara culpable, por 'negligencia grave', de la pérdida de los $ 39.000 en mención (Resoluciones 445 y 1379 de 1977). Por las anteriores consideraciones, los suscritos recomiendan a la Dirección General, declarar la insubsistencia del cargo que ejerce el Ingeniero Rodríguez Arenas, en la Subdirección de Investigación y Divulgación Geográfica".

Tan ostensible es la falsa motivación que alego —continúa exponiendo el libelista— que el mismo Instituto Geográfico "Agustín Codazzi" en la convocatoria número 189-931 cuya inscripción se cerró el 11 de abril de 1978 en que abrió el concurso para el cargo de Jefe de Sección de Personal Asistencial clase V, grado 22, admitió a dicho concurso al doctor Ciro Enrique Rodríguez Arenas, quien a pesar de su desventajosa situación de ese momento obtuvo el tercer puesto en dicho concurso. La falsa motivación y el desvío de poder en que incurrió el Director General del Instituto Geográfico "Agustín Codazzi" al dictar la Resolución cuya nulidad se impetra violó el derecho de defensa del doctor Ciro Enrique Rodríguez Arenas consagrado en el artículo 26 de la Constitución Nacional, por cuanto para hacerla aparecer como un acto de libre remoción de un empleado público, se dictó de *"comuníquese y cúmplase"*, o se negó el derecho de notificarse personalmente de ella e interponer el recurso de reposición consagrado tanto en el artículo 162 del Decreto 1950 de 1973, como en el artículo 34 del Acuerdo número 5 de 1969 de la Junta

Directiva del Instituto Geográfico "Agustín Codazzi", aprobado por el Decreto 1167 de 1969 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, lo mismo que en el artículo 11 de la Resolución 1134 de 1972 del Instituto Geográfico "Agustín Codazzi".

Del segundo cargo —"expedición en forma irregular"— dice que no se dio cumplimiento al trámite señalado en los artículos 144 a 167 del Decreto 1950 de 1973, ni a los señalados en los acuerdos de la Junta Administradora del Instituto Geográfico "Agustín Codazzi", números 22 de 1961, 49 de 1964 y 17 de 1966, ni los indicados en su Resolución reglamentaria 1134 de 1972.

Y del tercero y último —"desviación de poder" vista desde otro aspecto— sostiene que tan ostensible es él, que le siguió un procedimiento irregular, máxime cuando aparece probado que no sólo era un funcionario eficiente sino que estaba seleccionado entre los funcionarios que podían ser elegibles para cubrir una vacante que la administración quería proveer, razón por la cual convocó al concurso que se alude en el hecho 23 de la demanda.

2. Sin embargo, el *a quo* declaró la nulidad del acto, no con base en alguno de los vicios anotados, por la parte actora, sino tomando como fundamento el del "abuso de poder", argumentando sobre el tópico lo siguiente: "...si bien es cierto que el apoderado del demandante no invocó el abuso de poder como fundamento de sus pretensiones, ellos no es óbice para que esta Sala lo declare y acceda a la petición de nulidad del acto de insubsistencia, como en efecto lo debe hacer, sin necesidad de entrar en el análisis de la impugnación fundamentada en la desviación de poder, la falsa motivación y los vicios de forma".

3. Se trata, por tanto, de juzgar un acto administrativo, rodeado de las prerrogativas que le son propias como manifestación unilateral de la voluntad de un ente u organismo administrativo del Estado, capaz de producir por sí efectos en derecho, para crear, modificar o extinguir una situación jurídica. Dichas prerrogativas o privilegios se condensan en la presunción de legitimidad o de legalidad que hace vocación a la de su perfección, a la de su regularidad y a la de su validez, lo que trae consigo su imperatividad y, de consiguiente, su ejecutoriedad, aunque ésta no sea una propiedad esencial ni una cualidad inseparable del mismo.

Debido a esas prerrogativas íntimamente unidas entre sí, cuando se demande de nulidad un acto, ha de demostrarse o probarse uno o varios de los vicios que hayan podido revestir su emisión, de tal manera que sean destruidas como consecuencia de la acción correspondiente de la cual se haya hecho uso. Esos vicios hállanse enunciados en el segundo inciso del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo vigente (Decreto-ley 1 de 1984), igual que en el del artículo 66 de la Ley 167 de 1941, y son la ilegalidad —por violar

normas de estirpe superior—, la irregularidad formal, la incompetencia, la falsa motivación, el abuso o desviación de poder de las atribuciones propias del funcionario o corporación que lo dicte.

4. El acto administrativo específico que se ha acusado en este asunto es de aquellos que los doctrinantes —y también la jurisprudencia— clasifican como *discrecionales*, es decir, dictado en razón de facultades que la ley ha otorgado a la autoridad administrativa en aras del buen servicio público, sin que para proferirlo se hayan establecido reglamentaciones específicas ni exigido motivaciones expresas para emitirlo, pues, como se deduce de su lectura, es un acto por medio del cual se declaró insubsistente el nombramiento de un empleado público, no vinculado a carrera administrativa alguna y, por lo tanto, de libre remoción.

Ubicado así el objeto de la presente acción, el vicio de falsa motivación que se le endilga y cimentado, como se ha visto, en la circunstancia de que habiéndose seguido un proceso disciplinario en contra del empleado y que culminó con la declaración de que, evidentemente, su conducta por la pérdida del dinero que se le había confiado denotaba una "negligencia grave", como la acción disciplinaria en cuestión se hallaba prescrita, el mismo comité recomendó la declaratoria de insubsistencia, conviene examinar si ello sirve para edificar lo que ha de entenderse por "falsa motivación".

Es evidente, y ello sí brota suficientemente de autos, que el disciplinario mencionado sí fue el antecedente necesario, la causa, el motivo —o motivación— del acto que, sin expresarlo, optó por la figura de la insubsistencia del nombramiento, ante la imposibilidad jurídica de sancionarlo como resultado de la investigación que se le adelantó de la manera como viene explicada; porque esos fueron los hechos que provocaron la decisión, los que determinaron al Director General del Instituto a tomar la decisión que tomó al respecto. Pero para que una motivación —o unas motivaciones— pueda ser calificada "falsa", como dice Laubadére ("Manuel de Droit Administratif", onziéme édition, 1978, L.G.D.J., pág. 90), para que esa clase de ilegalidad se dé en un caso determinado, es necesario que los motivos alegados por el funcionario que expidió el acto, en realidad no hayan existido o no tengan el carácter jurídico que el autor les ha dado, o sea que se estructure la ilegalidad por inexistencia material o jurídica de los motivos, por una parte, o que los motivos no sean de tal naturaleza que justifiquen la medida tomada, por la otra.

Para la Sala, los motivos —o motivaciones— que llevaron al nominador a desvincular discrecionalmente al empleado que tales muestras de "negligencia grave" había dado —las que no han sido rebatidas en este juicio, ni se las ha tachado de falsas—, atendieron el espíritu y la filosofía de la facultad discrecional de que está dotado,

cual es la del bien supremo del servicio público. Si "el buen servicio público" es toda actividad que tiende a satisfacer una necesidad de interés general y que toma la autoridad en aras de ese interés general rectamente entendido; si "el buen servicio público" tiene por fin dar satisfacción a las necesidades de interés general y por ello el Estado erige una actividad en servicio público, y si la satisfacción de una necesidad de interés general es lo que justifica y anima el servicio público, es lógico derivar que si la autoridad dotada por la ley de la facultad de remover discrecionalmente al empleado porque no llena las aptitudes que deben adornar a un servidor público, como es la diligencia (art. 6º del Decreto-ley 2400 de 1968, cuando dice: "Son deberes de los empleados: Respetar, cumplir y hacer cumplir la Constitución, las leyes y los reglamentos; *desempeñar con solicitud,* eficiencia e imparcialidad las funciones de su cargo..." (se subraya), conclúyese que la motivación —entendida por "causa"— no fue falsa, sino que, por el contrario, entendió a cabalidad cómo ha de ejercerse rectamente la facultad discrecional que la ley otorgó.

Por igual razón, tampoco puede sostenerse que hubiera "desviación de poder" en virtud del uso de esa motivación que ya se ha visto que no fue "falsa". Sí hay poder discrecional cuando la ley, habiendo creado una competencia, deja libre al agente de escoger el sentido en que lo ejercerá dentro de ciertos parámetros de cordura y sensatez en miras a la realización del "buen servicio público", cuando la ley deja al agente la posibilidad de "juzgar", de "justipreciar" la oportunidad de la medida a tomar, la "desviación de poder" no puede darse, dado que este vicio existe cuando una decisión ha sido tomada en vista de un fin distinto de aquel por el cual la facultad fue dada por la norma legal, cuando la competencia administrativa se desvía de su fin legítimo, "el buen servicio público".

En cuanto atañe al segundo cargo que se hace al acto impugnado por haber sido expedido en forma irregular, porque habiéndose seguido una investigación disciplinaria en la que se oyó en descargo al empleado y culminó con una calificación de la conducta de éste, no se produjo la sanción que correspondía al tenor de lo preceptuado en los artículos 144 a 167 del Decreto 1950 de 1973, la Sala ha de recordar que estas disposiciones son aplicables cuando se impone una sanción disciplinaria y no cuando, como en el caso que se analiza, simplemente se desvincula al empleado a través de la figura de la "declaración de insubsistencia del nombramiento" (art. 25, Decreto-ley 2400 de 1968, modificado por el art. 1º del Decreto-ley 3074 de 1968; art. 105 del Decreto 1950 de 1973, etc.). De manera que tampoco esta causal de anulación se da en el caso que se examina, dado que los actos que declaran la insubsistencia de un nombramiento de un empleado no vinculado a carrera administrativa, no han de estar precedidos de antecedentes esenciales ni de ritualidades necesarias para su validez.

Y en cuanto hace al último cargo —"desviación de poder" por haberse probado que era el ingeniero Rodríguez Arenas un empleado eficiente, tanto que habiendo concurrido a concurso para proveer otro empleo obtuvo el tercer puesto—, ha de recalcalrse que la "ineficiencia" no fue el motivo o la causa para el retiro del servicio, sino "la negligencia grave" en que incurrió, y no pudiéndose imponer la sanción por haber ocurrido el fenómeno de la prescripción, el nominador, dotado de facultad discrecional, optó, se repite, en aras del buen servicio público, por declarar la insubsistencia del nombramiento.

Finalmente ha de examinar la Sala lo atinente al "abuso de poder", que fue la consideración que llevó al Tribunal de primera instancia para declarar nulo el acto acusado, en la sentencia objeto de esta apelación. Dijo el Tribunal: "...resulta que la facultad de libre remoción que tiene el nominador sufre una limitación en el evento de que se adelante una investigación disciplinaria contra el empleado, por cuanto el retiro del servicio solamente es procedente mediante la destitución, cuando exista mérito para esa sanción. Si se declara la insubsistencia del nombramiento en momentos en que se adelanta el proceso disciplinario, se entiende que las razones para esa determinación están relacionadas con la conducta atribuida al empleado en esa investigación y, por tanto, en la práctica se convierte en una sanción impuesta sin el agotamiento del procedimiento legal. Lo anterior significa que el nominador no tiene facultad para declarar la insubsistencia del nombramiento de un empleado de libre nombramiento y remoción cuando se adelanta contra éste un proceso disciplinario. Por consiguiente, *la administración incurre en abuso de poder si dicta un acto declarando la insubsistencia del nombramiento de un empleado que esté siendo investigado disciplinariamente*" (Subrayas fuera del texto, fl. 25).

La Sala comparte enteramente esas afirmaciones. Mas cuando se emitió el acto que declaró la insubsistencia del nombramiento del ingeniero Rodríguez Arenas, ya la investigación disciplinaria en su contra había cesado, ya no estaba siendo investigado disciplinariamente. De allí que la figura del "abuso de poder" no aparezca, a ojos de esta Sala.

Impónese, de consiguiente, la revocatoria de la providencia recurrida y, al mantenerse incólumes las prerrogativas o garantías que rodean el acto administrativo acusado, habrá de denegarse las pretensiones del libelo demandatorio, en su lugar.

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 de 26 de febrero de 1982, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca —Sección Primera— en este asunto, y en su lugar, deniéganse las peticiones de la parte actora.

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 16 de junio de 1989.

Alvaro Lecompte Luna, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Graciela Lizarazo B., Conjuez.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

CORPORACION NACIONAL DE TURISMO. Facultades. REGLAMENTO. Noción.

De acuerdo con los términos de la ley en desarrollo de la cual se produjo el acto acusado, la Corporación Nacional de Turismo al expedirlo se hallaba investida por la ley de una facultad clara y precisa para reglamentar la operación de "todas aquellas entidades que presten servicios al turismo", de lo que se infiere que el análisis de la petición de suspensión provisional debe limitarse a la consideración de los vocablos "reglamento" y "operar". El ámbito de la reglamentación que la ley señala a la Corporación Nacional de Turismo es muy amplio como que va desde clasificar las entidades de turismo, con evidentes efectos jurídicos, y otorgarles las respectivas licencias de funcionamiento, hasta aplicar sanciones.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., veintidós de junio de mil novecientos ochenta y nueve.

Referencia: Proceso número 1124.

Demandante: Juan Manuel Arboleda Perdomo.

El doctor Juan Manuel Arboleda Perdomo, actuando en su propio nombre, en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el Código Contencioso Administrativo, demanda la nulidad, con petición especial de suspensión provisional, del Acuerdo 031, expedido el 27 de julio de 1984, por la Junta Directiva de la Corporación Nacional de Turismo, artículos 50, 51, 53, 54, 55, 56 y 57, "por manimiesta violación de normas superiores de derecho".

Para proceder a examinar el mérito y condiciones de la demanda, la Sala Unitaria pasa enseguida a transcribir las disposiciones acusadas de violar preceptos superiores:

"Artículo 50.

"De las sanciones aplicables a las agencias de viajes y a las agencias exclusivas o generales de las aerolíneas, autorizadas por la Corporación.

"Las sanciones aplicables a las agencias de viajes y a las agencias exclusivas o generales de las aerolíneas autorizadas por la Corporación Nacional de Turismo, por conductas violatorias al presente reglamento y demás disposiciones son:

"1. El apercibimiento que consiste en una amonestación por escrito, para que una agencia ejecute o se abstenga de ejecutar un acto de los preceptuados en este acuerdo.

"Esta sanción podrá imponerla el Gerente de la Corporación Nacional de Turismo o el funcionario que éste señale.

"2. La multa que consiste en la obligación de pagar a favor del Tesoro Nacional una suma de dinero hasta de tres mil pesos moneda corriente ($ 3.000.00) o el monto que la ley autorice.

"3. La suspensión de la licencia o la exclusión temporal del registro que puede ser hasta de un (1) año y conlleva el cese de todas las funciones durante este período.

"4. La cancelación de la licencia o del registro, que conlleva la clausura del establecimiento para lo cual se solicitará el auxilio de la fuerza pública si fuere el caso.

"Parágrafo. Antes de imponer cualquiera de estas sanciones será oído en descargos el presunto infractor.

"Artículo 51.

"De la sanción aplicable a los establecimientos sin licencia.

"Los establecimientos que ejecuten funciones propias de las agencias de viajes o de las agencias exclusivas o generales de las aerolíneas, autorizadas por la Corporación Nacional de Turismo, serán clausuradas mediante resolución motivada, sin perjuicio de la aplicación por las autoridades jurisdiccionales de las sanciones penales a que hubiere lugar. De este acto administrativo se enviará copia a las autoridades policivas para lo pertinente".

"(...)

"Artículo 53.

"De las causales de suspensión de la licencia de funcionamiento o de la exclusión temporal del registro.

"Serán causales de suspensión de la licencia de funcionamiento o de la exclusión temporal del registro, las siguientes:

"a) La cesación parcial de las funciones que les son propias, sin previa autorización de la Corporación Nacional de Turismo;

"b) El incumplimiento de las obligaciones comerciales con las aerolíneas y demás prestatarios de los servicios;

"c) El incumplimiento de los deberes para con la Corporación indicados en los numerales 1, 2 y 3 del artículo 45 del presente acuerdo;

"d) La reincidencia en el incumplimiento de los deberes para con la Corporación, indicados en los numerales 4, 5, 6, 7, 8, 9 y 10 del artículo 45 del presente acuerdo;

"e) La comisión de una falta grave por negligencia u omisión en el cumplimiento de las obligaciones para con los usuarios.

"El artículo 45 a que se refieren los literales c) y d) del anterior, es del siguiente tenor:

"Artículo 45.

"De los deberes de las agencias de viajes.

"Las agencias de viajes quedan obligadas para con la Corporación Nacional de Turismo, a:

"1. Enviar dentro de los tres (3) primeros meses de cada año a la Corporación Nacional de Turismo, los siguientes documentos actualizados:

"a) Registro mercantil de la sociedad;

"b) Registro mercantil de la agencia como establecimiento de comercio;

"c) Certificado del nombramiento del Gerente y/o representante legal.

"Estos documentos deben ser enviados en su original o fotocopia autenticada.

"2. Presentar a más tardar el 31 de marzo y el 31 de agosto de cada año, los siguientes documentos:

"a) Balance general y estado de pérdidas y ganancias a 31 de diciembre y 30 de junio de cada año, debidamente certificados;

"b) Relación de actividades, según clase, indicando el número de pasajeros movilizados a 31 de diciembre y a 30 de junio en la siguiente forma, especificando el plan turístico.

"—Dentro del país.

"—De Colombia hacia el exterior.

"—Del exterior hacia Colombia;

"c) Relación total de planes turísticos organizados y operados por la agencia;

d) Relación total de planes turísticos vendidos por la agencia pero organizados y operados por otra.

"3. Mantener vigente la póliza de seguro.

"4. Contestar dentro del término estipulado por la Corporación Nacional de Turismo, las comunicaciones que así lo requieran, suministrando la información solicitada.

"5. Enviar a la Corporación el folio original del libro de reclamaciones dentro de los ocho (8) días siguientes a la fecha en que fue consignada la queja.

"6. Enviar los planes turísticos para su registro.

"7. Fijar la cartulina de licencia de funcionamiento, debidamente enmarcada en un lugar visible para los usuarios de la agencia y colocar el aviso correspondiente de acuerdo a las disposiciones emanadas de la Alcaldía Municipal.

"8. Mantener los locales en buenas condiciones de aseo, mantenimiento, decoración y comodidad.

"9. Que el personal administrativo y de atención al público esté capacitado para el desempeño del cargo.

"10 Informar sobre cualquier deficiencia que adviertan por parte de los prestatarios de los servicios.

"Parágrafo 1º. Las agencias de viajes y turismo y mayoristas extranjeras, deben elaborar y editar anualmente un manual de turismo receptivo de Colombia, para promoverlo en el exterior, reuniendo (sic) los requisitos exigidos en los artículos 39 y 40 del presente acuerdo y enviar ejemplar a la Corporación Nacional de Turismo.

"Parágrafo 2º. Las agencias exclusivas o generales de las aerolíneas quedan obligadas con la Corporación Nacional de

Turismo, a enviar cada dos (2) años dentro de los tres (3) primeros meses los documentos de que trata el numeral 1º y a cumplir con lo establecido en los numerales 4, 5, 8, 9 y 10 del presente artículo".

"Artículo 54.

"De las causales de cancelación de la licencia de funcionamiento o del registro.

"Serán causales de cancelación de la licencia de funcionamiento o del registro, las siguientes:

"a) La disolución o liquidación de la sociedad, de acuerdo con lo establecido en la ley o en los estatutos;

"b) Las reformas de escritura de constitución sin autorización de la Corporación Nacional de Turismo;

"c) La comprobación que (sic) el balance y el estado de pérdidas y ganancias presentados a la Corporación Nacional de Turismo, no han sido tomados fielmente en los libros de contabilidad de la empresa, que se deben llevar según la ley;

"d) Cuando del funcionamiento de una agencia de viajes o de una agencia exclusiva o general de las aerolíneas, resultaren hechos constitutivos de delitos, declarado así por la autoridad jurisdiccional;

"e) Cuando en desarrollo de las actividades turísticas se estableciere que su funcionamiento no se ajusta a las normas de la moralidad profesional;

"f) El cambio de clase o nombre de la razón social sin autorización de la Corporación Nacional de Turismo;

"g) El cambio de nombre comercial sin autorización de la Corporación;

"h) El cambio de local sin autorización de la Corporación;

"i) La cesación voluntaria o forzosa de todas las funciones que les son propias sin la previa autorización de la Corporación Nacional de Turismo;

"j) La venta de una agencia de viajes sin autorización de la Corporación Nacional de Turismo.

"Parágrafo. Serán causales para la cancelación del registro de una agencia exclusiva o general, las establecidas en los literales a), d), e), i) del presente artículo.

"Artículo 55.

"De las demás infracciones.

"Todo acto violatorio de lo establecido en el presente acuerdo y demás disposiciones atinentes a las agencias de viajes y a las agencias exclusivas o generales de las aerolíneas, será considerado como infracción.

"Artículo 56.

"De la gravedad de las infracciones.

"La Corporación Nacional de Turismo, de conformidad con la gravedad de la infracción, podrá aplicar directamente cualquiera de las sanciones consignadas en el artículo 50 del presente acuerdo.

"Artículo 57.

"De las reformas de escritura de constitución.

"La modificación de la escritura de constitución de la sociedad deberá tener autorización expresa de la Corporación".

Consideraciones de la Sala Unitaria:

1. La demanda presentada reúne las exigencias legales para su admisión por lo que se habrá de decidir favorablemente a este respecto.

2. La solicitud de suspensión provisional de los preceptos demandados se examina, previa transcripción de la exposición hecha por el actor:

"De conformidad con el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, solicito la suspensión provisional de los artículos 50, 51, 53, 54, 55, 56, 57 y 59 del Acuerdo 031 de 27 de julio de 1984 de la Junta Directiva de la Corporación Nacional de Turismo, por manifiesta violación de una norma superior.

"Los artículos 50, 51, 53, 54, 55, 56, 57 y 59 del Acuerdo 031 de 1984 establecen sanciones y penas a las que deben sujetarse las agencias de viajes exclusivas o generales de las aerolíneas por violación de las disposiciones contempladas por el mencionado acuerdo, sanciones que van desde el apercibimiento hasta la cancelación de la licencia.

"El artículo 21 de la Ley 60 de 1968 preceptúa que le corresponde a la Corporación Nacional de Turismo en relación con las agencias de viajes:

" 'a) Clasificarlas para todos los efectos legales;

" 'b) Otorgarles las respectivas licencias de funcionamiento;

" 'c) Reglamentar su operación;

" 'd) Vigilar su funcionamiento;

" 'e) .....;

" 'f) *Aplicar* las sanciones a que haya lugar por violación de las normas que regulen el ejercicio de su actividad y, en el caso de multas, iniciar ante las autoridades competentes las respectivas acciones por jurisdicción coactiva para el cobro de las mismas'.

"El Decreto legislativo 2345 de 1956 adoptado como legislación permanente por la Ley 141 de 1961 establece en los artículos 3º, 4º y 6º las sanciones, infracciones y penas a que están sujetas las agencias de viajes.

"Los artículos 20, 26 y 28 de la Constitución Nacional garantizan que los ciudadanos no son responsables sino por violación de la Constitución y las leyes y que no hay pena sin que exista ley que la contemple.

"Las normas acusadas violan el artículo 21 de la Ley 60 de 1968 por cuanto la ley faculta a la Corporación para *aplicar las sanciones* mas no para *establecer las sanciones*. Al haber establecido sanciones violó el artículo mencionado pues actuó por fuera de las facultades que le concedió la ley.

"Igualmente violó el Decreto legislativo 2345 de 1956, pues éste consagra las sanciones y penas que puede imponer la Corporación Nacional de Turismo a las agencias de viajes por violación de las normas y reglamentos, dentro de los cuales no están contempladas por los artículos 50, 51, 53, 54, 55, 56, 57 y 59 del Acuerdo 031 de 1984, lo cual significa que el acuerdo modificó la ley, sin tener la facultad constitucional para hacerlo, pues ella corresponde al Congreso de la República y por excepción al Presidente, mas nunca al organismo director de un establecimiento público del orden nacional.

"Por último, los artículos acusados violan ostensiblemente la Constitución Nacional en sus preceptos sobre la

imposición de penas (arts. 20, 26 y 28 de la C. N.), pues ellos determinan que corresponde a la ley, en sentido formal y en sentido material, la creación y establecimiento de tipos penales a los cuales se someten los gobernados y no a un simple acuerdo de una junta directiva de un establecimiento público.

"En resumen, los artículos del acuerdo, acusados en esta demanda, infringen de manera palmaria, manifiesta y ostensible normas superiores de derecho por exceder las funciones legales (art. 21, Ley 60 de 1968, literal f), por ir contra las disposiciones legales (Decreto legislativo 2345 de 1956) y por vulnerar la Constitución Nacional (arts. 20, 26 y 28 de la C. N. —sic—)".

Como se sabe, la ley determina precisas condiciones para el decreto de suspensión de un acto administrativo. Para decidir al respecto, conviene examinar a detalle el ámbito legal y efectivo dentro del cual se expidió el acuerdo acusado, teniendo en cuenta la norma legal que le sirvió de origen. Este propósito hace aconsejable la transcripción del encabezamiento de la disposición cuestionada pues permite examinar el campo de la normatividad y la viabilidad o improcedencia de la suspensión impetrada.

El texto en cuestión es del siguiente tenor:

"ACUERDO 031 (27 de julio de 1984).

"Por el cual se dictan normas sobre el funcionamiento de las agencias de viajes y agencias exclusivas o generales de las aerolíneas y se deroga el Acuerdo 048 de 1981 y otros.

"La Junta Directiva de la Corporación Nacional de Turismo - Colombia

"En ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 21 de la Ley 60 de 1968, y

"Considerando:

"Que el artículo 21 de la Ley 60 de 1968 establece que corresponde a la Corporación Nacional de Turismo, clasificar las agencias de viajes para todos los efectos legales, otorgarles las respectivas licencias de funcionamiento, reglamentar su operación, vigilar su funcionamiento y aplicar las sanciones a que hubiere lugar.

"Que el Decreto legislativo número 2345 de 1956 'por el cual se dictan algunas disposiciones sobre el turismo', contiene normas referentes a las agencias de viajes que deben tenerse en cuenta.

"Que las agencias de viajes cumplen funciones relacionadas con el turismo.

"Que para el fomento y protección del turismo es conveniente que la Corporación dicte un estatuto de las agencias de viajes.

"Que según la ley, el turismo es industria fundamental para el desarrollo económico del país y goza de la especial protección del Estado".

De acuerdo con los términos de la ley en desarrollo de la cual se produjo el acto acusado, la Corporación Nacional de Turismo al expedirlo se hallaba investida por la ley de una facultad clara y precisa para reglamentar la operación de "todas aquellas entidades que presten servicios al turismo" (art. 21, literal c) (Subraya la Sala Unitaria). De lo anterior se infiere que el análisis que la petición de suspensión provisional exige debe limitarse a la consideración de los vocablos *reglamento* y *operar*. En reiteradas oportunidades esta Corporación ha precisado la noción de reglamento como se pasa a exponer. De esta forma, en sentencia de 10 de marzo de 1981, precisó el concepto en los siguientes términos:

"Un reglamento, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española es una colección ordenada de reglas y preceptos *que por autoridad competente se da para la ejecución de una ley o para el régimen de una corporación, una dependencia o un servicio.*

"Los términos 'reglamentó' y 'reglamentar' son propios de la ciencia jurídica y ella los ha definido. Es así como los autores especialistas en derecho administrativo han dado definiciones más o menos coincidentes de 'reglamento', y empleando varios criterios han clasificado las diversas especies que se estiman existentes. Por ejemplo, José Roberto Dromi define el reglamento administrativo como 'el acto unilateral dictado en ejercicio de la función administrativa que crea normas jurídicas generales' (...) *Así definido el reglamento desde el punto de vista material no se diferencia de la ley, puesto que ésta también se caracteriza por contener normas generales, impersonales y abstractas u objetivas*" (Las subrayas son de la Sala Unitaria).

Para el mismo Diccionario Español, *operar* es (aceptación 3) "ejecutar diversas acciones o trabajos", lo cual referido al asunto de autos señala simple y llanamente el ejercicio de la función administrativa que, por su carácter de ente administrativo especializado, compete a la Corporación Nacional de Turismo. En virtud del principio de la *eficacia* a la administración pública le corresponde cumplir los fines para los cuales fue creado el ente haciendo que su labor

cumpla la finalidad de su establecimiento. El régimen señalado en el acto acusado se halla, en principio, dentro de la noción de eficacia, pues mal haría la Corporación en señalar la obligatoriedad de un régimen si simultáneamente no pudiera precisar las consecuencias que acarrea su desobedecimiento. Y todo ello *proprio visu* nada tiene que ver con el régimen estrictamente penal; de lo anterior se colige que la violación manifiesta predicada en la demanda no lo es tal, por lo que la Sala Unitaria habrá de decidir que no se dan los supuestos legales para la suspensión del acto acusado. No sobra advertir, además, que el ámbito de la reglamentación que la Ley 60 de 1968 señaló a la Corporación Nacional de Turismo es muy amplio como que va desde clasificar las entidades de turismo, con evidentes efectos jurídicos, y otorgarles las respectivas licencias de funcionamiento (lo que supone, por otra parte el ejercicio de una competencia discrecional respecto de la consideración de si una de aquéllas se halla habilitada para gozar del otorgamiento de la licencia), hasta *"aplicar las sanciones a que haya lugar por violación de las normas que regulen el ejercicio de su actividad..."* (Ley 60 de 1968, art. 21, literal f).

El cargo de ilegalidad manifiesta ha sido sustentado por el actor en la consideración de que este literal, precisamente, revela el reproche que le endilga al acto acusado. Pero su tenor revela otra cosa: 1. Le compete a la Corporación aplicar las sanciones a que haya lugar, lo cual no quiere decir *prima facie* que ello impidiera el establecimiento de una serie de medidas para el cabal cumplimiento de la materia reglamentada; es sólo precisión de que la Corporación deberá hacer cumplir cuanto dispone; 2. Dentro de las normas que regulan el ejercicio de su actividad se hallan aquellas para las cuales la ley le otorgó facultad de reglamentación; luego por el incumplimiento de éstas podría aplicar —analizado ello a primera vista— las sanciones que corresponda. Para la Sala Unitaria, entonces, es suficiente lo anterior para reiterar que no es procedente decretar la suspensión impetrada, pues no emerge de manera flagrante quebranto alguno de norma superior jerárquica.

La Sala Unitaria no puede pasar por alto la censura que el actor le endilga al acto administrativo acusado en cuanto a la presunta violación del Decreto legisaltivo 2345 de 1956. Sobre el punto alega lo siguiente:

> "Igualmente violó el Decreto legislativo 2345 de 1956, pues éste consagra las sanciones y penas que puede imponer la Corporación Nacional de Turismo a las agencias de viajes por violación de las normas y reglamentos, dentro de los cuales no están contempladas por los artículos 50, 51, 53, 54, 55, 56, 57 y 59 del Acuerdo 031 de 1984, lo cual significa que el acuerdo modificó la ley, sin tener la facultad constitucional para hacerlo, pues ella corresponde al Congreso de la República y por excepción al Presidente, mas nunca al or-

ganismo director de un establecimiento público del orden nacional".

Sobre el particular nota la Sala que es prematuro ahora cuando se examina la suspensión provisional, dar por sentado que dicho Decreto está vigente, pues ello debe ser materia de un detenido análisis jurídico que no es dable efectuar en este momento procesal.

Corolario de todo lo expresado anteriormente es el de que será sólo con ocasión de la sentencia que dirima el presente contencioso objetivo de anulación cuando se diluciden, previo el estudio concienzudo que amerita la cuestión litigiosa, los aspectos de violación legal señalados en la demanda para arribar a la conclusión que correspondiere.

En mérito de lo expuesto, esta Sala Unitaria decide,

1º Admítese la demanda anterior.

Para ello se dispone:

a) Notifíquese personalmente esta decisión al Presidente de la Junta Directiva de la Corporación Nacional de Turismo, con entrega de copia de la demanda y sus anexos;

b) Notifíquese igualmente sobre la admisión de la demanda al señor representante legal de la Corporación Nacional de Turismo, con entrega de copia de la demanda y sus anexos;

c) Notifíquese personalmente la admisión de la demanda al señor Fiscal Primero ante esta Corporación;

d) Fíjese en lista el presente negocio por el término de diez (10) días para que la parte demandada, y los intervinientes si los hubiere, puedan contestar la demanda, proponer excepciones y solicitar la práctica de pruebas;

e) Solícitese al Ministerio de Desarrollo Económico —Corporación Nacional de Turismo— el envío de los antecedentes administrativos del acto acusado que hubiere;

f) Reconócese al doctor Juan Manuel Arboleda Perdomo como parte demandante en el proceso que se inicia.

2º Deniégase la suspensión provisional solicitada.

Notifíquese.

Simón Rodríguez Rodríguez, Consejero de Estado.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

INCORA. BALDIOS. Adjudicación. ACCION DE REVISION. CADUCIDAD.

El Consejo de Estado reiteradamente ha predicado que es clara la competencia del INCORA para revisar el acervo probatorio que tuvo en cuenta para hacer la adjudicación, pero que esa facultad exige, que ella se ejercite dentro de los dos años siguientes al acto adjudicatorio y que se DEMUESTRE QUE DENTRO DEL PROCESO ADMINISTRATIVO CORRESPONDIENTE SE REGISTRARON INEXACTITUDES O FALSEDADES.

SENTENCIA. Motivación.

La sentencia debe ser congruente con la demanda y con las demás pretensiones deducidas oportunamente dentro del proceso. Por ello se impone que el sentenciador al desatar la litis, *se pronuncie sobre todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate.*

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., veintidós de junio de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Expediente número 5255.

Actor: Nelly Esther Castillo de Infante.

Demandado: Instituto Colombiano de la Reforma Agraria.

I

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Departamento Norte de Santander, el día siete (7) de septiembre de mil novecientos ochenta y siete (1987), en virtud de la cual se denegaron las súplicas de la demanda, por las razones que en el referido proveído se precisan.

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

"Por conducto de apoderado judicial, la señora Nelly Esther Castillo de Infante se ha dirigido al honorable Consejo de Estado, Sección Tercera, en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, a fin de solicitar las siguientes o parecidas declaraciones:

"*Primera:* Que es nula la Resolución número 05913 de 1º de diciembre de 1983, proferida por el Gerente General del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria —INCORA— 'por la cual se revoca la Resolución número 0712 de 19 de julio de 1977 emanada de la Gerencia Regional del Proyecto Norte de Santander', mediante la cual se adjudicó a Nelly Esther Castillo de Infante el inmueble denominado La Victoria, ubicado en el Municipio de Río de Oro, Departamento del Cesar, y se ordenó inscribir la providencia en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del Círculo correspondiente.

"*Segunda:* Que como consecuencia de la nulidad y a título de restablecimiento del derecho, se declare vigente la Resolución número 0712 de 19 de julio de 1977, proferida por la Gerencia Regional del Proyecto Norte de Santander del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria —INCORA— mediante la cual se adjudicó a Nelly Esther Castillo de Infante el predio denominado La Victoria, ubicado en el Municipio de Río de Oro, Departamento del Cesar.

"*Tercera:* Que se comunique la decisión a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del Círculo de Río de Oro, Departamento del Cesar.

"Mediante providencia de mayo 25 de 1987 la Sección Tercera del honorable Consejo de Estado remitió a este Tribunal el expediente para que profiriera el fallo correspondiente, por considerar que la competencia reside en este Despacho.

"La narración de los hechos, las normas infringidas y el concepto de la violación aparecen relacionados a folios 44 y siguientes del proceso.

"No hallándose causal alguna que invalide lo actuado, se procede a dictar la sentencia que corresponda en derecho.

"Consideraciones de la Sala:

"Los razonamientos de la Fiscalía, expuestos con toda claridad y método, los acoge la Sala y para tal efecto los transcribe sin que sea necesario agregar ningún otro. Dice así la Agencia del Ministerio Público:

"Antecedentes:

"La señora Elisa Ribón de Correa, compró parte del predio El Cruce desde 1962. Posteriormente tuvo que iniciar contra el señor Víctor Infante un juicio reivindicatorio para recuperar el mencionado predio, obteniendo sentencia favorable.

"Por su parte, la señora Nelly Esther de Infante tramitó y obtuvo a su favor la adjudicación de un terreno baldío, mediante Resolución número 0712 de julio 19 de 1977 denominado La Victoria.

"A solicitud de la señora Elisa Ribón de Correa, el INCORA inició en agosto 1º de 1979 el trámite de revisión del proceso de adjudicación del predio baldío La Victoria, hecha a la señora Nelly Esther de Infante.

"Adelantadas las diligencias administrativas, la actuación fue anulada por la misma administración por no cumplir las exigencias establecidas en la ley; así pues que la Dirección Regional del Proyecto Norte de Santander, reinició el trámite de verificación de la adjudicación en julio 9 de 1981 y vinculó a la adjudicataria señora Nelly Esther de Infante solamente hasta el día 21 de agosto de 1981, fecha esta en que a juicio de la demandante se inicia jurídicamente el proceso administrativo de revisión o verificación de la adjudicación. Para entonces, el INCORA ya no podía comenzar esa revisión pues habían transcurrido los dos años que la ley otorga para hacerlo.

"La revisión culminó con la Resolución número 05913 de diciembre 1º de 1983 que se acusa, por la cual se revocó la Resolución 0712 de julio 19 de 1977 que había adjudicado el baldío denominado La Victoria.

"En la demanda se indican las normas que se estiman violadas y el concepto de la violación.

"Consideraciones:

"El primer cargo se puede resumir así: El Instituto Colombiano de la Reforma Agraria INCORA 'violó la Ley 135

de 1961, artículo 38, inciso final, subrogada por la Ley 4ª de 1973 y el Decreto reglamentario número 389 de 1974, artículo 16, por haber iniciado el proceso de verificación de la adjudicación del baldío hecha a la señora Nelly Esther Castillo de Infante por medio de la Resolución número 0712 de 19 de julio de 1977, cuando ya estaba vencido el plazo señalado en las anteriores normas, es decir, había caducado la acción para proceder'.

"El artículo 16 de la Ley 4ª de 1973 y el artículo 16 del Decreto 389 de 1974 otorgan facultad al INCORA para verificar, dentro de los dos (2) años siguientes a la publicación de la Resolución de adjudicación en el Diario Oficial, o a su notificación, cuando no requiera ser publicada, la exactitud de los documentos, diligencias de inspección ocular y, en general, de las pruebas que hayan servido de base a la adjudicación.

"La misma demandante dice, que por medio de auto de agosto 1º de 1979, dictado por la Subgerencia Jurídica del Instituto, se ordenó a la Dirección del Proyecto Norte de Santander avocar el conocimiento y adelantar el trámite de revisión de la adjudicación.

"La Resolución 0712 de 19 de julio de 1977 que adjudicó el baldío, debía ser publicada en el Diario Oficial, y la interesada señora Nelly Esther de Infante realizó el pago de la publicación en el Diario Oficial el día 8 de agosto de 1977.

"Los dos años de que disponía la administración para verificar las pruebas que sirvieron de base para hacer la adjudicación, a lo que se denomina revisión, deben comenzar a contarse desde la fecha en que se hizo el pago de la publicación en el Diario Oficial de la Resolución de adjudicación número 0712 de julio 19 de 1977 ocurrió el 8 de agosto de 1977 y vencían el 8 de agosto de 1979. Como la providencia que ordenó iniciar la revisión fue dictada el 1º de agosto de 1979 y no fue objeto de anulación como lo afirma la actora, debe concluirse que el INCORA ejerció en tiempo oportuno la facultad que le otorgaba la ley en esta materia.

"La fecha que debe tenerse en cuenta es la del auto con que se inició la revisión o verificación de las pruebas allegadas en el procedimiento administrativo de adjudicación y no la fecha de notificación de tal providencia a la adjudicataria, como lo pretende ésta. La ley es muy clara al establecer que los dos años se cuentan desde la fecha de publicación de la Resolución de adjudicación en el Diario Oficial.

"El cargo no puede prosperar.

"Por otra parte, la actora considera que el acto acusado tiene una falsa motivación pues en el informativo que ha debido levantar el INCORA para revocar la Resolución de adjudicación no hay ninguna prueba de inexactitud o falsedad en que hubiera podido incurrirse en las pruebas que sirvieron de base para la adjudicación del terreno baldío.

"Por otra parte, el INCORA le dio pleno valor a los documentos y piezas procesales empleados en un proceso ordinario reivindicatorio adelantado en el Juzgado Civil del Circuito de Agua Chica por la señora Elisa Ribón de Correa contra el señor Manuel Víctor Infante Malagón. La prueba anterior no se podía hacer valer frente a la señora Nelly Esther Castillo de Infante por no cumplir con los requisitos legales de la prueba trasladada, artículo 185 del Código de Procedimiento Civil.

"En el presente caso, no era aplicable la norma del Código de Procedimiento Civil citada por el actor, pues ella se refiere a los procesos judiciales y en este caso se trataba de unas diligencias administrativas, en las cuales precisamente la administración pretendía establecer la veracidad de las pruebas que inicialmente adujo la interesada, o se practicaron por el INCORA, y que llevaron a la administración a declarar la adjudicación de un predio que no era baldío. Fue precisamente con los documentos pertinentes allegados al proceso civil reivindicatorio que pudo el INCORA enterarse de la situación real del predio en conflicto, llegando al convencimiento que existía concordancia e identidad de los predios denominados La Victoria y El Cruce, pudiendo establecer que el primero de esos predios estaba comprendido dentro de los linderos del predio El Cruce.

"El verdadero objeto de la revisión es precisamente revisar las pruebas, de suerte que cuando se detecte una inexactitud pueda la administración revocar su propio acto. En el presente caso el INCORA encontró a través del juicio ordinario, la inexactitud de las pruebas que le sirvieron de fundamento para hacer la adjudicación, encontrando que el lote La Victoria, pertenecía a otro de mayor extensión que no era baldío, en consecuencia tuvo que revocar la Resolución por la cual lo había adjudicado a la señora Nelly Esther Castillo de Infante.

"Este cargo no puede prosperar.

"Esta Fiscalía considera, que el acto administrativo acusado se ajustó a las normas legales vigentes y no hay razón

para declarar su nulidad. En consecuencia se solicita a la honorable Sala se nieguen las súplicas de la demanda.

"Con fundamento en las precedentes consideraciones este Tribunal ha de negar las peticiones de la demanda.

"En mérito de lo expuesto, el Tribunal Contencioso Administrativo de Norte de Santander, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con la Fiscalía Segunda del Consejo de Estado, *niega las súplicas de la demanda*" (cuaderno número 1, fls. 143 y ss.).

II

Sustentación del recurso:

A folios 164 y siguientes del cuaderno número 1, obra el escrito en que el mandatario judicial de la parte actora hace sus valoraciones jurídicas y fácticas orientadas a defender la perspectiva desde la cual él ha estudiado el caso. En lo sustancial del mismo se destaca:

"En su providencia el honorable Tribunal se limita a transcribir el concepto de la Fiscalía Segunda del honorable Consejo de Estado y con fundamento en él niega las súplicas de la demanda. El Tribunal en la sentencia apelada omitió el estudio del proceso, con flagrante violación a la Constitución y a la ley procesal respecto a las motivaciones de la sentencia.

"Para la inteligencia de este alegato, lo dividiré en dos partes: En primer término, me referiré al concepto de la Fiscalía Segunda de esa honorable Corporación, que sirvió de motivación a la sentencia apelada; en segundo término, me referiré a la violación de la Constitución y la ley procesal por carencia de motivación.

"1º Concepto de la Fiscalía Segunda:

"El Ministerio Público se limita a rechazar en forma ligera los cargos contra el acto administrativo acusado, así: Con relación a la revisión del proceso de adjudicación hecha por medio de la Resolución número 0712 de 19 de julio de 1977, dice que el INCORA ejerció en tiempo oportuno la facultad que le otorgaba la ley en esta materia y sustenta lo anterior en los siguientes términos: 'La fecha que debe tenerse en cuenta es la del auto con que se inició la revisión o verificación de las pruebas allegadas en el procedimiento

administrativo de adjudicación y no la fecha de notificación de tal providencia a la adjudicataria...'

"Como se ve, el Ministerio Público pretende desconocer que los actos administrativos que afectan situaciones jurídicas particulares, concretas y subjetivas, en el caso *sub júdice* el auto que ordenó la revisión de la adjudicación es de carácter particular y concreto y afecta un derecho subjetivo como la propiedad; este acto administrativo sólo surtiría efectos jurídicos con la notificación al interesado, antes no existe en la vida jurídica. No son de recibo en nuestro derecho los procesos clandestinos. El auto de revisión tiene fecha 1º de agosto de 1979 y fue anulado por la Subgerencia jurídica del INCORA por auto de noviembre 16 de 1980, por el cual se dispuso rehacer las diligencias administrativas referentes al trámite de revisión. A mi poderdante, señora Nelly Esther Castillo de Infante, sólo se le vinculó al proceso por medio de aviso fijado el 17 de agosto y desfijado el 21 de agosto de 1981, en cumplimiento del auto de noviembre 16 de 1980, o sea, habían transcurrido más de dos (2) años desde la fecha del pago de la publicación en el Diario Oficial (agosto 8 de 1977) de la Resolución número 0712 de 19 de julio de 1977. En otros términos, había caducado la acción para el INCORA, en cuanto a la revisión del proceso de adjudicación.

"La Fiscalía sostiene que el auto que inició la revisión del proceso de adjudicación de 1º de agosto de 1979 no fue anulada, en contradicción con la decisión tomada por la Subgerencia jurídica en auto de noviembre 16 de 1980, que ordenó rehacer las diligencias desde el auto por el cual se ordenó adelantar el trámite de revisión, o sea el que tiene fecha 1º de agosto de 1979. Reitero, además, que esta providencia nunca fue notificada a Nelly Esther Castillo de Infante, persona interesada en este proceso de revisión. Como lo sostuvo anteriormente, este acto administrativo no surtió efectos jurídicos.

"La Fiscalía rechaza el segundo cargo, que fundamenta el concepto de violación contra el acto administrativo acusado así: En primer término, acepta como válidas las actuaciones del INCORA al dar valor probatorio a documentos y piezas procesales que obraban en un proceso ordinario reivindicatorio adelantado en el Juzgado Civil del Circuito de Aguachica, donde no fue parte Nelly Esther Castillo de Infante, y sustenta lo anterior así: 'En el presente caso, no era aplicable la norma del Código de Procedimiento Civil citada por el actor, pues ella se refiere a los procesos judiciales y en este caso se trataba de unas diligencias administrativas,

en las cuales precisamente la administración pretendía establecer la veracidad de las pruebas que inicialmente adujo la interesada, o se practicaron por el INCORA, y que llevaron a la administración a declarar la adjudicación de un predio que no era baldío. Fue precisamente con los documentos pertinentes allegados al proceso civil reivindicatorio que pudo el INCORA enterarse de la situación real del predio en conflicto, llegando al convencimiento que existía concordancia e identidad de los predios denominados La Victoria y El Cruce, pudiendo establecer que el primero de esos predios estaba comprendido dentro de los linderos del predio El Cruce'.

"En primer término, el principio de la contradicción de la prueba se encamina a garantizar el derecho de defensa; así, pues, la contradicción entre las partes precede a la valoración de la prueba. Este principio no solamente rige en los procesos judiciales, como lo sostiene la Fiscalía Segunda, sino en toda función del Estado que conlleve la administración de justicia o la resolución de conflicto de intereses. La administración, en el caso *sub júdice* el INCORA, adelantaba un proceso administrativo de revisión de la adjudicación de un predio que entrañaba un conflicto de intereses entre particulares, es decir, el INCORA estaba administrando justicia; por lo tanto, debió garantizar el derecho de defensa. De ahí que para poder utilizar las piezas procesales que obraban en el proceso adelantado en el Juzgado Civil del Circuito de Aguachica, debió seguir el principio previsto en el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil en lo que hace referencia a la prueba trasladada. No puede afirmarse, entonces, que por tratarse de un caso que tiene que resolver la administración, no rige el principio referente a la prueba trasladada y, consecuentemente omitir la garantía del derecho de defensa.

"En segundo término, la Fiscalía Segunda de esa honorable Corporación afirma que con las providencias a que hemos hecho referencia el INCORA llegó 'al convencimiento que existía concordancia e identidad de los predios denominados La Victoria y El Cruce...' Lo anterior es totalmente contrario a la verdad procesal, puesto que los predios La Victoria y El Cruce, según fallo del Tribunal, no coinciden ni por cabida superficiaria, ni por linderos o cuerpo cierto de que habla el Código Civil. Además, en las diferentes diligencias de inspección judicial con intervención de peritos, el INCORA nunca pudo determinar si realmente el predio La Victoria hacía parte del predio El Cruce. En cambio sí se determinó que el predio La Victoria corresponde al que trata la Resolución de adjudicación número 0712 de 19 de julio de 1977. Todo lo anterior está plenamente probado en el

proceso rituado ante esa honorable Corporación y que es objeto de esta apelación.

"2º *Falta de motivación de la sentencia:*

"El vicio más grave que acusa la sentencia apelada es el de la violación directa de los principios constitucionales y legales que rigen la función del Juez para administrar justicia, en cuanto se refiere a la motivación de la sentencia, que es garantía de los derechos fundamentales del hombre. Este principio está previsto así en nuestro ordenamiento jurídico:

"'Artículo 163. Toda sentencia deberá ser motivada' (C. N.).

"'Artículo 170. Contenido de la sentencia'.

"'La sentencia analizará los hechos de la controversia, las pruebas en su conjunto, las normas jurídicas pertinentes y los argumentos de las partes, y con base en tal análisis resolverá las peticiones, en forma que no quede cuestión pendiente entre las partes y por los mismos hechos'.

"'.....' (Decreto 01 de 1984, C. C. A.).

"'Artículo 304. Contenido de la sentencia. La sentencia deberá contener la indicación de las partes, un resumen de las cuestiones planteadas, las consideraciones necesarias sobre los hechos y su prueba, los fundamentos legales y jurídicos o las razones de equidad en que se base' (C. de P. C.).

".....

"Como puede apreciarse, el Juez está obligado, a través de un razonamiento lógico, a analizar los hechos de la *causa petendi*, la prueba de los mismos y en un proceso contencioso administrativo, como el caso *sub lite*, a estudiar la correspondencia del acto acusado con la ley, con el fin de juzgar la legalidad del mismo, máxime cuando para el actor constituye una carga procesal indicar las normas violadas por el acto acusado y explicar el concepto de su violación, todo dentro del principio de la justicia rogada que rige la jurisdicción contenciosa-administrativa. Nada de esto contiene la sentencia apelada, simplemente se limitó a transcribir el concepto de la Fiscalía Segunda de esa honorable Corporación. La incuria que invade la jurisdicción, con excepciones honrosas, llega al extremo, como en el caso *sub júdice*, de no

percatarse, en el momento de proferir una sentencia, de cuál es la función que le señalan la Constitución y la ley. Así, por medio de un acto sumamente atrabiliario, viola los derechos de la persona que acude ante los estrados judiciales en busca de justicia a sus conflictos de intereses. Es el caso de mi poderdante, que se quedó sin sentencia en el proceso seguido contra el INCORA, puesto que la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo del Departamento Norte de Santander y particularmente el Magistrado ponente doctor José Antonio Rodríguez P., no se tomó el trabajo de cumplir con la función para la cual fue nombrado en el cargo.

"El profesor Jesús González Pérez en su libro de 'Derecho Procesal Administrativo Hispanoamericano' dice sobre el particular: 'La sentencia es, ante todo, una operación mental o juicio lógico de los componentes del Organo Jurisdiccional. Comparan la pretensión con el ordenamiento jurídico y emiten juicios sobre su conformidad o disconformidad con él. Esta naturaleza de la sentencia resulta perfectamente reflejada en el contenido que de la misma ofrece el artículo 170 del Código Contencioso Administrativo de Colombia. En consecuencia, en puridad de términos, no son sentencias, aunque los derechos positivos las consideren como tales, aquellas resoluciones en que el Organo Jurisdiccional no lleva a cabo la comparación con el ordenamiento jurídico, bien porque unos determinados hechos o actos de las partes le imponen dictar resolución en cierto sentido, o por ocurrir la falta de algún requisito procesal. En este último supuesto, también se examina la conformidad o disconformidad de la pretensión con el ordenamiento jurídico; pero por incumplirse alguno de los requisitos procesales exigidos por el ordenamiento para que el Organo Jurisdiccional pueda conocer la cuestión de fondo, no llega a confrontar la pretensión con el ordenamiento objetivo material'.

"Y el maestro Piero Calamandrei en su bella obra 'Elogio de los Jueces escrito por un abogado', dice sobre el particular 'la motivación de las sentencias es, verdaderamente, una garantía grande de justicia, cuando mediante ella se consigue reproducir exactamente, como un croquis topográfico, el itinerario lógico que el Juez ha recorrido para llegar a su conclusión; en tal caso, si la conclusión es equivocada, se puede fácilmente determinar, a través de la motivación, en qué etapa de su camino perdió el Juez la orientación'.

"El iusfilósofo argentino Carlos Cossio en su obra 'la teoría egológica del derecho', dice: 'El sentido de una sentencia, como el de cualquier otro dato jurídico (por ejemplo, el acto del legislador) es una valoración jurídica, es decir,

un sentido de orden, de seguridad, de justicia, etc., cosas todas inmanentes al derecho, porque el derecho es ya de por sí eso mismo'.

"Como la sentencia apelada no se ajusta a los principios señalados en la Constitución, la ley y la doctrina, puesto que ni analizó los hechos ni estudió la prueba, ni las pretensiones se confrontaron con el ordenamiento jurídico, ni se tuvieron en cuenta los alegatos presentados por el apoderado del actor, en otros términos, no hubo valoración jurídica, mi poderdante, Nelly Esther Castillo de Infante, en el momento actual no sabe por qué perdió el proceso. Yo, como su apoderado, tampoco tengo elementos para explicárselo, puesto que no los hallo en la sentencia; sólo podría decirle que el Juez no tuvo en cuenta los escritos que presenté en calidad de apoderado, pero firmemente le pediré que tenga fe en la justicia, que siga creyendo en la rectitud y sabiduría de los Jueces y que siempre que se le presente un conflicto de intereses no vacile en acudir a los despachos judiciales, tal es el camino que escogen los buenos ciudadanos, aún en épocas de crisis.

"En los anteriores términos queda sustentado el recurso de apelación contra la providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, en el proceso seguido por Nelly Esther Castillo de Infante contra la Resolución 0712 de 19 de julio de 1977 y de manera comedida pido al honorable Consejero ponente se sirva revocar la precitada providencia y, en su defecto, se dicte fallo de fondo accediendo a las súplicas de la demanda".

III

Alegato presentado por el apoderado de la demandada señora Elisa Ribón de Correa:

El procurador judicial de ésta, en escrito visible a folios 171 y siguientes del cuaderno número uno, presenta las distintas razones de naturaleza jurídica y fáctica que lo llevan a oponerse a la prosperidad del recurso de apelación. En él anota:

"1º La señora Nelly Esther Castillo de Infante, por conducto de apoderado pretende que, mediante la acción de nulidad para el restablecimiento del derecho sea revocada la Resolución número 05913 de 1º de diciembre de 1983 proveniente o emanada del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria INCORA, y se declare vigente la Resolución 0712 de 19 de julio de 1977.

"2º La Resolución número 0712 de 19 de julio de 1977 se obtuvo de la entidad administrativa (establecimiento público del orden nacional que tiene personería jurídica y autonomía administrativa) en una forma absolutamente irregular, lesiva abiertamente del derecho preciso ubicable en cabeza de la propietaria inscrita señora Elisa Ribón de Correa. En efecto, la aludida Resolución con la que se obtuvo la adjudicación de un predio preciso e identificable como *baldío*, a sabiendas de que no lo era por cuanto tenía titular bien conocido por la actora y de la vecindad, fue proferida por el INCORA de manera irresponsable, irresponsabilidad a la cual se sumó la *sorprendente mala fe* de la *'pretendida adjudicataria Nelly Esther Castillo de Infante'*.

"3º La adjudicataria Nelly Esther Castillo *de Infante* denunció como *baldío* el predio a que se refiere la Resolución 0712 de 19 de julio de 1977, a sabiendas de que el predio estaba vinculado a un proceso ordinario del tipo o clase *reivindicatorio* que ante la jurisdicción ordinaria se adelantaba por parte de Elisa Ribón de Correa contra el esposo de Nelly Esther Castillo *de Infante*, señor Manuel Víctor Infante Malagón.

"4º Al denunciar como *baldío* un predio que no tenía tal calidad, y menos en una zona económica que se halla titularizada, la señora Nelly Esther Castillo *de Infante* pretendió engañar al INCORA, seguramente en complicidad con funcionarios de la entidad.

"5º Nelly Esther Castillo *de Infante*, en su actuar para que le adjudicaran el predio pretendidamente *baldío*, y a que se contrae la Resolución número 0712 en comento, *olvidó intencionadamente advertir* que ella había participado haciéndose presentar en una diligencia de inspección judicial donde no sólo aparece su firma, sino a la cual también pretende oponerse cuestión que, además, hacer por intermedio de apoderado, siéndolo el doctor Emigdio J. González Hernández, diligencia practicada sobre el mismo predio que denunció como *baldío*, y donde se materializó y realizó el *secuestro* legal del predio ya embargado por el Juzgado Civil del Circuito de Aguachica (Cesar) el día 7 de febrero de 1975. Obviamente que el pedimento para la adjudicación del pretendido predio *baldío*, y en relación con él, las demás actuaciones que esgrimió, son constitutivas de delitos contempladas en nuestra ley criminal, y que deberán ser puestos *de oficio* en conocimiento de la Jurisdicción Penal competente, puesto que con la conducta desarrollada se pretendía no sólo apropiarse de un predio con dueño, sino que también en esa época, y aún hoy también se quiere, con toda la

intención del caso, obtener un provecho ilícito de manos de una entidad del Estado.

"6º Con tales antecedentes se produjo la adjudicación del predio La Victoria mediante la Resolución número 0712 del INCORA, adjudicación de predio *baldío* en favor de Nelly Esther Castillo *de Infante* y fechada de 19 de julio de 1977.

"7º Es evidente que la adjudicación del predio supuestamente *baldío* fue solicitada y se obtuvo a espaldas de la titular del derecho de dominio señora Elisa Ribón de Correa.

"8º Como la señora Elisa Ribón de Correa no fue citada por Nelly Esther Castillo *de Infante* al proceso administrativo de adjudicación de predio *baldío* (es decir a la 'expropiación' de su predio) ella no interpuso recurso alguno durante los dos años siguientes a la adjudicación. La razón era casi elemental: Como no conoció el proceso, pues no podía interponerlo.

"9º Por circunstancia de la causalidad, mi representada conoció de la Resolución 0712 de 19 de julio de 1977 y fue así como dentro de la oportunidad legal presentó su escrito o acción de revisión de la resolución dicha, ante el INCORA, el día 18 de julio de 1979.

"10. La señora Nelly Esther Castillo *de Infante* se notificó personalmente de la citada resolución, el día 26 de julio de 1977.

"11. El pago de los derechos para efectos de obtener la publicación de la resolución citada fue hecho por Nelly Esther Castillo de Infante el día ocho (8) de agosto de 1977.

"12. La publicación real y efectiva, aparecida en el Diario Oficial fue muy posterior.

"13. Se ha sostenido reiteradamente que la fecha que se ha de tomar para contar los dos años a que se refiere el artículo 16 de la Ley 4ª de 1973 y el artículo 16 del Decreto 389 de 1974, para verificar los soportes que han servido de base a la adjudicación, es la del día de pago de los derechos de publicación en el Diario Oficial. Así las cosas, ello ocurrió el día 8 de agosto de 1977, siendo que de esta manera los dos años caducarían a la última hora de 7 de agosto de 1979.

"14. Pero también se ha sostenido que los dos (2) años se cuentan a partir de la real publicación, cuando ésta aparezca en el Diario Oficial, seguramente que cada interesado esbozará sus particulares argumentos. En nuestro caso, el adjudicatario de un predio 'maliciosamente *baldío*', es decir

que sabe que obtuvo la adjudicación *engañando o defraudando* la *fe* (discúlpeseme) de la administración, querrá que sea lo más pronto posible para así 'tapar' más prontamente su falta. Y la persona que no tuvo conocimiento de la adjudicación que de su predio se hizo, a sus espaldas, querrá que la fecha que haya de tenerse en cuenta sea la más lejana, es decir la de la publicación real y efectiva. Ambas tesis son aplicables, no me refiero a la prontitud del *defraudador*, sino a la de si se hace con: a) El pago de los derechos de publicación o b) La de la efectiva publicación dependiendo del *caso particular*. Y esto porque no hay reglas inmodificables puesto que ellas dependen de la *casuística*, es decir de las particulares circunstancias que rodearon a cada proceso. Por esto, no resulta inapropiado sostener que en nuestro asunto, los dos (2) años bien podrían contarse a partir de la publicación real y efectiva en el Diario Oficial, puesto que el *defraudador* no merece ser premiado y, más bien, aquella persona a cuyas espaldas se logró la adjudicación ha de ser mejor beneficiada dentro de un justo equilibrio y a sabiendas de que los actos de cada quien lo atan a sus propias consecuencias, o mejor, los resultados son el fruto de sus propios *actos*. Este es el principio rector de la *bonna fides*.

"15. Ahora, aunque lo dicho no fuera el asunto, se tiene claro que la providencia que inició la *revisión* o *verificación* fue dictada por el INCORA el día 1º (primero) de agosto de 1979.

"16. Los dos años para iniciar la revisión se han de contar desde la fecha del pago de los derechos de la publicación en el Diario Oficial (8 de agosto de 1977) y terminarían el día siete (7) de agosto de 1979. Por lo tanto la revisión de la exactitud de los soportes que sirvieron de fundamento para proferir la Resolución número 0712 nace, por lo menos, con la providencia de primero (1º) de agosto de 1979, y que culminó con la Resolución 05913 de primero (1º) de diciembre de 1983, revocatoria de aquella.

"17. Yo creo que ni siquiera es la fecha del dicho auto. Y es porque puede suceder que la administración retarde su providencia. La fecha que pone fin al término, o mejor, el acto que interrumpe la *caducidad*, no puede ser siempre una providencia, sino que ha de ser la de presentación del escrito para obtener la revisión. Bien podría haberse puesto de presente el escrito el último día y a la última hora del término de caducidad, y éste sería el que tendría la virtud de interrumpirlo.

"18. Cabe bien anotar, para gloria y beneficio de la adjudicataria, que su interés y vinculación a la adjudicación

del predio, supuestamente *baldío*, no termina con la resolución de adjudicación y con los pagos de la publicación en el Diario Oficial. Es precisamente el pago de los derechos de la publicación, y la publicación efectiva y real, lo que *vincula a la adjudicataria* con el hecho o acontecer incierto de lo que ocurrirá en el término de los dos (2) años siguientes dentro de los cuales puede suceder, como en efecto sucedió, la contingencia de una *acción de revisión de la adjudicación.*

"19. La resolución de adjudicación no ha perfeccionado el derecho que se adjudicó como *baldío*. Es necesario soportar pacientemente el término de contingencia, la incertidumbre, de lo que ocurrirá durante los dos (2) años para, al cabo de los cuales, saber que, al menos la revisión administrativa no es ya posible.

"20. Por eso no es atendible, y menos justificable que la 'adjudicataria' se escondiera a fin de eludir su responsabilidad de estar atenta durante el término de los dos (2) años a la contingencia incierta de lo que podría ocurrir. Y en verdad le ocurrió. En otros términos, la adjudicataria fue muy pronta y solicita en procurarse una adjudicación de un bien que sabía no era *baldío*, pero no tuvo inconveniente en retardar su notificación hasta el 13 de marzo de 1984, abandonando de esta forma su obligación de estar atenta durante el término de contingencia de los dos (2) años. No supo soportar su *carga* nacida de la adjudicación.

"21. La revisión, cuya acción inició Elisa Ribón de Correa, fue puesta en conocimiento del INCORA el día 18 de julio de 1979. El auto que ordenó la revisión o verificación de las pruebas es de fecha agosto 1º de 1979.

"22. Con el escrito que presenté sustentando la acción de revisión, apoyada en el artículo 38 de la Ley 135 de 1961, en el artículo 16 de la Ley 4ª de 1973, y en los artículos 16 y 17 del Decreto 389 de 1974, anexé como *pruebas:*

"a) Copia *auténtica* de la Resolución 609 de 6 de diciembre de 1961 emanada del Ministerio de Agricultura, y que tiene que ver con el predio objeto de la adjudicación (con este solo documento se caía de su peso la solicitud adjudicación del pretendido bien *baldío*, habida cuenta de la superposición del predio *'baldío'* dentro del predio a que tal resolución se refiere);

"b) Certificado en papel sellado JJ-08227174 del Catastro del Cesar, expedido en Valledupar el 13 de julio de 1978, y a que se refiere el predio de Elisa Ribón.

"Con posterioridad fueron presentadas más *pruebas*, dentro de las cuales estaba el certificado de tradición y libertad, o folio de matrícula inmobiliaria del predio de Elisa Ribón de Correa y sobre el cual está el predio adjudicado a Nelly Esther Castillo de Infante (prueba clara y plena que hace que se caiga la adjudicación).

"23. Posteriormente el INCORA practicó inspección judicial en obedecimiento al auto de 28 de octubre de 1981, *y en diligencia de 20 de abril de 1982, quedó establecido que la adjudicataria Nelly Esther Castillo de Infante estuvo presente en la diligencia.* Ella estaba vinculada desde el 21 de agosto de 1981.

"24. De esta suerte se produjo la Resolución 05913 de 1º de diciembre de 1983 que revocó la adjudicación hecha en la Resolución 0712 de 19 de julio de 1977.

"25. Harto se dejó esclarecido que la caducidad de la acción de verificación de la adjudicación no ocurrió, y que la acción (a petición de interesado) se inició en oportunidad, es decir dentro de los dos (2) años.

"26. En relación a la falsa motivación que alega el recurrente debo decir que precisamente a que el INCORA encontró que la adjudicación que se pretendía sobre un inmueble que se decía definitivamente *baldío*, y que impedía por lo tanto la defensa de su verdadero titular, fue tan clara en que no correspondía a la calidad de *baldío* porque esa misma razón revocó la adjudicación y corrigió así el gravísimo error en que se hizo incurrir. Si la fundamentación de la adjudicación era el carácter de *baldío*, rápidamente se encontró que dicho fundamento era contrario a la evidencia.

"No debe olvidarse que el trámite del asunto es simplemente administrativo y las pruebas han de tener toda la validez y carácter que la administración les pueda dar. Una sola de las pruebas presentadas para la revocatoria de la resolución de adjudicación de *baldío* dejaba sin peso la adjudicación al demostrarse que no era bien *baldío*.

"27. La acción de revisión, según se dejó en claro, se inició *en tiempo*. Las fallas de la administración no impedían el haber iniciado en tiempo. Tal vez, distinto sería el caso para cuando es la administración *motu proprio* la que inicia la *verificación* en las pruebas que sostienen la adjudicación. Así es que el proceso se llevó dentro de la normatividad.

"Estas son las razones de mi alegato y con las cuales brevemente me opongo a la *alzada* y, por ende, a las pretensiones de la demandante".

IV

Vista Fiscal:

La Fiscal Segundo de la Corporación, doctora Edné Cohen Daza, en su concepto de fondo (cuaderno 1, fls. 118 y ss.) hace las siguientes *consideraciones:*

"Estudiado el expediente se observa que el proceso se inició ante esta Corporación donde se tramitó hasta antes de proferirse sentencia y fue enviado al Tribunal Contencioso Administrativo de Norte de Santander por competencia para que se profiriera sentencia de fondo.

"En cumplimiento de lo anterior el Tribunal procedió a fallar el proceso y para ello acogió en su integridad el concepto que había emitido esta Fiscalía, sin agregar ni modificar nada de lo dicho por este despacho.

"Si bien es cierto que el Tribunal incurrió en una falta de técnica jurídica para fallar al omitir su propio análisis, no puede afirmarse por ello que la sentencia carece de motivación y que por ello incurrió en violación de los artículos 163 de la Constitución Nacional, 170 del Código Contencioso Administrativo y 304 del Código de Procedimiento Civil, como lo afirma el recurrente. El concepto de la Fiscalía transcrito en el fallo, es la motivación de la sentencia, es el análisis de la *causa petendi*, toda vez que así lo consideró el fallador de instancia al acoger totalmente el concepto que contiene el análisis de la situación expuesta y que a juicio del Tribunal corresponde a la realidad del proceso, por tanto, se repite, el cargo de falta de motivación del fallo no puede prosperar.

"Afirma el recurrente que el auto que ordenó la revisión del procedimiento administrativo de fecha agosto 1º de 1979 fue anulado, o sea que cuando se iniciaron nuevamente las diligencias de revisión ya estaba vencido el término que tenía la administración para revisar el proceso de adjudicación.

"Este despacho encuentra nuevamente y después de revisar cuidadosamente el acervo probatorio, que el recibo de pago de los avisos en el Diario Oficial referentes a la resolución de adjudicación, es de fecha agosto 8 de 1977. El artículo 16 de la Ley 4ª de 1973 y el artículo 16 del Decreto 389 de 1974 le dan competencia al INCORA para adelantar la revisión del proceso de adjudicación de inmuebles baldíos, dentro de los dos años siguientes a la expedición de la resolución de adjudicación, contados a partir de la fecha del pago de los derechos de publicación en el Diario Oficial; fácilmente

se deduce que si el recibo que se encuentra en el expediente a folio 49, cuaderno 1, es de agosto 8 de 1977 y el INCORA ordenó las diligencias de revisión mediante auto de fecha agosto 1º de 1979, la revisión se inició dentro de los dos años.

"Argumenta el representante del actor que el auto mediante el cual se ordenó adelantar las diligencias de revisión fue anulado por medio del auto de fecha noviembre 16 de 1980; esta afirmación carece de veracidad por cuanto efectivamente el último de los autos mencionados declaró la nulidad de las actuaciones hasta la petición de revisión; pero en el mismo auto que anula se ordena que se rehagan las diligencias dando cumplimiento a lo dispuesto por el despacho en providencia de agosto 1º de 1979 y se ordena además enviar el expediente a la Regional de Norte de Santander.

"Respecto de este auto es necesario hacer dos aclaraciones: La primera tiene que ver con la orden de anular todas las diligencias hasta la petición de revisión, que resulta totalmente inadecuada puesto que la nulidad se debe predicar de las actuaciones procesales pero no de las peticiones presentadas por los particulares las cuales no pueden ser materia de nulidad; la segunda observación se refiere a la interpretación correcta del auto que anuló las diligencias por cuanto al ordenar que se rehagan las diligencias dando cumplimiento a lo dispuesto en el auto mediante el cual se ordenó comenzar la revisión, se debe entender que la nulidad no incluía este auto y de no ser así cómo podría cumplirse con lo dispuesto en él?; el auto de agosto 1º de 1979 no fue anulado y por ello se ordenó cumplir con lo que se había dispuesto en él.

"Así las cosas el auto de agosto 1º de 1979 quedó vigente por lo cual puede afirmarse que las diligencias fueron iniciadas dentro del término que otorga la ley.

"En cuanto a las pruebas tenidas en cuenta por el INCORA, practicadas dentro del proceso civil, la Fiscalía reitera lo dicho en el concepto de abril 7 de 1987 en el sentido de considerar que las reglas de la prueba trasladada se aplican en rigor a los procesos judiciales. En tratándose de diligencias administrativas como en el presente caso, bien podría el INCORA tener en cuenta la decisión del Juez civil sobre la materia.

"Es por esto que si en el trámite de la revisión se analizaron y valoraron estas pruebas y se logró demostrar el error en que había incurrido el INCORA al declarar un terreno

baldío cuando no lo era, la revocatoria del acto es perfectamente legal por cuanto es ésta la oportunidad que da la ley para que la administración rectifique sus propios errores.

"El actor no logró desvirtuar las pruebas presentadas en el proceso de revisión y por ello se considera que el acto del cual se solicita la nulidad no es ilegal y por lo tanto no es procedente declarar su nulidad; en consecuencia este despacho solicita a la honorable Sala confirmar la sentencia apelada".

V

Consideraciones de la Sala:

A) Como al formular el primer cargo contra la resolución impugnada el procurador judicial de la parte actora invoca la caducidad de la acción consagrada en el artículo 16 de la Ley 4ª de 1973, que a su turno fue reglamentada en el artículo 16 del Decreto número 389 de 1974, la Sala procede, en primer lugar, a estudiar esta perspectiva de manejo del caso, pues de su prosperidad o no, depende que se pueda entrar a fallar en el fondo, el presente conflicto de intereses.

A la luz de lo que preceptuaba el inciso cuarto de la Ley 135 de 1961, modificado por la Ley 4ª de 1973, en su artículo 16, y que fuera derogado por el artículo 268 del actual Código Contencioso Administrativo, el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria —INCORA—, estaba facultado para verificar, con citación del adjudicatario, dentro de los dos (2) años siguientes a la publicación de la respectiva providencia en el Diario Oficial, la "...exactitud de los documentos, diligencia de inspección judicial, y en general, de las pruebas que hayan servido de base a la adjudicación. Si hallare inexactitud o falsedad en tales documentos o diligencias, revocará la adjudicación y ordenará la cancelación del registro respectivo".

Para el caso en comento se tiene que la Resolución de adjudicación es la número 0712 de dicienueve (19) de julio de mil novecientos setenta y siete (1977) y que a la solicitud de revisión de la parte interesada se presentó el día 18 de julio de 1979, como se lee en la providencia calendada el día primero de agosto del mismo año, que obra al folio 1 del anexo 1, cuyo alcance jurídico no podía ser desnaturalizado por el proveído de dieciséis (16) de noviembre de mil novecientos ochenta (1980), que aparece al folio tres del mismo cuaderno. Dentro del anterior marco fáctico, la Sala hace suya la presentación que sobre el particular fija la Fiscalía de la Corporación cuando destaca:

"Argumenta el representante del actor que el auto mediante el cual se ordenó adelantar las diligencias de revisión

fue anulado por medio del auto de fecha noviembre 16 de 1980; esta afirmación carece de veracidad por cuanto efectivamente el último de los autos mencionados *declaró la nulidad de las actuaciones hasta la petición de revisión;* pero en el mismo auto que anula se ordena que se rehagan las diligencias dando cumplimiento a lo dispuesto por el despacho en providencia de agosto 1º de 1979 y se ordena además enviar el expediente a la Regional de Norte de Santander" (cuaderno 1, fl. 120) (Subraya la Sala).

En otras palabras, la nulidad de la actuación administrativa, no podía dejar sin efecto el escrito presentado por la parte interesada en la revisión, lo cual, como ya se destacó, ocurrió el día 18 de julio de 1979.

En el *sub lite* la Sala no considera necesario hacer valoración jurídica adicional para precisar si los dos años se deben contar a partir del momento en que la parte interesada pagó la publicación del acto administrativo en el Diario Oficial (agosto 8 de 1977), o a partir de aquel en que se vinculó a la adjudicataria al proceso de verificación de la adjudicación, o desde el instante en que la Resolución número 0712 de 19 de julio de 1977 fue efectivamente publicada en el referido periódico, porque, hay un hecho cierto e indiscutible: La interesada en impugnar la resolución de adjudicación, que es la actora dentro del presente proceso, se notificó del alcance de la misma por conducta concluyente al solicitar la revisión antes de que vencieran los dos años de ley. Sobre el alcance de este fenómeno procesal el doctor Hernán Fabio López en su obra Instituciones de Derecho Procesal Colombiano. Parte General, Cuarta Edición. Editorial Temis, 1985, página 360, enseña:

> "...la notificación por conducta concluyente no solamente tiene cabida cuando quien debe notificarse presenta un escrito dándose por enterado, *sino cuando se refiere a esa providencia, así sea de manera tangencial, aún verbalmente en una audiencia, siempre que de ello quede constancia en el acta.*
>
> "Lo novedoso de la disposición es que no exige que el escrito o manifestación se proponga revelar que se tiene conocimiento de la providencia, sino que basta que se haga referencia a ella, para que se entienda que a partir de la fecha de presentación del escrito o de la manifestación se ha surtido la notificación".

Así las cosas, el derecho de defensa de los derechos subjetivos radicados en cabeza de quien predica ser propietario del bien adjudicado a la señora Nelly Esther Castillo de Infante, no fue conculcado, gracias a la conducta de aquella al impetrar la revisión de la actuación administrativa dentro de la oportunidad procesal de rigor.

La realidad anterior explica bien que en el *sub lite* no se registre la caducidad de la acción;

B) Dentro del informativo quedaron debidamente probadas las siguientes circunstancias particulares del caso:

PRIMERA. Que por Resolución número 609 de seis (6) de diciembre de mil novecientos sesenta y uno (1961) (cuaderno 2, fls. 7 y ss.), el Ministerio de Agricultura —División de Recursos Naturales—, le adjudicó definitivamente al señor Emilio Bustos Contreras, a título de *cultivador*, el terreno baldío denominado "El Cruce", ubicado en el paraje de Barro, Corregimiento de Puerto Oculto, Municipio de Río de Oro, Departamento del Magdalena, "...con una extensión de doscientos diecisiete (217) hectáreas...", el cual se comprende dentro de los linderos que en el referido acto administrativo se indican.

SEGUNDA. Que por escritura pública número 13, pasada ante el señor Notario de Gamarra, el día veintidós (22) de febrero de mil novecientos sesenta y dos (1962) (cuaderno 2, fls. 15 y ss.), el señor Emilio Bustos Contreras vendió a la señora Elisa Ribón de Correa, una *parte* de la finca denominada "El Cruce", esto es, "...ciento cincuenta hectáreas (150-0000 Hts.) aproximadamente..." y alindadas en la forma como se precisa en el referido título traslaticio de dominio. En éste, el vendedor dejó la siguiente constancia: "Que el suscrito tiene adelantadas las gestiones de adjudicación total de la finca en el Ministerio de Agricultura y Ganadería y los gastos que demanden tales gestiones serán..." de su parte. Se obligó, igualmente para con la compradora, "...a ceder la parte de adjudicación que le corresponde, de acuerdo..." con la referida venta, "...una vez adquirida la adjudicación total..."

TERCERA. Que el día catorce (14) de junio de mil novecientos setenta y uno (1971), la señora Elisa Ribón de Correa, promovió juicio ordinario reivindicatorio contra el señor Manuel Infante Malagón, para que por sentencia se declarara que le pertenecía en dominio pleno y absoluto "...el fundo denominado 'El Cruce' ubicado en el Municipio de Río de Oro, de 150 hectáreas aproximadamente...", como se lee en la sentencia proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Aguachica, que obra a folios 19 y siguientes del cuaderno número 2. En el referido proveído se destaca que la demandante adquirió el bien por medio de la escritura número 13 de 22 de febrero de 1962 a que ya se hizo referencia en el aparte anterior.

El proceso en comento culminó con sentencia de primera instancia, favorable a las pretensiones de la señora Elisa Ribón de Correa, en cuya parte resolutiva se declaró y dispuso:

> "*Primero:* Declarar que pertenece en dominio pleno y absoluto a la señora Elisa Ribón de Correa el predio. El Cruce o La Victoria ubicado en el Municipio de Río de Oro

y determinado por los siguientes linderos: Tomando como principio del puente del Ferrocarril, de para arriba sobre la quebrada de San Juan se coge de para arriba hasta encontrar una trocha despejada en línea recta que está colindando con terrenos de los señores Eduardo Pabón, Torcoroma Durán, y José Hernández; este trecho se sigue hasta encontrar una quebrada denominada Quebrada El Lindero; de aquí se sigue de para abajo, siguiendo la quebrada aguas abajo hasta encontrar la Línea Férrea; de ésta se sigue de para arriba hasta encontrar el puente del ferrocarril sobre la quebrada San Juan citada como primer lindero y encierra.

"*Segundo:* Como consecuencia del punto anterior condenar al señor Víctor Manuel Infante Malagón a restituir a su legítima dueña señora Elisa Ribón de Correa el inmueble denominado El Cruce y descrito en el hecho a) de la demanda.

"*Tercero:* Condenar al demandado Víctor Manuel Infante Malagón a pagar a la demandante Elisa Ribón de Correa el valor de los frutos civiles y naturales que haya producido el predio El Cruce.

"*Cuarto:* Declarar al demandado Víctor Manuel Infante Malagón como poseedor de mala fe.

"*Quinto:* Declarar no probada y denegar la petición de declaración de prescripción agraria alegada por el demandado.

"*Sexto:* La restitución se hará seis días después de quedar ejecutoriada la sentencia que así lo ordene.

"*Séptimo:* Con costas en esta instancia a la parte demandada".

CUARTA. Que la sentencia anterior fue apelada por el procurador judicial del señor Manuel Víctor Infante Malagón, recurso que se desató por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, el día doce de diciembre de mil novecientos setenta y cinco (1975), que confirmó el proveído impugnado dentro del siguiente marco:

"Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, Sala Civil Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *confirma* la sentencia apelada, excepción hecha de los numerales 3º y 4º los cuales se revocan y quedarán así:

"*Tercero:* Condenar a la señora Elisa Ribón de Correa a pagar a favor de Manuel Víctor Infante Malagón la cantidad de cuatrocientos mil pesos ($ 400.000.00) como valor de las

mejoras realizadas en el predio 'El Cruce' o 'La Victoria' por el demandado al momento en que se lleve a cabo la restitución del predio a la propietaria señora Elisa Ribón de Correa.

"*Cuarto:* Declárase al señor Manuel Víctor Infante Malagón como poseedor de buena fe".

QUINTA: Que por Resolución número 0712 de diecinueve (19) de julio de mil novecientos setenta y siete (1977), originaria del Gerente Regional del Proyecto Norte de Santander del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria —INCORA—, se le adjudicó a la señora Nelly Esther Castillo de Infante el terreno baldío denominado "La Victoria", ubicado en el paraje de San José, Corregimiento de las Américas, Municipio de Río Oro, Departamento de El Cesar, con una extensión calculada aproximada de sesenta y nueve hectáreas (69), ocho mil quinientos metros cuadrados 8.500 M2., comprendido dentro de los linderos que en la misma se indican. Se lee, en el texto de la misma, que se demostró que el adjudicatario "...viene explotando el predio desde hace trece años (13)..." (cuaderno 1, fl. 13).

C) Como lo destaca muy bien la Fiscalía, en su concepto de fondo, que acogió el *a quo* "el verdadero objeto de la revisión es precisamente revisar las pruebas, de suerte que cuando se detecte una inexactitud, pueda la administración revocar su propio acto..." Pero como es apenas natural, para llegar a esta última decisión, es necesario acreditar que en la práctica se dan los hechos que se recogen en la hipótesis normativa (art. 38, Ley 135 de 1961). Sí así no ocurre. La resolución por medio de la cual se hizo la adjudicación conserva su fuerza vinculante, su presunción de legalidad.

Dentro del anterior planteamiento jurídico, se impone concluir, igualmente, que corresponde al INCORA o a la persona que predica que sus derechos subjetivos han sido desconocidos, demostrar que la documentación que en su momento valoró éste, para hacer la adjudicación, es inexacta o falsa. Si por indiferencia, negligencia o pereza el uno o el otro se cruzan de brazos, como ocurrió en el *sub lite*, la revisión no es procedente, no puede tener éxito. En casos como el presente, el adjudicatario bien puede asumir una actitud pasiva, amparado en la presunción de legalidad del acto cuya nulidad se impetra, o aportar al debate procesal las pruebas que considere del caso, para contrarrestar las aportadas por el demandante. Por ello enseña Eduardo Couture, en su obra "Fundamentos del Derecho Procesal Civil". Tercera Edición. Ediciones Depalma, página 242, que: "La carga de la prueba no supone, pues, ningún derecho del adversario, sino un imperativo del propio interés de cada litigante; *es una circunstancia de riesgo que consiste en que quien no prueba los hechos que ha de probar, pierde el pleito.* Puede quitarse esa carga de encima, probando, es decir, acreditando la verdad de los hechos que la ley le señale. Y esto no crea, evidentemente un derecho del adversario, sino

una situación jurídica personal atinente a cada parte; *el gravamen de no prestar creencia a las afirmaciones que era menester probar y no se probaron. Como en el antiguo dístico, es lo mismo no probar que no existir"* (Subrayas de la Sala).

D) Dentro de la anterior perspectiva jurídica, la Sala encuentra que en el caso en comento no se logró demostrar que el inmueble adjudicado haga parte del que adquirió la señora Elisa Ribón de Correa, por medio de la escritura pública número 13 de veintidós de febrero de mil novecientos sesenta y dos. En la diligencia de inspección judicial que ordenó el INCORA, en providencia de veintiocho (28) de octubre de mil novecientos ochenta y uno (1981), con el fin de determinar "...si el predio adjudicado...se encuentra dentro del inmueble que se denomina 'El Cruce' y si el predio 'La Victoria', se encuentra dentro de los linderos que se indican en la escritura número 13 de febrero 22 de 1962", esos aspectos se quedaron sin definición. Por ello en el acta correspondiente, que obra a folios 22 y siguientes del anexo número 1, los funcionarios del INCORA, señores Mario Yáñez Ayala, Asesor Jurídico del Proyecto, Jesús Adolfo Ariza, Experto Agrícola y Jorge A. Rojas, Topógrafo, consignaron:

"Segundo: No podemos determinar si el predio adjudicado por el INCORA se encuentra dentro del predio denominado El Cruce, por cuanto nos fue imposible encontrar los mojones referidos en el numeral dos del auto que ordena esta comisión".

"Tercero. Respecto a si el predio adjudicado por el INCORA se encuentra dentro de los linderos que corresponden a la escritura pública número trece (13) de fecha febrero 22 de 1962, no podemos certificar, por cuanto, si es cierto que coinciden las colindancias correspondientes y que son: OESTE: Con Línea Férrea, según lo manifiesta el señor Fernel Peñaranda, Cadenero de Topografía al servicio del INCORA y quien colaboró en la mensura del predio en 1977, con el Topógrafo Zacarías Caicedo Cardozo (q.e.p.d.), *mensura esta que se tuvo en cuenta para la adjudicación del predio La Victoria a favor de la señora Nelly Esther Castillo de Infante,* quien se encuentra presente en esta diligencia. SUR: Quebrada San Juan, quebrada ésta que aparece como lindero, tanto en la Resolución de adjudicación número 0712 de julio 19 de 1977 y en los linderos del predio de que trata la escritura pública número 13 de febrero 22 de 1962, de la Notaría Unica del Círculo de Gamarra, *no sucede lo mismo con los linderos correspondientes a las partes NORTE Y ORIENTE, puesto que en la Resolución de adjudicación número 0712 de julio 19 de 1977 aparece por el NORTE la quebrada La Victoria como lindero, mientras que en la escritura pública número 13 de febrero 22 de 1962 de la Notaría Unica de Gamarra aparece como lindero en la parte NORTE la quebrada El Lindero y dada la circunstancia que no se pudo establecer si la quebrada La Victoria es la misma quebrada denominada El Lindero;* respecto del lindero correspondiente a la parte ORIENTAL del predio *fue imposible verificar el Lindero por no encontrar puntos o mojones*

fijos, tanto en la Resolución de adjudicación número 0712 de julio 19 de 1977 como en la escritura pública número 13 de febrero 22 de 1962 de la Notaría Unica de Gamarra, descritos respectivamente".

Dentro del acervo probatorio se tiene también que por providencia de treinta (30) de noviembre de mil novecientos ochenta y dos (1982), originaria del INCORA, visible a folios 20 y siguientes del anexo 1, se dispuso:

" 'Remitir el expediente de revocatoria de la adjudicación efectuada a Nelly Esther Castillo de Infante al Proyecto Norte de Santander, con el *fin de que la oficina de cálculo y dibujo determine si el predio La Victoria, ubicado en el Municipio de Río de Oro, Departamento del Cesar, se encuentra dentro del predio denominado El Cruce o en su defecto designe una comisión de topografía con tal fin*'. La anterior prueba se practicó por los funcionarios del INCORA, señores Rafael Bogotá Prato, Jefe de Cálculo y Dibujo; Jorge Armando Rojas M., Topógrafo de Precisión; Fernel E. Peñaranda, Cadenero y Ramón Pérez Gómez, también Cadenero. En el acta de la inspección ocular, que aparece en el anexo 1, folios 34 y siguientes, en lo pertinente, se lee:

"...se procedió a recorrer en compañía de la señora Nelly Esther Castillo de Infante el predio llamado presuntamente La Victoria, constatando durante el recorrido del perímetro que el predio reconocido es el mismo de que trata la Resolución número 0712 de julio 19 de 1977, emanada del INCORA, encontrando como novedades el cambio de colindantes así: Ramón Donato por Manuel Víctor Infante Malagón y Pablo Ordóñez por Juan Gutiérrez, los demás colindantes continúan igual a los que figuran en la resolución mencionada en último lugar".

A folio 32 del anexo 1, aparece también la providencia proferida por el INCORA el día trece (13) de diciembre de mil novecientos ochenta y dos en la que se dispone nuevamente que se ubique el predio El Cruce, lo mismo que el denominado La Victoria, de conformidad con los linderos que aparecen en los linderos de la Resolución 609 de diciembre 6 de 1961 y la 0712 de 19 de julio de 1977. El informe de la inspección aparece suscrito por el Coordinador del Grupo de Topografía, Cálculo y Dibujo de la Regional del INCORA en Norte de Santander, y en lo pertinente del mismo se destaca: "...manifiesto que no fue posible ubicar en el terreno el predio 'El Cruce' y que además los datos contenidos en la Resolución número 609 de diciembre 6 de 1961, emanada del Ministerio de Agricultura, División de Recursos Naturales, no son suficientes para establecer con claridad y precisión la ubicación del mencionado predio.

"En cuanto a la diligencia solicitada para el predio 'La Victoria', se adelantó siguiendo el proceso indicado en la alternativa número 4, dando como resultado la elaboración de un plano, que termina de establecer, que el predio visitado es el mismo de que trata la Resolución 0712, emanada del INCORA, Proyecto Norte de Santander.

"En consecuencia de lo expuesto, *no puedo conceptuar si el predio 'La Victoria' forma parte o no del predio 'El Cruce' dada la circunstancia de que no fue posible ubicar en el terreno este último predio"* (Anexo 1, fls. 38 y 39).

E) La realidad probatoria anterior es demostrativa —se reitera— de que dentro del presente proceso no se logró acreditar que el fundo adjudicado a la señora Nelly Esther Castillo de Infante haga parte de las ciento cincuenta hectáreas (150 Has.), aproximadamente, que la demandante, señora Elisa Ribón de Correa adquirió por medio de la escritura número 13 de 22 de febrero de 1962. En la valoración de las distintas circunstancias del caso, no se puede olvidar que el señor Emilio Bustos Contreras era dueño de 217 hectáreas que le fueron adjudicadas por el Ministerio de Agricultura División de Recursos Naturales. Esto explica que no obstante haberle vendido la citada cabida a la demandante de hoy, todavía le quedaban sesenta y siete hectáreas (67 Has.), área casi igual a la que fue adjudicada por medio de la Resolución número 0712 de 19 de julio de 1977 a la señora de Infante. Y que no se predique que el predio que fue reivindicado por la señora Elisa Ribón de Correa fue el de las doscientas diecisiete hectáreas (217 Has.), pues el Juzgado Civil del Circuito de Aguachica, en su sentencia de dieciséis (16) de noviembre de mil novecientos setenta y cuatro (1974), confirmada por el *ad quem* el doce (12) de diciembre de mil novecientos setenta y cinco (1975), bajo el rubro *"cosa singular reivindicable"*, hace las siguientes consideraciones:

"Este segundo elemento axiológico es de riguroso examen, ya que, lo dice la Corte Suprema de Justicia 'la singularidad de la cosa es una forma de circunscribir el campo de la acción reivindicatoria' y, por la acción reivindicatoria tiende a recuperar de manera directa la cosa sobre la cual recae el derecho singular. Por ello en el caso *sub lite* el predio El Cruce o La Victoria es determinado por sus linderos, en forma singular como quedó establecido en la diligencia de inspección judicial y en el dictamen de los peritos, *al ser individualizado el predio El Cruce o La Victoria éste quedó determinado por los linderos generales dados en la respectiva escritura de venta y no en los linderos generales del título de adjudicación, por cuanto Emilio Bustos vendió a Elisa Ribón de Correa una parte del predio El Cruce con linderos determinados y no haciendo referencia a linderos técnicos..."* (Cuaderno número 2, fl. 58).

Así las cosas, brilla por su ausencia la prueba orientada a acreditar que la que valoró el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, cuando hizo la adjudicación a que se hace referencia en la Resolución número 0712 de 19 de julio de 1977, fuera inexacta o falsa. Ello explica que las pretensiones de la parte demandante estén llamadas a prosperar, con fundamento en el segundo cargo que se sustenta en la demanda, con la referencia, *"irregularidad en el trámite para la revocación"*. De la literatura que allí aparece, la Sala hace suya, la

siguiente conclusión: "Si el Instituto no pudo desvirtuar la veracidad de las pruebas que sirvieron de base a la adjudicación, como en efecto sucedió, no procedía entonces la revocatoria de la adjudicación del predio La Victoria a la señora Nelly Esther Castillo de Infante. La revocación sólo es procedente cuando se cumplen los requisitos establecidos en las disposiciones precitadas..."

El Consejo de Estado reiteradamente ha predicado que es clara la competencia del INCORA para revisar el acervo probatorio que tuvo en cuenta para hacer la adjudicación, pero que esa facultad exige, a su turno, que ella se ejercite dentro de los dos años siguientes al acto adjudicatario y que se *demuestre que dentro del proceso administrativo correspondiente se registraron inexactitudes o falsedades*. En tal sentido puede consultarse la sentencia de diez de mayo de mil novecientos ochenta y cuatro, expediente número 3956, actor Rodolfo Pérez Zambrano, Consejero ponente doctor Jorge Valencia Arango.

F) En la interpretación de la conducta procesal de las partes la Sala destaca que no obstante que la señora Elisa Ribón de Correa fue notificada de la demanda con que se inició este proceso (Cuaderno 1, fl. 119), no se hizo representar dentro del mismo, lo que habría sido de interés para el mejor acopio de pruebas y el manejo de la perspectiva jurídica desde la cual ella ha visto el caso. Esa conducta desganada se reflejó también dentro de la actuación administrativa orientada a obtener la revisión, como se desprende de la constancia que los funcionarios del INCORA dejaron en el acta de inspección ocular que se hizo el día veinticinco (25) de enero de mil novecientos ochenta y tres (1983), en la cual se lee:

"...se deja constancia que durante el transcurso de la misma no se presentó en ningún momento el doctor...representante legal de la señora Elisa Ribón de Correa. Este doctor solicitó que fuera recogido a las siete de la mañana del día 25 de enero de 1983, frente a la Alcaldía de Aguachica por lo cual se hizo lo correspondiente y *además se le esperó una hora sin haberse hecho presente*".

La anterior conducta procesal resulta incomprensible, para el sentenciador, máxime cuando ella puso de presente, en el escrito que obra al folio 116 del cuaderno número 1, su sorpresa por la demanda, que la llevó a predicar: "...aún no salgo del asombro frente al hecho de que una persona como doña Nelly Esther Castillo de Infante no sólo sabe y conoce que su acción es de mala fe, sino que aún así oculta mi dirección en la que puedo ser notificada y enterada. No faltaba más que haya actuado de mala fe al hacerse adjudicar un predio que no es baldío ni lo fue para el momento en que solicitó la adjudicación, sino que ahora pretende continuar con algo que bien sabe no le pertenece". Olvidó quien así razona, que la buena fe se presume y que quien afirma lo contrario debe probar los hechos para que el fallador tenga la cabal comprensión del alcance del ataque o de la defensa. Por ello el profesor Carlos Martínez Silva enseñaba:

"Un principio de justicia y de seguridad social exige a la vez que le pretende introducir alguna invocación sea quien demuestre que su aserción es fundada. En todas las legislaciones del mundo el acreedor debe demostrar la obligación de su pretensión.

"Lo contrario sería introducir la desconfianza en todas las relaciones sociales y entregar a los azares de la inseguridad los más preciosos derechos.

"Estas dos verdades se expresan por una fórmula más generosa, diciendo que toca al demandante presentar la prueba de su aserto; pero que, si una vez presentada, la otra parte alega a su turno una excepción cualquiera, corresponde a ésta dar las pruebas de esa excepción, y así indefinidamente. En una palabra, cualquiera que alegue un hecho nuevo, contrario a la posición adquirida por el adversario, debe establecer la verdad de ese hecho" (Tratado de Pruebas Judiciales. Imprenta Nacional 1935, Tomo V, pág. 15).

La filosofía probatoria anterior es de recibo en el proceso de revisión, debiéndose precisar únicamente que, dentro del mismo, la carga de la prueba, orientada a demostrar que la que valoró el Instituto para hacer la adjudicación, es inexacta o falsa, corresponde a éste, o a la persona interesada en obtener la revocatoria de la resolución de adjudicación.

G) Finalmente, la Sala observa al *a quo* que su fallo carece de motivación, pues la transcripción del concepto fiscal, por bueno que sea éste, no permite afirmar que, transitando por ese sendero, se le da cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 163 de la Constitución Nacional. La sentencia debe ser congruente con la demanda y con las demás pretensiones deducidas oportunamente dentro del proceso. Por ello se impone que el sentenciador, al desatar la *litis*, se pronuncie sobre todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate. Si éstos son varios, se debe hacer el respectivo pronunciamiento respecto de cada uno de ellos. Por ello enseña Eduardo J. Couture:

"La motivación del fallo constituye un deber administrativo del Magistrado. La ley se lo impone como una manera de fiscalizar su actividad intelectual frente al caso, a los efectos de poderse comprobar que su decisión es un acto reflexivo, emanado de un estudio de las circunstancias particulares, y no un acto discrecional de su voluntad autoritaria.

"Una sentencia sin motivación priva a las partes del más elemental de sus poderes de fiscalización sobre los procesos reflexivos del Magistrado. La jurisprudencia ha llegado hasta invalidar una sentencia extranjera carente de motivación" (Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Tercera Edición, Editorial Depalma, pág. 286).

En esta materia no puede olvidarse que el artículo 163 de la Constitución Nacional dispone que las sentencias deben motivarse. Allí se lee:

> "La sentencia analizará los hechos de la controversia, las pruebas en su conjunto, las normas jurídicas pertinentes y los argumentos de las partes, y con base en tal análisis resolverá las peticiones, en forma que no quede cuestión pendiente entre las partes y por los mismos hechos".

A su turno, el artículo 170 del Código Contencioso Administrativo, preceptúa:

> "La sentencia analizará los hechos de la controversia, las pruebas en su conjunto, las normas jurídicas pertinentes y los argumentos de las partes, y con base en tal análisis resolverá las peticiones, en forma que no quede cuestión pendiente entre las partes y por los mismos hechos.
>
> "Para el solo efecto de atender las peticiones previstas en los artículos 85 a 88, podrán estatuirse en las sentencias disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas o no expedidas, y modificar o reformar aquellas".

Todo lo que no sea cumplimiento de la normatividad anterior, es síntoma de pereza intelectual y laboral que produce como resultado nefasto, el desprestigio y censura para la administración de justicia.

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:

1º *Revócase* la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Departamento Norte de Santander el día siete (7) de septiembre de mil novecientos ochenta y siete (1987), dentro del expediente número 5134 ante el *a quo* y 5255 ante el *ad quem*, por las razones precisadas en los considerandos de este proveído, y, en su lugar *resuelve:*

A) *Declárase* la nulidad de la Resolución número 05913 de 1º de diciembre de mil novecientos ochenta y tres (1983), proferida por el Gerente General del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria —INCORA—, por medio de la cual revocó la Resolución número 0712 de diecinueve (19) de julio de mil novecientos setenta y siete (1977), emanada de la Gerencia Regional del Proyecto Norte de Santander, mediante la cual se adjudicó a la señora Nelly Esther Castillo de Infante, el inmueble denominado La Victoria, ubicado en el Municipio de Río de Oro, Departamento del Cesar, y se ordenó inscribir la

providencia en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del Círculo correspondiente;

B) Como consecuencia de la declaratoria anterior, se define que queda vigente la Resolución número 0712 de diecinueve (19) de julio de mil novecientos setenta y siete (1977), proferida por el Gerente Regional del Proyecto Norte de Santander del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria —INCORA—, por medio de la cual se adjudicó a la señora Nelly Esther Castillo de Infante, el predio denominado La Victoria, ubicado en el Municipio de Río de Oro, Departamento del Cesar;

C) Comuníquese el alcance de este fallo a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del Círculo de Río de Oro, Departamento del Cesar, para todos los efectos de ley.

2º Ejecutoriada la presente sentencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las desanotaciones de rigor.

Cópiese, notifíquese, publíquese, comuníquese y cúmplase.

Gustavo de Greiff Restrepo, Presidente de la Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Antonio José de Irisarri Restrepo*, Ausente con excusa; *Julio César Uribe Acosta.*

Arturo Mora Vilate, Secretario.

DEMANDA. Ineptitud. COPIA DEL ACTO.

Si la copia del acto acusado no se presentó con la demanda o se presentó deficiente o irregularmente, no puede subsanarse el error en el curso del juicio, ya que el auto admisorio de la demanda no vincula al fallador y por consiguiente no lo inhibe para que al tiempo de decidir la instancia examine detenidamente si se han cumplido rigurosamente las exigencias del artículo 139 del Código Contencioso Administrativo para poder proferir sentencia de mérito.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., veintiséis de junio de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Samuel Buitrago Hurtado.*

Referencia: Expediente número 947. Autoridades nacionales.

Actor: Juan Manuel Arboleda Perdomo.

En ejercicio de la acción contemplada por el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, el doctor Juan Manuel Arboleda Perdomo demandó la nulidad del "acto administrativo de fecha diciembre 21 de 1987, que señala 'el procedimiento para la venta de vehículos importados por los funcionarios diplomáticos, consulares, administrativos de organismos internacionales y de asistencia técnica acreditados ante el Gobierno de Colombia' ", acto proferido por el Subdirector Técnico, la Jefe de la División Legal de la Dirección General de Aduanas y por el Jefe de la División de Valorización de la misma dependencia, así como el Subdirector de Protocolo del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Se dice en los hechos de la demanda que el 21 de diciembre de 1987 se adoptó mediante un acta el procedimiento para la autorización de venta de los vehículos importados por funcionarios diplomáticos y consulares y administrativos de organismos internacionales y de asistencia técnica acreditados ante el Gobierno de Colombia. Que tal acto administrativo contiene una reglamentación o modificación del Decreto 3135 de 1956 y que señala un procedimiento no contemplado en la ley, ni en los reglamentos, lo que lo hace inconstitucional, además de haber sido proferido por funcionarios que no tienen ni tenían la competencia funcional para ello.

Como disposiciones violadas dándose el concepto de la violación de algunas de ellas, se indicaron en la demanda los artículos 1º, 31 a 40 del Decreto legislativo 3135 de 1956; artículo 120, numeral 3º de la Constitución Nacional.

La demanda se admitió por medio de auto de 8 de julio de 1988. En dicho proveído igualmente se estudió y negó la suspensión provisional que de modo expreso se había solicitado en el escrito demandatorio.

Los señores Ministros de Relaciones Exteriores y de Hacienda y Crédito Público se constituyeron como partes en el proceso por conducto de apoderados judiciales y pidieron al Consejo no acceder a las pretensiones del demandante.

Al darse los traslados para alegar solamente el señor apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público hizo uso de tal derecho, solicitando se declare que el acto acusado está conforme con el ordenamiento legal y que, consecuencialmente, no debe accederse a lo pedido por el actor.

El señor Agente del Ministerio Público a su turno, al emitir su concepto de fondo expresa que doctrinaria y jurisprudencialmente no todos los actos administrativos son susceptibles de ser controvertidos ante esta jurisdicción; que el acta que se impugna en el presente negocio "se limita a hacer una relación escrita de lo que se trató en una reunión donde asistieron funcionarios de la Dirección General de Aduanas y el Subdirector de Protocolo del Ministerio de Relaciones Exteriores y, por ende, no configura un verdadero acto administrativo de los que puedan ser impugnados ante la justicia contencioso administrativa". Si los funcionarios de la administración, dice, estaban realmente interesados en hacer conocer y poner en práctica un procedimiento especial para la autorización de venta de vehículos importados por los funcionarios diplomáticos y consulares, esa voluntad ha debido cristalizarse y hacerse realidad por medio de una resolución, un decreto o una circular, esto es, mediante un verdadero acto administrativo que pudiera tener los efectos jurídicos y no quedarse plasmado en una simple "acta".

Para resolver, la Sala considera:

Sea lo primero observar en relación con el criterio del señor Fiscal en el sentido de que el acto acusado no reviste las características de un acto administrativo susceptible de acusación ante esta jurisdicción, que un acta en sí misma considerada no es un acto administrativo sino apenas un relato de lo acontecido en las sesiones de las corporaciones y por tanto, ciertamente que no son demandables. Pero sí son demandables las decisiones adoptadas por dichas entidades y de las cuales se encuentra constancia en el acta; y más aún, cuando como en el caso de autos en el acta solamente consta la adop-

ción de un procedimiento para la venta de vehículos importados por los funcionarios diplomáticos y consulares y administrativos de organismos internacionales y de asistencia técnica acreditados ante el Gobierno de Colombia.

Y sería el caso de referirse a los planteamientos de las partes en el proceso, si no apreciara la Sala un hecho que configura una excepción de fondo, que a términos del artículo 164 del Código Contencioso Administrativo, inciso segundo, debe decidirse en la sentencia definitiva.

En efecto, tanto la doctrina como la jurisprudencia tienen establecido que en dos oportunidades compete y es obligatorio estudiar si se cumplen o no los requisitos o presupuestos procesales de toda demanda: En el momento de admitirse una demanda y en el momento de pronunciarse el fallo de fondo. Por manera que si en la primera se desecha u omite o se incurre en una inexacta apreciación, se puede remediar la omisión o el error en la segunda.

El inciso primero del artículo 139 del Código Contencioso Administrativo dice que "a la demanda deberá acompañar el actor una copia del acto acusado, con las constancias de su publicación, notificación o ejecución, si son del caso..."

La exigencia de la norma transcrita no es una simple formalidad sino un elemento esencial para la prosperidad de la acción y así lo ha dispuesto el legislador y lo ha repetido en forma permanente la jurisprudencia de esta Corporación. Aquél ha estatuido incluso que no se le dará curso a la demanda que carezca de esa formalidad (inciso 1º, art. 143 del C. C. A.), y la jurisprudencia ha fijado los alcances de esas disposiciones hasta el punto de establecer que si la copia del acto acusado no se presentó con la demanda o se presentó deficiente o irregularmente, no puede subsanarse el error en el curso del juicio, ya que el auto admisorio de la demanda no vincula al fallador y por consiguiente no lo inhibe para que al tiempo de decidir la instancia examine detenidamente si se han cumplido rigurosamente las exigencias de la disposición antes citada, para poder proferir sentencia de mérito.

En el caso presente la copia del acto acusado, acta de 21 de diciembre de 1987, carece de las constancias de que habla el artículo 139 del Código Contencioso Administrativo, como claramente puede apreciarse al folio 1 del expediente.

Cuando la ley exige que a la demanda se acompañe copia del acto acusado en las condiciones previstas en el primer inciso del artículo 139 en comento, no se está ni ante un formulismo judicial ni ante un requisito legal intrascendente, como tantas veces lo ha dicho el Consejo de Estado, con el que el demandante pueda o no cumplir, o cumplir del modo que a él le parezca. Se está ciertamente ante preceptos que

regulan la organización del proceso contencioso administrativo cuya observancia continua y rigurosa interesa al bien público.

Fuera de lo anterior, el artículo 253 del Código de Procedimiento Civil prescribe que los documentos se aportarán al proceso originales o en copias de conformidad con lo dispuesto en ese código y que las copias podrán consistir en transcripción o reproducción mecánica del documento, caso en el cual la reproducción deberá ser autenticada por un Notario o un Juez, previo el respectivo cotejo.

El acto acusado en el presente juicio se acompañó en fotocopia que fuera de carecer de las constancias de ley como se ha indicado, tampoco satisfizo las exigencias del artículo 253 citado del Código de Procedimiento Civil.

Lo expuesto anteriormente lleva a la conclusión de la Sala que en el presente asunto al no haberse presentado con la demanda la copia del acto acusado en la forma exigida por la ley, le faltó a éste un presupuesto procesal indispensable, lo que impide un pronunciamiento de mérito por configurarse la excepción de inepta demanda.

Y en razón de lo dicho, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, en desacuerdo 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:

Por ineptitud sustantiva de la demanda se declara *inhibida* para fallar en el fondo del presente asunto.

Cópiese, notifíquese.

La providencia anterior la discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día 22 de junio del presente año.

Luis Antonio Alvarado Pantoja, Samuel Buitrago Hurtado, Guillermo Benavides Melo, Ausente con excusa; *Simón Rodríguez Rodríguez.*

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

INSUBSISTENCIA.

Entre los deberes de los empleados públicos está el de obedecer y respetar a los superiores jerárquicos (art. 6º, Decreto-ley 2400 de 1968) y ciertamente el no atender una orden era razón para que se hiciese uso de la facultad discrecional de libre remoción, como se hizo en el acto acusado.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., veintiocho de junio de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente número 1520. Autoridades nacionales (Reconstrucción - Decreto extraordinario 3825 de 1985).

Actor: Juan Pablo Hernández Jaramillo.

Reconstruido este asunto por auto de fecha diez (10) de julio de mil novecientos ochenta y siete (1987) y cumplidos los demás puntos señalados en él, decide la Sala la acción de plena jurisdicción (de restablecimiento del derecho en la actualidad) presentada por el señor Juan Pablo Hernández Jaramillo, a través de apoderado, en la cual solicitó las siguientes declaraciones y condenas:

"1. Es nula la Resolución número 1210 de julio 28 de 1982, por la cual se ordena una novedad de personal, suscrita por los señores Gustavo Barney López y Guillermo Oyola Herazo, Gerente y Secretario General del Instituto Colombiano Agropecuario, ICA.

"2. El Instituto Colombiano Agropecuario, ICA, como consecuencia de la anterior declaración reintegrará al señor Juan Pablo Hernández J., al cargo de Profesional ATC-9020-15 o a otro de igual o superior categoría, en la Regional de Manizales, y le pagará los salarios, prestaciones, bonificaciones, indemnizaciones y cualquier otra suma de dinero que deje de devengar durante el lapso que medie entre la fecha que fue retirado del servicio y aquella en que se produzca su reintegro.

"3. Que igualmente se declare que para todos los efectos legales, no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios de mi mandante desde la fecha en que fue desvinculado del servicio hasta cuando sea efectivamente reintegrado al mismo.

"4. El Instituto Colombiano Agropecuario, ICA, dará cumplimiento a esta sentencia en el término señalado en el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo" (fls. 1 y 2).

En la narración de los hechos, el libelista sostiene:

"1. El señor Juan Pablo Hernández J., trabajó en el Ministerio de Agricultura como Ingeniero Agrónomo desde el 4 de septiembre de 1963 hasta el 31 de diciembre de 1967.

"2. Al reestructurarse el sector agropecuario, mi mandante pasó del Ministerio de Agricultura al Instituto Colombiano Agropecuario, ICA, desde el 1º de enero de 1968 hasta el 6 de agosto de 1982, fecha a partir de la cual se hizo vigente la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, según la Resolución número 1210 de 28 de julio de 1982.

"3. Durante su permanencia en el Instituto Colombiano Agropecuario, ICA, el doctor Juan Pablo Hernández J., asistió a varios cursos de especialización de post-grado patrocinados por la mencionada entidad.

"4. Debido a su eficiente desempeño y comportamiento en el trabajo, mi mandante fue condecorado con el 'Escudo de Plata', condecoración establecida en el ICA para los funcionarios que se han destacado en el desarrollo de su trabajo profesional.

"5. El señor Juan Pablo Hernández J., era miembro de la Junta Directiva de la Corporación de Empleados del ICA, 'CORVEICA', entidad patrocinada y debidamente autorizada por la institución.

"6. La Junta Directiva de la Corporación de Empleados del ICA, 'CORVEICA', está integrada por cinco miembros: Dos representantes de la Gerencia, dos representantes de los empleados y uno elegido conjuntamente por los representantes de la gerencia y los empleados.

"7. Entre el 8 y el 9 de junio de 1982 se celebró en la ciudad de Bucaramanga la Asamblea Seccional de la Corporación y el señor Juan Pablo Hernández J., fue designado por la Junta Directiva como delegado a dicha Asamblea.

"8. Entre el 5 y el 6 de julio de 1982 el señor Juan Pablo Hernández J., debía asistir a reunión de Junta Directiva en Bogotá, con el propósito de imponer distinciones honoríficas al Gerente de la Corporación y miembros de la Junta Directiva.

"9. Para asistir a los eventos citados, mi mandante con memorando número 227 de junio 3 de 1982 informó a su jefe inmediato, doctor Edulfo Castellanos C., Director del Distrito ICA, Armenia.

"10. El doctor Edulfo Castellanos C., le comunicó con memorando número 234 de junio 3 de 1982 que la autorización para asistir a Bucaramanga y Bogotá, debería tramitarse ante la Gerencia Regional con sede en Manizales.

"11. Como los permisos para asistir a las reuniones de Junta están previamente autorizados por el ICA, mi poderdante se limitó a informar de su asistencia a las reuniones citadas en los puntos 6 y 7 de los anteriores hechos, y por no ser costumbre establecida consideró innecesario tramitar la autorización ante la Gerencia Regional.

"12. El doctor Roberto Ocampo Mejía, Gerente de la Regional número 9 del ICA, con sede en Manizales envía al doctor Rodrigo Artunduaga Salas, Subgerente Administrativo del ICA, Oficinas Nacionales, con sede en Bogotá el memorando número 129 de julio 9 de 1982, en el cual se queja de la conducta del señor Juan Pablo Hernández J., al haber asistido a los eventos mencionados sin permiso de la Subgerencia o de la Gerencia General, ya que desatendió la insinuación de su superior inmediato y se tomó el permiso por cuenta propia.

"13. El doctor Rodrigo Artunduaga Salas con fecha 27 de julio de 1982 envía a Juan Pablo Hernández J., el memorando número 416, mediante el cual le comunica 'al respecto me permito manifestarle que aunque se reconoce la justificación de estos permisos, usted debe contar con la debida aprobación previa de su jefe inmediato, y en su defecto, del señor Gerente Regional'. Con dicha comunicación el doctor Artunduaga Salas le envía a mi mandante copia del memorando suscrito por Roberto Ocampo Mejía, Gerente de la Regional número 9 ICA, con sede en Manizales.

"14. El señor Juan Pablo Hernández J., contesta el memorando número 416 de la Subgerencia Administrativa, en donde expresa las razones por las cuales asistió a las reuniones de Junta siguiendo la costumbre establecida.

"15. Al día siguiente, 28 de julio de 1982 el Gerente General del ICA y su Secretario General, doctores Gustavo

Barney López y Guillermo Oyola Herazo, expiden la Resolución número 1210, mediante la cual declaran insubsistente el nombramiento de mi mandante.

"16. Con memorando número 140, fechado en Manizales el 29 de julio de 1982, el Gerente de la Regional número 9, doctor Roberto Ocampo Mejía, le solicita a Juan Pablo Hernández información sobre sus actividades desarrolladas como agrónomo y además le hace algunas recriminaciones en relación con la cuenta de viáticos, el cumplimiento de la programación, el kilometraje y le pide calificar dichos hechos.

"17. Con memorando número 320 de agosto 4 de 1982, mi mandante Juan Pablo Hernández J., responde al memorando número 140 antes aludido, en el cual explica cada uno de los puntos e informaciones solicitadas.

"18. Con memorando número 301 de 4 de agosto de 1982, la Jefe de Personal de la Regional de Manizales, Ana María Robledo Márquez, comunica al señor Juan Pablo Hernández que mediante Resolución número 1210 de 28 de julio del año en curso se declara insubsistente su nombramiento como Profesional ATC-9020-15.

"19. Con el retiro arbitrario de mi poderdante el servicio se afectó, tanto es así que la 'Asociación Quindiana de Ingenieros Agrónomos, ASOQUINDIA', protestó ante el doctor Gustavo Berney López, Gerente General del ICA, por dicho retiro, en comunicación de agosto 17 de 1982 dirigida al citado funcionario" (fls. de 2 a 4).

Estima así que el acto acusado es violatorio de los artículos 16, 17 y 26 e inciso segundo del artículo 62 de la Constitución; de los artículos 62 a 66 de la Ley 167 de 1941, y de los artículos 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 139, 141, 150, 153 y 154 del Decreto 1950 de 1973, y alegando así mismo que hubo desviación de poder.

En cuanto a la impugnación del apoderado del Instituto Colombiano Agropecuario, se reduce a afirmar:

"1. El doctor Juan Pablo Hernández fue vinculado y así permaneció hasta su retiro del ICA, en un cargo de libre remoción.

"2. El actor no se encontraba amparado por fuero de carrera.

"3. El Gerente del Instituto Colombiano Agropecuario ICA, al disponer la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del demandante hizo uso de su facultad discre-

cional consagrada en los artículos 26 del Decreto extraordinario 2400 de 1968 y 107 del Decreto 1950 de 1973.

"4. El demandante pretende atribuir la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento a la comisión de una presunta falta, lo cual no es cierto.

"Si bien la falta se pudo cometer, ésta fue sancionada mediante el llamado de atención de la Subgerencia Administrativa a que hace mención el libelo.

"5. En el momento de producirse el retiro, no se estaba siguiendo ningún procedimiento disciplinario al actor, es decir, no se le había formulado cargo alguno que estuviera pendiente por contestar.

"Lo dicho significa que no se trata como parece indicarlo el demandante, de una destitución disfrazada; es un acto discrecional de la administración con fundamento en razones del buen servicio.

"6. No ha incurido el ICA en vicios de forma en la expedición del acto ni en abuso o desviación de poder, pues como se anotó, actuó dentro del marco legal y por razones del servicio.

"Con fundamento en lo anotado, solicito al honorable Magistrado sustanciador denegar las pretensiones de la demanda" (fls. 32 a 33).

Por último, como remate a estos prolegómenos, transcríbase la parte conceptual de la vista emitida por la señora Fiscal Quinta de la Corporación, que a la letra dice:

"La administración tiene la facultad de remover por razones del buen servicio a los empleados, que como el demandante, carecen de garantías de estabilidad.

"Sin embargo, tal facultad debe ser ejercida sólo con miras a lograr la finalidad buscada por el legislador.

"En el caso de autos se afirma que el señor Juan Pablo Hernández Jaramillo informó mediante el memorando número 227 de 3 de junio de 1982 a su jefe inmediato, Director del Distrito ICA de Armenia, que debía asistir en calidad de delegado de la Asamblea de CORVEICA a realizarse en la ciudad de Bucaramanga los días 8 y 9 de junio de 1982, y a la reunión de Junta Directiva en Bogotá los días 5 y 6 de julio del mismo año.

"Según se afirma en la demanda, pues no obra prueba en este expediente reconstruido, mediante memorando número 234 de 3 de junio de 1982 el jefe inmediato del actor le comunicó que la autorización para asistir a las reuniones de CORVEICA debía solicitarla ante la Gerencia Regional del ICA con sede en Manizales.

"Como el señor Hernández Jaramillo no acató la orden contenida en el citado memorando número 234 y asistió a los eventos organizados por CORVEICA, se produjeron los memorandos números 129 de 9 de julio de 1982 y número 416 de 27 de julio de 1982 el primero informando al Subgerente Administrativo del ICA la situación, y el segundo enviado al demandante, quien procedió a contestarlo explicando las razones por las cuales asistió a las reuniones de la Corporación de empleados del ICA.

"A juicio de este Despacho es indudable que el señor Gerente del Instituto Colombiano Agropecuario resolvió hacer uso de la facultad de libre nombramiento y remoción, a raíz de la asistencia del señor Hernández Jaramillo a la reunión mencionada.

"De las declaraciones que obran a folios 10-16 se infiere que la causa de la declaratoria de insubsistencia del actor no fue el no haber solicitado en la forma indicada por el doctor Edulfo Castellanos el permiso para ausentarse de su sede de trabajo.

"Así las cosas, no cabe duda ninguna que la remoción del demandante de su cargo no obedeció a razones del buen servicio. La asistencia a dicha reunión no era perjudicial para la entidad, sino todo lo contrario y jamás se habían exigido trámites especiales.

"La falta de permiso vino a convertirse entonces en un simple pretexto para la desvinculación del actor, pretexto que no ameritaba tal medida, si además se tiene en cuenta la conducta y la eficiencia del señor Hernández Jaramillo en el desempeño de su cargo, y los altos puntajes obtenidos en las evaluaciones de personal del ICA, según certificaciones que obran a folios 120, 122, 125, 141 y 150 del cuaderno de pruebas.

"Es preciso concluir que el acto mediante el cual se declaró la insubsistencia fue proferido con desviación de poder.

"Por lo expuesto, esta Agencia del Ministerio Público se permite conceptuar solicitando se acceda a las pretensiones del actor" (fls. 52 a 53).

Para resolver, se considera:

Uno de los carácteres del acto administrativo es la presunción de legalidad, llamada también "de validez", "de justicia" y "de legitimidad", en virtud de la cual significa que la actividad administrativa ha sido emitida conforme a derecho, respondiendo a todas las prescripciones legales correspondientes y que se han respetado las normas que regulan la producción de esa actividad de la administración; "legalidad" es sinónimo de perfección del acto, de regularidad, presunción *iuris tantum*, que se inspira en motivos de conveniencia pública, en razones de orden formal y material que la doctrina y la legislación aseguran para la ejecutoriedad y la estabilidad de esa manifestación de voluntad estadual que es el acto administrativo.

Sin embargo, dicha presunción, que es garantía establecida en favor de la administración, puede ser destruida a través de pruebas y de demostraciones silogísticas con base en las mismas, las que cobran mayor relieve en los actos denominados "discrecionales", es decir, en aquellos en que, para su dictación, dispónese de un amplio margen para apreciar libremente la oportunidad, la conveniencia de la decisión a tomar, la que, obviamente, no puede ser arbitraria, sino situarse dentro de ciertos límites, puesto que el poder discrecional ha de entenderse siempre en atención al interés o conveniencia públicos. De esta suerte, si llega a probarse o a demostrarse en sede jurisdiccional que el acto administrativo rebasó esas limitaciones que lo rodean, el acto, dentro del contexto del "control de la legalidad" —razón de ser de la jurisdicción contenciosa administrativa—, será declarado nulo, y, si es del caso, se restablecerá el derecho conculcado si lo hubiere.

En cuanto a la desviación de poder, causal de nulidad que se alega en la demanda *sub lite*, ha de explicarse, como lo ha hecho innúmeras veces la Sala, que se incurre en este vicio que hace anulable el acto, cuando una decisión ha sido tomada en vista de otro fin a aquel por el cual se otorgó la facultad discrecional, o sea, como se vio, a los motivos del interés o de la conveniencia públicos; en otras palabras, en ese evento el acto será ilegal en razón de su fin.

Ahora bien, en el caso que se analiza, de la ocurrencia o convergencia de las pruebas arriba enumeradas se llega a la conclusión de que el Gerente del Instituto Colombiano Agropecuario resolvió hacer uso de su facultad de libre nombramiento y remoción, sin motivar explícitamente la providencia; así mismo, que el acto que tal cosa decidió tuvo como antecedente el hecho de que el señor Hernández Jaramillo se ausentó de su sede de trabajo sin contar con el permiso de quien debía concedérselo, no obstante que el Director del ICA en Armenia se lo insinuase y que, pese a ello, no lo hizo.

Entre los deberes de los empleados públicos está el de obedecer y respetar a los superiores jerárquicos (art. 6º, Decreto-ley 2400 de 1968) y ciertamente, al no atender el actor la orden del Director de

Armenia de que se dirigiera al Director Regional con sede en Manizales para que le concediese el permiso, faltó a ese deber, tanto que, no contento con eso, viajó a la ciudad de Bucaramanga a atender la cita de la reunión de CORVEICA; razón para que se hiciese uso de la facultad discrecional de libre remoción, como se hizo en el acto acusado.

De allí que la Sala no comparta la apreciación de la Fiscalía de que hubo desviación de poder porque "la falta de permiso vino a convertirse en un simple pretexto para la desvinculación del actor pretexto que no ameritaba tal medida si además se tiene en cuenta la conducta y la eficiencia del señor Hernández Jaramillo en el desempeño de su cargo, y los altos puntajes obtenidos en las evaluaciones de personal del ICA..." Para la Sala, si hubo tolerancia u otro procedimiento en anteriores ausencias sin el correspondiente permiso, ello no borra la obligación del empleado de pedir permiso en la forma que se establezca en el régimen interno del establecimiento o de la entidad oficial de que se trate, porque ello sería contrario al buen servicio rectamente entendido.

De allí que se concluya que no hubo desviación de poder y que, en consecuencia, se imponga la denegatoria de las peticiones de la parte actora.

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 23 de junio de 1989.

Alvaro Lecompte Luna, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Ausente; *Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Díaz Granados,* Conjuez.

Miguel A. Perilla P., Secretario Sección II.

TITULO II

ORDEN METROPOLITANO

CAPITULO UNICO

ACTOS DE AUTORIDADES METROPOLITANAS

ACTO ADMINISTRATIVO. Determinación. ACTO DE TRAMITE. CONTRIBUCION DE VALORIZACION.

Si bien es cierto que con el acto administrativo, que se ha denominado el "acto de decretación de la obra", se da comienzo a una serie de trámites que se deben cumplir para llegar finalmente al cobro de la contribución de valorización, no lo es menos, que la "decretación de la obra" es un verdadero acto administrativo que contiene una decisión de autoridad y que produce unos efectos jurídicos de carácter general, como lo son el ordenar la ejecución de una obra, la cual se financiará por el sistema de la contribución de valorización y definir la zona de citación. Por ello, aunque dicho acto desencadena un procedimiento que necesariamente debe cumplir la administración, para culminar con las liquidaciones individuales, no puede calificarse como un acto de mero trámite, de aquellos que simplemente impulsan un procedimiento, sin producir por sí mismos ningún otro efecto jurídico.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., diecisiete de marzo de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejera ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación 1980. Apelación auto de octubre 9 de 1987, proferido por el Tribunal de Antioquia, en juicio de nulidad de la Resolución 232 de junio 21 de 1985 expedida por el Instituto Metropolitano de Valorización de Medellín.

Actor: Carlos Jaramillo Zuluaga.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el actor Carlos Jaramillo Zuluaga, contra el auto proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia, por medio del cual se inadmitió la demanda presentada en ejercicio de la acción de nulidad contra la Resolución número 232 de 21 de junio de 1985 expedida por la Junta Directiva del Instituto Metropolitano de Valorización de Medellín INVAL.

Antecedentes:

En ejercicio de la acción de nulidad, el doctor Carlos Jaramillo Zuluaga presentó ante el Tribunal Administrativo de Antioquia demanda contra la Resolución 232 de 21 de junio de 1985 proferida por la Junta Directiva del Instituto Metropolitano de Medellín INVAL, mediante la cual, dicha entidad decretó por el sistema de la contribución de valorización la obra número 362, adoptó la correspondiente zona de citación, precisó que los propietarios de los inmuebles comprendidos en dicha zona tenían derecho a elegir 3 representantes principales, con sus respectivos suplentes y que dichos representantes percibirían una remuneración de $ 150.00 por cada reunión a la que asistan.

En el libelo demandatorio, el actor solicitó la suspensión provisional de la citada resolución.

El auto apelado:

Mediante la providencia recurrida el Tribunal Administrativo de Antioquia inadmitió la anterior demanda por considerar que el acto demandado es un acto de trámite, toda vez que de conformidad con los artículos 6º y siguientes del Acuerdo número 6 de 1986, del Concejo Municipal de Medellín el acto de *decretación* está encaminado a impulsar la ejecución de las obras.

Y es el mismo acuerdo el que regula las etapas posteriores de distribución, determinación del presupuesto de la obra, de métodos de distribución, de fijación de plazos y formas de pago, para concluir con el acto administrativo mediante el cual se distribuye la contribución.

El *a quo*, cita el artículo 84, inciso 4º del Decreto 01 de 1984 e invoca el auto de 19 de septiembre de 1986, de esta Sala (Expediente 0471, actor Carlos Jaramillo Zuluaga, Consejero ponente doctor Hernán Guillermo Aldana Duque), el cual transcribe textualmente en el aparte que dice:

"La decisión acusada es, desde luego, un acto preparatorio de la operación de ejecución de obras públicas y el acto eventualmente perjudicial para los particulares se concretará en la liquidación del monto de la contribución de valorización, acto contra el cual, aún supuesto que fuera inconstitucional o ilegal, serían procedentes los recursos y acciones consagrados en la ley", folio 171.

Y transcribe también una providencia de 30 de agosto de 1985, de la Sección Primera del Consejo de Estado en la que con ponencia del doctor Miguel Betancourt Rey se dijo:

"Además, debe tenerse en cuenta que por lo general la acción de nulidad prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Adminis-

trativo procede contra los actos de carácter definitivo, y sólo en forma excepcional contra los preparatorios o de trámite "cuando se dirijan a producir un acto definitivo inconstitucional o ilegal que no sería susceptible de ningún recurso".

Y concluye el *a quo*:

"La resolución impugnada inicia el trámite de un proceso, que ha de concluir con el acto administrativo mediante el cual se distribuye la contribución de valorización para cada uno de los inmuebles beneficiados con la obra, acto susceptible de recurso de reposición por la vía gubernativa (art. 61 del Acuerdo). Además, el acto complejo de liquidación de la contribución es demandable en acción de restablecimiento del derecho (art. 85 del Decreto 01 de 1984):

"No se da, entonces, el caso de excepción previsto en el artículo 153 del Decreto 01 de 1984, por lo que no procede la admisión de la demanda".

El recurso interpuesto:

El actor interpuso el recurso de apelación contra el auto anterior y lo sustentó, en síntesis en lo siguiente:

1. El Tribunal Administrativo de Antioquia, en el auto recurrido, se refiere a un acto diferente del que se demanda, pues menciona el acto de *"distribución y liquidación"* de la contribución de valorización, mientras que la Resolución 232 de 21 de junio proferida por la Junta Directiva del Instituto Metropolitano de Valorización de Medellín, INVAL, es un acto de *"decretación"* de la obra número 362 y mientras este último "...es un acto de carácter general, la distribución de una contribución es un acto de carácter subjetivo".

2. Contra la resolución aquí demandada, no procede el recurso de reposición porque es de carácter general, para ser demandado no requiere previo agotamiento de la vía gubernativa, en su texto no se precisa la procedencia de los recursos de reposición y/o apelación.

Respalda este argumento en el artículo 49 del Decreto 01 de 1984 y en la providencia de 19 de septiembre de 1986, de esta Sala, ya citada.

Luego de una cita doctrinaria, anota que la Resolución aquí demandada no fue publicada, lo cual impide que se puede ejercer oportunamente los recursos según el primer inciso del artículo 51, el ordinal primero del artículo 52 y el artículo 53 del Decreto 01 de 1984.

3. Siendo un acto de carácter general el que decreta la ejecución de una obra, no es demandable a través de la acción de restablecimiento del derecho, tal como lo dijo el Consejo citado en la ya nombrada providencia de 19 de septiembre de 1986.

4. El contenido de un acto de decretación de una obra es diferente del de un acto de distribución y liquidación de la contribución de valorización por cuanto, mientras el primero contiene "la orden de ejecución de obras", el segundo precisa la obligación fiscal a cargo de una determinada persona. Y por ello el acto de "decretación" sólo es impugnable por medio de la acción de nulidad, ya que "...Los recursos y acciones subjetivas de restablecimiento del derecho que los eventuales afectados pueden ejercer contra las contribuciones a ellos impuesta, sólo trae (sic) como resultado la nulidad de estas determinadas contribuciones, y no la nulidad del acto administrativo que ORDENA LA EJECUCION DE OBRAS" (Las mayúsculas son del texto transcrito).

5. Trae finalmente varias citas doctrinarias y jurisprudenciales.

Consideraciones de la Sala:

El punto a dilucidar para resolver el presente recurso de apelación es *la naturaleza del acto demandado.*

Se trata de la Resolución número 232 de 21 de junio de 1985 proferida por la Junta Directiva del Instituto Metropolitano de Valorización de Medellín INVAL.

Dicha resolución "por medio de la cual se decreta por el sistema de la contribución de valorización la obra 362", en su artículo primero decreta y describe la citada obra 362, en su artículo 2º adopta la "zona de citación", y en los dos restantes reconoce el derecho de los propietarios a elegir sus representantes y precisa su remuneración por reunión.

De acuerdo con dicho contenido, es claro que la resolución cuestionada es *un acto administrativo de carácter general,* contentivo de una decisión de la administración relacionada con un conjunto de personas determinable, pero cuyos efectos jurídicos en sí mismos no vinculan en particular y de manera concreta a ninguna de ella y por ello contra dicha decisión administrativa no es posible alegar el desconocimiento de un derecho subjetivo o un perjuicio específico, a través de la acción de restablecimiento del derecho, tal como lo dijo esta Sala en el auto de 19 de septiembre de 1986, expediente 0471, citado por el recurrente.

De conformidad con las normas que regulan el sistema de la contribución de valorización y establecen el procedimiento que debe seguirse para aplicarlo, es necesario que la autoridad competente tome la decisión que estará contenida en el acto general que decreta la obra y autoriza aplicar el sistema de contribución de valorización para financiar la construcción de la misma, delimitando a su vez, el área que resultará afectada. Posteriormente, se cumplen las etapas de dis-

tribución y liquidación de la contribución que corresponde a cada predio localizado dentro del área de influencia.

Si bien es cierto, que con ese acto administrativo, que se ha denominado el "acto de decretación de la obra", se da comienzo a una serie de trámites que se deben cumplir para llegar finalmente al cobro de la contribución de valorización, no lo es menos, que la "decretación de la obra", es un verdadero acto administrativo que contiene una decisión de autoridad y que produce unos efectos jurídicos de carácter general, como lo son el ordenar la ejecución de una obra, la cual se financiará por el sistema de la contribución de valorización y definir la zona de citación.

Por ello, aunque dicho acto desencadena un procedimiento que necesariamente debe cumplir la administración, para culminar con las liquidaciones individuales, no puede calificarse como un acto de mero trámite, de aquellos que simplemente impulsan un procedimiento, sin producir por sí mismos ningún otro efecto jurídico.

No, el acto que decreta la ejecución de una obra por el sistema de contribución de valorización y define la zona de citación como el demandado, contiene la decisión de la administración de realizar una obra con una determinada financiación y éste es el primer efecto jurídico que produce y además, establece la regulación a nivel general al definir el área de influencia.

Así las cosas, no puede afirmarse que se trata de un acto administrativo de mero trámite.

Es que la clasificación de los actos administrativos en actos definitivos y actos de trámite ha sido propuesta para precisar cuáles son demandables y cuáles no, pero desde el punto de vista jurídico, con relación a la naturaleza misma del acto administrativo, lo esencial es que la decisión administrativa produzca efectos jurídicos propios ya sean de carácter general o particular, para que como actividad administrativa sean objeto del control jurisdiccional.

Es bien diferente una actuación administrativa que ordena la ejecución de una obra, establece el mecanismo de su financiación y delimita su área de influencia, de lo que verdaderamente puede calificarse como un acto de trámite que ordene un traslado o decrete una prueba, actuación que en sí misma no produce ningún efecto jurídico, ya que sólo impulsa el trámite que culminará con una actuación, ésta con efectos jurídicos propios.

Y es que inclusive la terminología que se ha utilizado de actos definitivos por oposición con actos de trámite es inadecuada, porque lo opuesto a definitivo es provisional, mientras que el antónimo de trámite es final.

A juicio de la Sala la interpretación que debe darse al artículo 84 del Decreto 01 de 1984 cuando establece que los actos de trámite no son demandables sino en determinados casos de excepción, cuando ponen fin a la actuación administrativa, debe limitarse a aquellos actos que *no* producen efectos jurídicos propios y que se limitan a impulsar un procedimiento.

Pero no es posible aceptar que un acto administrativo que produce sus propios efectos jurídicos, por el solo hecho de que forma parte de un procedimiento preestablecido, no esté sometido al control jurisdiccional, cuando el Decreto 01 de 1984 en su artículo 83 prevé que *toda* la actividad administrativa es objeto de control por parte de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

De acuerdo con lo anterior la Sala considera que el acto acusado sí es demandable ante esta jurisdicción y por ello debe revocarse el auto apelado.

En cuanto a la solicitud de suspensión provisional de los efectos jurídicos del acto demandado, es ésta una petición hecha en la demanda, respecto de la cual no hubo pronunciamiento en la primera instancia y por lo tanto no es objeto del presente recurso. Considera la Sala que debe ser resuelta por el Tribunal, para que el actor quede protegido por el principio de las dos instancias.

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 apelado.

Admítese la demanda.

Devuélvase al Tribunal para que resuelva sobre la suspensión provisional, y continúe el trámite.

Cópiese, publíquese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Carmelo Martínez Conn, Ausente; *Jaime Abella Zárate, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

JUNTA METROPOLITANA. Facultades. REGLAMENTO DE POLICIA.

Podía la Junta Metropolitana de Bucaramanga expedir un estatuto que dispone y organiza el uso de los suelos urbanos, como cuando ordena que las salas de velación deben instalarse en zonas comerciales, de cierta extensión y a una distancia determinada de clínicas, hospitales, centros de salud, etc. El Acuerdo Metropolitano demandado no es violatorio de ninguna norma superior puesto que se fundamenta en el Decreto 3104 de 1979 proferido por el Presidente de la República en uso de las facultades que sobre tales materias (Areas Metropolitanas - Orgánica del Desarrollo Urbano) le otorgó la Ley 61 de 1978.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., dos de mayo de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Simón Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Proceso número 883.

Demandante: Alfonso Gómez Castaño.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia de 25 de febrero de 1988, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Santander, dentro del proceso originado en ejercicio de la acción pública que consagra el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, denegó "la solicitud de nulidad del Acuerdo número 022 expedido el 19 de mayo de 1983 por la Junta Directiva del Area Metropolitana de Bucaramanga", por la cual se reglamentan las salas de velación, y cuyos considerandos son los siguientes:

"1. Teniendo en cuenta que en el Acuerdo número 003 de julio 30 de 1982 no existe norma alguna que reglamente las salas de velación.

"2. Que sólo se encuentran ubicados dentro de la clasificación general de comercio como perteneciente al Grupo 3.

"3. Que como tal están permitidas en una sola zona muy limitada de la ciudad.

"4. Que es un servicio que se presta a la ciudadanía y por lo tanto su ubicación puede darse en otras zonas siempre y cuando cumplan con el lleno de requisitos que neutralizen (sic) los impactos urbano y ambiental característicos de este uso".

Hechos:

La entidad de derecho público denominada "Area Metropolitana de Bucaramanga", en uso de "las atribuciones legales que le confiere el Decreto-ley número 3104 de 1979 y en especial la consagrada en el artículo 5º de la Ordenanza número 20 expedida en 1982", expidió el acuerdo anteriormente mencionado por medio del cual reglamentó la actividad comercial de los establecimientos denominados "salas de velación".

Dice el demandante que la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia de 14 de agosto de 1979, declaró inexequibles los artículos 4º, 5º, 6º, 7º y 10 inciso b) de la Ley 61 de 1978 o Ley Orgánica del Desarrollo Urbano. No obstante, el Presidente de la República, cuatro meses después, utilizando el artículo 9º de esta misma ley, que lo revestía de precisas facultades extraordinarias por el término de un año para que diera cumplida ejecución a los "mandatos concretados en los artículos anteriores" (es decir del 1 al 8), profirió el Decreto 3104 de 14 de diciembre de 1979 sobre organización y funcionamiento de Areas Metropolitanas. Así las cosas, continúa manifestando el demandante, no cabe la menor duda de que si sobre este decreto se apoya el acto acusado o Acuerdo número 022 de 1983, y la sentencia de la Corte "dio al traste con las normas sustanciales, vertebrales, sobre las cuales debían girar las facultades extraordinarias... el señor Presidente estaba inhibido para pronunciarse sobre los asuntos que le ordenaban los artículos 4º, 5º, 6º y 7º de la Ley 61 de 1978 todo por cuanto... la sentencia de inexequibilidad hace tránsito a cosa juzgada y produce efectos jurídicos hacia el futuro". Y agrega que si el Presidente de la República carecía de facultad para dictar normas acordes con estos artículos, "con mayor razón la Junta Directiva del Area Metropolitana de Bucaramanga".

El demandante estima que se violaron, con el acto demandado o Acuerdo 022 de 1983, expedido por la Junta Directiva del Area Metropolitana de Bucaramanga, los artículos 20 y 187 de la Carta, los artículos 108, 113 y 121 del Decreto 1355 de 1970, y los artículos 91 a 96 del Código Policía de Santander.

Sentencia del Tribunal:

Negó las súplicas de la demanda, con la siguiente fundamentación:

El fallo de la Corte Suprema de Justicia dejó vigente el artículo 9º de la Ley 61 de 1978, artículo este que consagró las facultades extra-

ordinarias al Presidente de la República. En consecuencia, "podía el Ejecutivo ejercer las facultades extraordinarias, ocupándose de las materias que se relacionan con el desarrollo urbano a fin de mejorar las condiciones integrales de vida de las ciudades tal como lo dispuso el legislador ordinario".

En forma textual se lee en la sentencia materia del recurso de alzada:

> "De otro lado, conviene advertir que con posterioridad a la sentencia de la honorable Corte Suprema el honorable Consejo de Estado al tratar el tema concerniente a las Areas Metropolitanas aludió al Decreto 3104 de 1979 para considerarlo vigente y aplicable a tales materias. En uno de los apartes dice la alta corporación:
>
> " 'Por medio del Decreto 3104 de 1979 el Gobierno nacional expidió las normas para la organización y funcionamiento de las Areas Metropolitanas, plasmando allí las disposiciones declaradas exequibles por la honorable Corte Suprema de Justicia de las disposiciones de la Ley 61 de 1978' (Diccionario Jurídico, Tomo V, pág. 90. Sentencia de 28-11-83. Consejero ponente doctor S. Buitrago).
>
> "En tales condiciones, y por lo que a este cargo se refiere la demanda no puede prosperar, porque la Sala considera que el Decreto 3104 de 1979 sí está vigente y bien sirve de sustento a las decisiones que sobre asuntos urbanos determine la Junta del Area Metropolitana de Bucaramanga.
>
> "...En lo tocante a la violación del Decreto 1355 de 1970 en sus artículos 108, 113 y 121, la Sala considera que carece de fundamento este cargo, porque aceptando que es deber de las autoridades proteger la industria y el comercio, tales derechos deben ceder el paso a las reglamentaciones que para bienestar de la comunidad y la mejor organización de las ciudades en su aspecto urbanístico imponen las mismas autoridades. Precisamente de conformidad con las normas policivas es como se debe reglamentar el funcionamiento de las salas de velación, y de los demás establecimientos que prestan servicios a la colectividad. Procurando siempre el respeto de los derechos individuales; pero manteniendo a la vez la supremacía del interés general como lo ordena la Carta en su artículo 30.
>
> "...Las razones antes expuestas sirven también al hacer el cotejo del acto impugnado con las disposiciones del Código de Policía de Santander —arts. 91 a 96—. Uno es el permiso de uso o de funcionamiento que requiere todo establecimiento; pero la licencia debe obtenerse para todo negocio de

acuerdo a las zonas en que se encuentra delimitada el área urbana.

"Para concluir, no encuentra la Sala, que el acto acusado sea violatorio de las disposiciones que la demanda indica como quebrantadas; por tanto habrá de ser desfavorable la sentencia a la solicitud elevada".

El recurso:

Lo sustenta la parte demandante, así:

"En el caso *sub exámine*, las funerarias, empresas comerciales protegidas por la ley, cuyo objeto es promover todo lo necesario para un entierro, también están sometidas a las disposiciones del Código de Policía de Santnader, amén que se hallan amparadas por las normas del Código de Policía Nacional y protegidas por las disposiciones del Código de Comercio.

"Pues bien, para que un establecimiento comercial de esta naturaleza funcione, es necesario que obtenga el permiso de uso, expedido por el Alcalde, no por la Junta Directiva del Area Metropolitana, la patente de sanidad, la constancia de revisión expedida por el cuerpo de bomberos y demás documentos que señalen las autoridades.

"Siendo pues la primera autoridad municipal, el Alcalde, la persona que por ley y por expresos mandatos ordenanzales, debe reglamentar todo lo relacionado con las actividades comerciales, e inclusive el uso del suelo, no se ve por qué en Bucaramanga sean los funcionarios del Area Metropolitana quienes, desconociendo normas superiores, con abuso y desviación de poder, se tomen una atribución que ninguna ley les ha asignado.

"Sirven estos someros argumentos para que los señores Consejeros, accedan a las pretensiones invocadas en la demanda, revocando la decisión tomada por el Tribunal Contencioso Administrativo de Santander".

Consideraciones de la Sala:

El acto demandado, o Acuerdo número 022 de 19 de mayo de 1983, se expidió por la Junta Directiva del Area Metropolitana de Bucaramanga, con base o como lo indica la misma disposición, "en uso de las atribuciones legales que le confiere el Decreto-ley número 3104 de 1979 y en especial la consagrada en el artículo 5º de la Ordenanza número 20 expedida en 1982".

Sostiene el demandante que el acto impugnado no puede apoyarse en el Decreto-ley 3104 de 1979, por cuanto éste se expidió por el Presidente de la República en uso de las facultades extraordinarias que le confirió la Ley 61 de 1978 cuyos artículos 4º a 7º y 10 aparte b) habían sido, cuatro meses antes, declarados inexequibles por la Corte Suprema de Justicia. Es decir, según el actor, el Presidente de la República estaba inhibido para pronunciarse sobre los asuntos relacionados en dichos artículos, y si lo estaba el Presidente con mayor razón la Junta Directiva del Area Metropolitana de Bucaramanga.

Así consideradas las cosas, observa la Sala cómo la circunstancia de que la Corte Suprema de Justicia hubiera declarado inexequibles los artículos anteriormente mencionados, no conlleva (como lo aduce el demandante) la de que el Presidente de la República estuviera inhabilitado para proferir el Decreto 3104 de 1979, y deducir, en consecuencia, que éste no podía ser utilizado como base o fundamento del acto demandado; pues, el Presidente, en virtud del artículo 9º de la Ley 61 de 1978 (art. este que no fue declarado inexequible) sí estaba revestido de dicha facultad. En otras palabras, el argumento de que la Junta del Area Metropolitana de Bucaramanga no podía hacer uso del mentado Decreto 3104 de 1978 tiene que cimentarse en la nulidad de este acto, asunto que no es materia del presente proceso, ni así ha sido alegado.

Y por otra parte, no es atinada la manifestación del demandante en el sentido de que "estimo como normas violadas la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia, el día 14 de agosto de 1979, por medio de la cual declaró inexequibles los artículos 4º, 5º, 6º, y 7º, e igualmente el inciso b) del artículo 10 de la Ley 61 de 1978, llamada Ley Orgánica del Desarrollo Urbano" (fl. 6), por las siguientes razones: El acto enjuiciado es uno de carácter administrativo, esto es, el Acuerdo número 022 de 1983 emitido por la Junta Directiva del Area Metropolitana de Bucaramanga, de cuyo cuestionamiento de nulidad conoce por competencia esta Corporación; y no, el Decreto 3104 de 1979 expedido por el señor Presidente de la República con base en las facultades extraordinarias del artículo 9º de la Ley 61 de 1978, juzgable desde el punto de vista de su constitucionalidad por la honorable Corte Suprema de Justicia (art. 214 de la C. N.) y no por el honorable Consejo de Estado. Así que mientras esté vigente el Decreto 3104 no es dable por vía de ejercicio intelectual especular acerca de su conformidad o no con la Carta Política.

El Decreto 3104 de 1979, en su artículo 6º, determina las funciones que, a través de acuerdos, deben cumplir las Juntas Metropolitanas, entre otras de "planificación" como las siguientes:

> "c) Expedir la reglamentación de los usos del suelo urbano y rural del área y establecer los mecanismos e instrumentos normativos y de control, así como los procedimientos administrativos correspondientes que puedan ser

utilizados por las autoridades del Area Metropolitana o de los municipios que la componen, de conformidad con la legislación vigente;

"d) Establecer las normas generales de zonificación, urbanización, construcción, extracción de materiales y funcionamiento de establecimientos comerciales, industriales y de servicios, dentro de las cuales los municipios del área han de dictar las reglamentaciones específicas;

"e) Adoptar el plan vial y los planes maestros de servicios públicos para el área;

"f) Fijar los perímetros urbanos y sanitarios del área y de los municipios que la integren;

"g) Reglamentar la utilización de los bienes de uso público de propiedad del Area Metropolitana".

Del mismo modo, según lo prevenido en el artículo 5º de la Ordenanza número 20 de 1981 "por medio del cual se dispone el funcionamiento del Area Metropolitana de Bucaramanga", las "funciones de la Junta y del Alcalde Metropolitano serán las mismas que establecen los artículos 6º y 10 del Decreto legislativo 3104 de 14 de diciembre de 1979".

Sobre lo anteriormente transcrito considera el señor Fiscal Primero ante esta Corporación —y que prohíja esta Sala— que, a su juicio, la función del literal c) es fundamento jurídico suficiente, "para que la Junta Metropolitana de Bucaramanga pudiera expedir, como en efecto lo hizo, un estatuto que como el demandado dispone y organiza el uso de los suelos urbanos, toda vez que v. gr. en el artículo primero dispuso que las salas de velación deban instalarse en zonas comerciales, en lotes de extensión no inferior a 800 metros cuadrados, a una distancia mínima de 100 metros de clínicas, hospitales, centros de salud, etc., etc.". Y agrega:

"Planteadas así las cosas y en atención a las demás consideraciones que hizo el Tribunal *a quo* en cuanto a lo relacionado con el orden público estético y de salubridad que se encontró involucrado en el acto demandado que se expidió indudablemente en el carácter de autoridad policiva que de suyo tienen las Juntas Metropolitanas, este Despacho considera improcedente el cargo formulado contra la providencia recurrida y, en consecuencia, sugiere que se confirme en su totalidad".

Lo expuesto lleva a la consideración de que el acto demandado o Acuerdo Metropolitano número 022 de 19 de mayo de 1983 no es violatorio de ninguna norma superior puesto que se fundamenta en el

Decreto 3104 de 14 de diciembre de 1979, decreto este proferido por el Presidente de la República en uso de las facultades que sobre tales materias (Areas Metropolitanas - Orgánica del Desarrollo Urbano) le otorgó la Ley 61 de 1978, y, por otra parte, tal como lo manifiesta el señor representante del Ministerio Público ante esta Corporación, y lo considera el Tribunal de instancia —cuya argumentación acoge esta Sala—, el acto demandado no quebranta ninguno de los ordenamientos policivos a los cuales se refiere la demanda: Condiciones de seguridad e higiene de locales y reglamentos de utilización del suelo (Decreto 1355 de 1970), ni atenta contra la libertad de comercio e industria, ni contra las condiciones para el funcionamiento de establecimientos comerciales, ni contra el otorgamiento y renovación de permisos de funcionamiento (Decreto 3190 de 1984). Y siendo ello así, tampoco aparece violación, por parte del acto demandado a los artículos 20 y 187 de la Constitución Nacional.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del Ministerio Público, y de acuerdo con él,

Falla:

Confirmar la sentencia apelada por las razones expuestas en esta providencia.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de la fecha.

Luis Antonio Alvarado Pantoja, Samuel Buitrago Hurtado, Guillermo Benavides Melo, Ausente con excusa; *Simón Rodríguez Rodríguez.*

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

CONTRIBUCION DE VALORIZACION. ACTO ADMINISTRATIVO.

El acto por el cual se decreta por el sistema de contribución de valorización una obra, es un acto administrativo de carácter general, contentivo de una decisión de la administración relacionada con un conjunto de personas determinable, pero cuyos efectos jurídicos en sí mismos no vinculan en particular y de manera concreta a ninguna de ellas.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., cinco de mayo de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejera ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación 0093. Apelación auto de noviembre 18 de 1985, proferido por el Tribunal de Antioquia en juicio de nulidad y suspensión provisional de la Resolución 232 de junio 21 de 1985 proferida por el Instituto Metropolitano de Valorización de Medellín. Auto.

Actor: Ignacio Mejía Velásquez.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto contra el auto proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 18 de noviembre de 1985, mediante el cual se inadmitió la demanda instaurada contra la Resolución número 232 de 21 de junio de 1985, expedida por la Junta Directiva del Instituto Metropolitano de Valorización de Medellín "INVAL".

Antecedentes:

En ejercicio de la acción de nulidad, el doctor Ignacio Mejía Velásquez, presentó ante el Tribunal Administrativo de Antioquia demanda contra la Resolución número 232 de 21 de junio de 1985, expedida por la Junta Directiva del Instituto Metropolitano de Valorización de Medellín "INVAL", por la cual se decretó la obra 362 por el sistema de contribución de valorización.

Igualmente solicitó la suspensión provisional de la citada resolución.

El auto apelado:

El Tribunal en el auto apelado, inadmitió la demanda, hizo referencia a decisiones del Consejo de Estado y su argumento fundamental es que el acto demandado por cuanto crea situaciones individuales no puede ser impugnado en acción de nulidad, sino en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, acreditándose el interés personal del actor.

El recurso de apelación:

Al interponer el recurso y luego al sustentarlo el actor cuestiona la decisión del Tribunal con argumentos que pueden sintetizarse así:

—No se puede confundir, como lo hace la providencia recurrida, el acto por el cual se decreta una obra por el sistema de valorización, como el aquí demandado con el acto posterior que liquida e individualiza las contribuciones.

—El primero es un acto que regula situaciones impersonales y abstractas, "no susceptibles de subjetivación de la acción". Y el segundo define situaciones subjetivas, personales e individuales.

—La jurisprudencia del Consejo de Estado, sostuvo en alguna época que los actos administrativos de carácter general se impugnaban a través de la acción de nulidad y los de contenido particular por medio de la acción de plena jurisdicción, pero esa jurisprudencia ha cambiado y en reiteradas oportunidades se ha sostenido que los actos administrativos de contenido particular, también son susceptibles de la acción de nulidad.

—Todo acto administrativo es susceptible de control jurisdiccional y con la tesis del Tribunal, el acto demandado quedaría sustraído de dicho control, por cuanto nadie puede probar respecto de él un interés subjetivo.

—Se confunde "el restablecimiento del derecho", con "el restablecimiento de su derecho", porque existe un interés general, de todas las personas de que se mantenga el orden jurídico.

—Si para ejercer la acción contra la resolución por la cual se decretó la obra por el sistema de valorización, se necesita demostrar el interés legítimo que acredite el derecho subjetivo, resultaría que contra la resolución, que no asigna a ningún particular el pago de ninguna contribución, no cabe acción alguna "...porque al cerrar la interpretación judicial la vía para la acción de nulidad y no abrirse por ausencia de los presupuestos para la acción de restablecimiento el conten-

cioso subjetivo quedaría el acto exento del control jurisdiccional, contrariando la Constitución y la ley..."

Consideraciones de la Sala:

1. *Contenido y naturaleza del acto demandado.*

Se trata de la Resolución número 232 de 21 de junio de 1985 proferida por la Junta Directiva del Instituto Metropolitano de Valorización de Medellín INVAL.

Dicha resolución "por medio de la cual se decreta por el sistema de la contribución de valorización la obra 362", en su artículo primero decreta y describe la citada obra 362, en su artículo 2º adopta la "zona de citación", y en los dos restantes reconoce el derecho de los propietarios a elegir sus representantes y precisa su remuneración por reunión.

De acuerdo con dicho contenido, es claro que la resolución cuestionada es *un acto administrativo de carácter general,* contentivo de una decisión de la administración relacionada con un conjunto de personas determinable, pero cuyos efectos jurídicos en sí mismo no vinculan en particular y de manera concreta a ninguna de ellas y por ello contra dicha decisión administrativa no es posible alegar el desconocimiento de un derecho subjetivo o un perjuicio específico, a través de la acción de restablecimiento del derecho, tal como lo dijo esta Sala en el auto de 19 de septiembre de 1986, expediente 0471.

De conformidad con las normas que regulan el sistema de la contribución de valorización y establecen el procedimiento que debe seguirse para aplicarlo, es necesario que la autoridad competente tome la decisión que estará contenida en el acto general que decreta la obra y autoriza aplicar el sistema de contribución de valorización para financiar la construcción de la misma, delimitando a su vez, el área que resultará afectada. Posteriormente, se cumplen las etapas de distribución y liquidación de la contribución que corresponde a cada predio localizado dentro del área de influencia.

Si bien es cierto, que con ese acto administrativo, que se ha denominado el "acto de decretación de la obra", se da comienzo a una serie de trámites que se deben cumplir para llegar finalmente al cobro de la contribución de valorización, no lo es menos, que la "decretación de la obra", es un verdadero acto administrativo que contiene una decisión de autoridad y que produce unos efectos jurídicos de carácter general, como lo son el ordenar la ejecución de una obra, la cual se financiará por el sistema de la "contribución de valorización y definir la zona de citación".

Así las cosas, como acto administrativo que es, es demandable.

2. *Acción procedente.*

Si como quedó establecido, el acto demandado es de carácter general, crea situaciones abstractas y objetivas, la acción procedente, para impugnarlo ante la jurisdicción administrativa es la acción de nulidad, ya que además, lo que persigue el actor es el restablecimiento del derecho *objetivo*, toda vez que como acto general que es, no causa una lesión concreta, ni desconoce un derecho subjetivo. Así lo ha dicho el Consejo de Estado, en varias ocasiones, entre ellas, en providencia de 6 de diciembre de 1976 con ponencia del Consejero Humberto Mora Osejo, cuando afirmó que el acto general "por su índole o naturaleza no puede violar o desconocer directamente un derecho particular, sino mediante, por medio del acto o del hecho específico que le dé cumplimiento o ejecución" (*Anales del Consejo de Estado*, números 451-452, pág. 577).

Los eventuales perjuicios surgirían no del acto demandado en el presente proceso, sino por los que lo ejecuten y desarrollen, como serían los de liquidación del valor individual de la contribución de valorización para cada inmueble.

Ahora bien, si la acción procedente contra el acto demandado, es la acción de nulidad, no es necesario acreditar en la demanda, el interés subjetivo de quien la presenta, como lo exige el auto recurrido.

En este sentido se pronunció ya la Sección Cuarta del Consejo de Estado en providencias de 19 de septiembre de 1986, expediente 471 y de 17 de marzo de 1989, expediente 1980, en procesos iniciados contra el mismo acto ahora demandado.

En síntesis, considera la Sala que el demandado es un acto administrativo de carácter general, demandable a través de la acción de nulidad, sin que quien lo impugne deba demostrar su interés subjetivo como lo exigió el Tribunal *a quo*.

Suspensión provisional:

En cuanto a la solicitud de suspensión provisional de los efectos jurídicos del acto demandado, es ésta una petición hecha en la demanda, respecto de la cual no hubo pronunciamiento en la primera instancia y por lo tanto no es objeto del presente recurso. Considera la Sala que debe ser resuelta por el Tribunal, para que el actor quede protegido por el principio de las dos instancias.

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 apelado.

Admítese la demanda.

Devuélvase al Tribunal para que resuelva sobre la suspensión provisional y provea sobre lo dispuesto en los numerales 1 a 4 del artículo 207 del Decreto 01 de 1984.

Cópiese, publíquese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Carmelo Martínez Conn, Presidente de la Sala, Con salvamento de voto en cuanto no resolvió suspensión provisional; *Jaime Abella Zárate, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

SUSPENSION PROVISIONAL. Pronunciamiento. CONSEJO DE ESTADO. COMPETENCIA. PRINCIPIO DE LA CONTINENCIA DE LA CAUSA (Salvamento de voto).

Con la decisión de la cual me separo, se divide la continencia de la causa al deferir el pronunciamiento sobre suspensión provisional al a quo *que ya había perdido competencia al ser apelada su negativa a la admisión de la demanda, la que había adquirido el Consejo de Estado para pronunciarse sobre la totalidad de la admisión de la demanda incluida la suspensión provisional.*

Bogotá, D. E., dieciocho de mayo de mil novecientos ochenta y nueve.

Referencia: Expediente número 0093.

Mi discrepancia con la mayoría de la Sala radica únicamente en cuanto ésta en la providencia de la cual me separo, en la parte resolutiva decidió enviar el negocio al Tribunal de origen para que hiciera pronunciamiento sobre el pedido de suspensión provisional que se impetra en la demanda.

Creo con el debido respeto por la opinión contraria, que la Sala está en un error procesal, por cuanto apelada la decisión negativa del Tribunal a la admisión de la demanda, es claro que la competencia de esta Corporación como Tribunal de superior jerarquía del *a quo* es plena, porque o revoca lo decidido por el inferior y en este caso que fue el de éste proceso debe hacer pronunciamiento sobre la admisión de la misma incluida la que corresponda acerca de la suspensión provisional, la cual según exigencia de la ley se hace al admitir la demanda en esta Corporación por el ponente para que así pueda tener recurso de súplica ante la Sala de Decisión, y en los Tribunales cuando la suspensión se solicita en negocio de dos (2) instancias, el pronunciamiento corresponde hacerlo a la Sala, precisamente para que respecto de él quepa el recurso de apelación que es equivalente al de súplica de los autos que dicta el ponente, o la confirma en todas sus partes. Con la decisión de la cual me separo, se divide la continencia de la causa al deferir el pronunciamiento sobre suspensión provisional al Tribunal de Antioquia que ya había perdido competencia al ser apelada su negativa a la admisión de la demanda, la que había adquirido esta Corporación para pronunciarse sobre la totalidad de la admisión de la demanda incluida la suspensión provisional.

Con todo respeto, por la opinión distinta,

Carmelo Martínez Conn, Consejero de Estado.

TITULO III

ORDEN DEPARTAMENTAL

CAPITULO I

ASAMBLEAS DEPARTAMENTALES

ORDENANZA. Promulgación.

El documento aportado, tenido como prueba, reconocido y sin tacha alguna, merece crédito para el Consejo como demostración de que la ordenanza en examen fue legalmente promulgada en el mes de enero de 1985. Mas como en el documento reconocido no se precisa el día, ha de entenderse que tal promulgación ocurrió el último día de tal mes, para tener la seguridad de no equivocarse y fijar arbitrariamente una fecha que pudiera resultar anterior a aquella en la cual se cumplió la publicación.

ASAMBLEA DEPARTAMENTAL. Funciones. GOBERNADOR. Facultades.

La fecha que ha de tenerse en cuenta para saber si el Gobernador del Cesar ejercitó las facultades dentro del plazo señalado por la Asamblea, es la de expedición del decreto respectivo, y no la de su publicación, que es acto ajeno a la naturaleza, estructura e integridad del acto administrativo, requisito indispensable para su obligatoriedad y aplicación, mas no para su validez.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., tres de marzo de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Guillermo Benavides Melo.*

Referencia: Expediente número 633.

Actor: Carlos Rodolfo Ortega Montero.

Desata la Sección Primera el recurso de *apelación* interpuesto por el apoderado especial del Departamento del Cesar contra la sentencia de 1º de abril de 1987, mediante la cual el Tribunal Administrativo de aquella Sección territorial declaró "la nulidad del Decreto 140 de octubre de mil novecientos ochenta y cinco", por el cual el Gobernador Departamental del Cesar expidió el Código de Policía para dicho Departamento.

1. Antecedentes:

El fallo de primera instancia materia de apelación expresa en síntesis lo siguiente:

Por el artículo 4º de la Ordenanza 024 de noviembre 30 de 1984 de la Asamblea Departamental del Cesar se concedieron al Gobernador "por el término de ocho meses contados a partir de la publicación de la presente ordenanza, facultades extraordinarias para que expida el Código de Policía para el Departamento". La ordenanza acusada "fue publicada en la Gaceta del Cesar, Edición Extraordinaria sin especificación de año, mes ni día". Después el Gobernador "expidió el Decreto 140 de 1985 por el cual se expide el Código de Policía" aludido, en uso de las facultades que le concedió la Asamblea. El mandatario judicial del Departamento se opuso a las súplicas de la demanda y alegó que el Decreto acusado "no fue expedido por el Gobernador del Departamento del Cesar, porque el Código de Policía fue expedido por medio del Decreto 140 de 5 de agosto de 1985". La colaboradora Fiscal del *a quo* conceptuó favorablemente a las peticiones de la actora. Ninguna objeción le merece al *a quo* la Ordenanza 24 de 1984 "porque tiene arraigo constitucional". Empero, "no puede predicarse lo mismo del decreto cuya nulidad se depreca porque adolece de ciertas irregularidades", como estas: Conforme a los artículos 52 del Código de Régimen Político y Municipal y 5º y 8º de la Ley 57 de 1985, actos como el acusado sólo regirán después de la fecha de su publicación en un órgano aceptado por la ley, por lo cual "la Ordenanza 024 de 1984 no ha entrado en vigencia, por cuanto no ha sido publicada, porque la Gaceta del Cesar Edición Extraordinaria en donde fue insertada y promulgada carece de efectos jurídicos, comoquiera que no lleva impresa la fecha de su inserción". Se transcribe el artículo 109 del Código de Régimen Político y Municipal vigente para la fecha de expedición de la Ordenanza 024 y afirma la sentencia que "existe ambigüedad en cuanto a la fecha de publicación" porque el Jefe de Archivo y Correspondencia del Cesar certifica que la Ordenanza 024 "fue promulgada en la Gaceta del Cesar - Edición Extraordinaria sin número ni fecha". La Administración de "El Diario", señora Maestre de Acosta, "certifica y testimonia que la Edición Extraordinaria de la Gaceta del Cesar donde aparece publicada la Ordenanza 024 de 30 de noviembre de 1984 fue impresa en sus talleres en el mes de enero de 1985". Al respecto se afirma en el fallo: "Si es cierto que la ordenanza fue publicada en el mes de enero de mil novecientos ochenta y cinco, es fácil colegir que el Decreto 140 de 1985 fue expedido extemporáneamente (octubre de 1985) es decir, cuando ya había vencido el plazo señalado por la ordenanza al otorgarle esa atribución". El apoderado del Departamento para oponerse a las peticiones de la demanda aporta una fotocopia del Código tomada de una fotocopia "que no aparece suscrita ni por el Gobernador, ni por ninguno de los funcionarios cuyos nombres aparecen en el documento", es decir, que no es una copia auténtica, la cual no se acomoda a las exigencias de

los artículos 251, 252 y 254 del Código de Procedimiento Civil. "Sería más atendible la publicación que aparece en la Gaceta del Cesar del Decreto 140 de octubre de 1985 por ser órgano oficial de publicación departamental. Pero sea que se trate del Decreto 90140 o del Decreto 140, es conveniente aclarar que ambos se refieren al Código de Policía para el Departamento del Cesar y fueron publicados en la Gaceta del Cesar año XVII —número 179— octubre de 1985. Ante tanta confusión y tan lamentable desorden administrativo tenemos que llegar a dos conclusiones: a) Si no se publicó o promulgó en forma legal la ordenanza (...), porque la edición extraordinaria de la Gaceta del Cesar no registra ninguna fecha, ésta no ha entrado en vigencia, porque las ordenanzas sólo regirán después de su publicación y si ello es así, el señor Gobernador del Departamento del Cesar no adquirió competencia para expedir el Código de Policía; b) Si aceptamos que la ordenanza en mención fue publicada en enero de 1985 como lo testimonia Sara Maestre de Acosta y probado como se halla que el Decreto 90140 o 140 de 1985 fue expedido y publicado en el mes de octubre del mismo año, quiere decir, que ya había perdido la competencia el señor Gobernador por extemporaneidad, porque solamente tenía un plazo de ocho (8) meses para ello, contados a partir de la publicación de la Ordenanza 024 de noviembre 30 de 1984".

El apelante radica su recurso en el hecho de que el fallo de primera instancia se basa en citas de artículos del Código de Procedimiento Civil que no vienen al caso, porque ha debido fundarse en el inciso segundo del artículo 252, según el cual "el documento público se presume auténtico, mientras no se compruebe lo contrario mediante tacha de falsedad" y que aquí no ha ocurrido tal tacha de falsedad. Concluye diciendo que aunque el desorden y la confusión a que alude el fallo son evidentes, "pienso en interés de la comunidad cesarense, que la vigencia del Código de Policía debe permanecer".

Resumiendo, se tiene: Mediante la Ordenanza número 024 de 30 de noviembre de 1984, la Asamblea Departamental del Cesar concedió al Gobernador facultades extraordinarias para la expedición del Código de Policía del Departamento, "por el término de ocho meses contados a partir de la publicación" del acto administrativo emanado de la Asamblea. Vinculado el Gobernador al proceso mediante apoderado especial, éste no pudo demostrar que el Decreto 140 de 1985, por el cual el Gobernador expidió el Código Departamental de Policía, fue emitido dentro del término preciso que le confirió la ordenanza, como quiera que no se ha demostrado cuándo y en qué ejemplar de la Gaceta del Cesar ha sido publicada dicha ordenanza para poder computar el término de las facultades extraordinarias y consecuencialmente si dentro del mismo hizo cabal uso de ellas el Gobernador.

2. Los conceptos fiscales:

Tanto el Fiscal del Tribunal de instancia como el Agente del Ministerio Público ante la Sección Primera del Consejo de Estado, con-

sideran que el acto demandado fue ilegal, apoyándose en argumentos parecidos a los de la providencia materia del recurso.

3. Consideraciones del Consejo de Estado:

No comparte la Sala los criterios consignados en la sentencia apelada, por los siguientes motivos:

3.1. Si bien es cierto que, como suele pasar en algunas dependencias de la administración pública, hubo desorden en el proceso de publicación de la Ordenanza 024 de 1984 expedida por la Asamblea del Cesar, así como en la expedición y promulgación del acto acusado, no cabe duda de que este es el Decreto número 140 de 1985, así aparentemente pueda confundirse con otro número de orden. Se llega a tan simple conclusión teniendo a la vista la certificación expedida por la Secretaría General de la Gobernación, visible al folio 167, donde se afirma categóricamente que el Código de Policía del Departamento del Cesar aparece en el Decreto 140 de 1985 y no en el 90140 del mismo. Corrobora ampliamente lo anterior la certificación de la misma funcionaria (fl. 176), donde se afirma cómo durante el año de 1985 la Gobernación sólo expidió 234 Decretos y jamás dictó uno con el número 90140. Finalmente, pensar en la cifra citada, significaría que la administración seccional expidió por lo menos doscientos cuarenta y siete decretos diarios, en promedio, lo cual es un imposible físico en cualquiera de las agencias públicas colombianas.

3.2. La publicación de la Ordenanza 024 de 1984, que autorizó al Gobernador para la expedición del Código de Policía, fue hecha en la "Gaceta del Cesar" y de eso no hay duda alguna, por cuanto aparece en el expediente el respectivo ejemplar, autenticado. Como quiera que ningún dato indica número ni fecha de esa publicación oficial, el actor mismo acompañó a la demanda y solicitó como prueba documental la "certificación" de la administradora de "El Diario Vallenato" (fl. 16), donde se afirma que, entre otras, la ordenanza materia de este examen fue publicada en esa edición extraordinaria que obra como prueba en el proceso, en el mes de enero de 1985. El Tribunal ordenó citar a la señora Sara Maestre de Acosta, y en diligencia válidamente dispuesta y cumplida, ésta, en su carácter de administradora del citado "El Diario Vallenato" ratificó de manera expresa y terminante lo afirmado en el documento materia de la prueba, todo conforme al artículo 273 del Código de Procedimiento Civil, por lo cual debe apreciarse en los términos que autoriza el artículo 277 de la misma obra, mucho más cuando no fue objeto de tacha de falsedad. Ese documento aportado por la parte demandante, tenido como prueba, reconocido y sin tacha alguna, merece crédito para el Consejo como demostración de que la ordenanza en examen fue legalmente promulgada en el mes de enero de 1985. Mas como en el documento reconocido no se precisa el día, ha de entenderse que tal promulgación ocurrió el último de tal mes, para tener la seguridad de no equivocarse y fijar arbitrariamente una

fecha que pudiera resultar anterior a aquella en la cual se cumplió la publicación.

3.3. Examinados los puntos anteriores, queda por precisar cómo la fecha que ha de tenerse en cuenta para saber si el Gobernador del Cesar ejercitó las facultades dentro del plazo señalado por la Asamblea, es la de expedición del decreto respectivo y no la de su publicación, que es acto ajeno a la naturaleza, estructura e integridad del acto administrativo, requisito indispensable para su obligatoriedad y aplicación, mas no para su validez, según lo tienen bien establecido la doctrina y la jurisprudencia. Así las cosas, nada importa que la publicación o promulgación del decreto contentivo del Código de Policía del Cesar haya ocurrido en el mes de octubre de 1985 como aparece de la "Gaceta del Cesar" correspondiente al número 179 de la misma, año XVII (fl. 4). Lo fundamental aquí es precisar la fecha en la cual el Gobernador ejercitó la competencia delegada por la Asamblea, para saber si el ejercicio de esa facultad resultó extemporáneo o no.

3.4. A folios 30 y siguientes del expediente aparece una fotocopia autenticada del Decreto 140 de 1985 y con toda claridad se lee en las ciento una páginas que lo integran, que la fecha de expedición fue el ocho (8) de agosto de 1985, es decir, seis meses y ocho días después de promulgada la ordenanza que facultó al Gobernador precisamente para ese objeto.

Considera necesario el Consejo hacer notar cómo la función judicial y del Ministerio Público tiene que extenderse en todos los casos a procurar la precisión de los hechos que constituyen la cuestión fáctica de los procesos, tratando de desenmarañar, si es preciso, las confusiones que puedan existir pero que a la vez permitan cumplir a cabalidad el proceso de administrar justicia en toda su extensión. Este caso, sirve de ejemplo sobre un cierto quietismo en el desempeño del papel de Juez y de Fiscal, como que todos se conformaron con observar que efectivamente existe desorden en el ejercicio de la facultad administrativa, pero sin tratar de hallar lo que en verdad quisieron e hicieron, tanto la Asamblea del Departamento como el Gobernador del Cesar, para en últimas expedir acto tan fundamental en la vida de las entidades territoriales, como son los códigos de policía.

Lo anterior es bastante 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:

Primero. Revócase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar el 1º de abril de 1987 y por medio de la cual declaró la nulidad del Decreto 140 de 1985 (Código de Policía) expedido por el Gobernador del Departamento.

Segundo. Niéganse las súplicas de la demanda.

Tercero. En firme esta sentencia, vuelva el expediente al *a quo* para lo de su cargo.

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 dos de marzo de mil novecientos ochenta y nueve.

Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Samuel Buitrago Hurtado, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

SUSPENSION PROVISIONAL.

Es una institución excepcional que tiene lugar frente a la circunstancia también excepcional de quebrantarse por el acto acusado, preceptos superiores de derecho de manera ostensible y flagrante, que surja de la simple comparación sin que haya lugar a profundas explicaciones o argumentaciones tendientes a demostrar la transgresión que ha de producirse de manera ostensible, manifiesta y directa.

MONOPOLIO DE LICORES.

El monopolio ha sido 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 presentan al darle aplicación a la ordenanza que así lo disponga. La ley no establece limitante a la facultad que se da a los departamentos para adoptar el sistema que les convenga.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., dos de mayo de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja.*

Expediente número 1022.

Actor: Pablo J. Cáceres Corrales.

Se resuelve de plano el recurso de apelación interpuesto por la apoderada del Departamento del Cauca (parte demandada), contra el auto de 2 de agosto del año pasado, por medio del cual el Tribunal Contencioso Administrativo del citado departamento declaró la suspensión provisional del Decreto 150 de 1988, proferido por el Gobernador de dicha división territorial.

I. Los actos demandados:

El demandante pide la nulidad de estos dos actos:

a) La Ordenanza número 040 de 1987 de la Asamblea Departamental del Cauca que en lo pertinente ordena:

"*Artículo 1º* Ordenar al Gobierno Departamental para que a más tardar el 30 de marzo de 1988, reasuma previo estudio, el monopolio de la producción, introducción, distribución y venta de licores destilados, distintos de los producidos por la Industria Licorera del Cauca.

"*Parágrafo.* Para el estudio estipulado en este artículo se conformará una comisión integrada así:

"Secretario de Hacienda del Departamento.

"Gerente de la Industria Licorera.

"Director de Planeación Departamental.

"Contralor General del Departamento, y

"Tres (3) Diputados elegidos por la Asamblea.

"*Artículo 2º* La distribución y venta de los licores no destilados por la Industria Licorera se hará de acuerdo a la Ordenanza 015 de 1982 y demás normas que la adicionen o la modifiquen.

"*Artículo 3º* La Comisión constituida en el parágrafo del artículo 1º deberá rendir su informe a más tardar el 1º de marzo de 1988, informe que deberá acoger el Gobierno Departamental".

b) El Decreto número 150 de 30 de marzo de 1987, que dice:

"EL GOBERNADOR DEL DEPARTAMENTO DEL CAUCA, en ejercicio de sus atribuciones legales y en especial de las que le confiere la Ordenanza número 040 de 16 de diciembre de 1987.

"DECRETA:

"*Artículo primero.* Corresponde al Departamento del Cauca la producción, introducción, distribución y venta de licores destilados distintos de los producidos por la Industria Licorera del Cauca.

"*Artículo segundo.* De conformidad con el Decreto 1222 de 1986, las personas de derecho público o de derecho privado que pretendan introducir y comercializar en el Departamento del Cauca licores destilados, celebrarán con éste, el respectivo contrato o convenio.

"*Artículo tercero.* Cuando los licores introducidos al territorio del Departamento se destinen exclusivamente al expendio oficial, la introducción se hará con los recursos propios del Departamento mediante utilización de la organización administrativa correspondiente.

"*Artículo cuarto.* Cuando se celebren contratos o convenios conforme a lo establecido en el artículo segundo, la participación porcentual del Departamento en el precio de venta del porducto a partir de primero (1º) de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988), será:

"—Licores importados envasados en el país de origen, el treinta y cinco por ciento (35%) del valor CIF adicionado con los derechos de aduana.

"—Licores de origen extranjero, envasados en el territorio nacional el treinta y cinco por ciento (35%) del valor del producto para el introductor.

"—Licores nacionales producidos o envasados por particulares, el treinta y cinco por ciento (35%) del valor del producto para el introductor.

"—Los porcentajes aquí establecidos se incrementarán mensualmente a partir de primero (1º) de diciembre de 1988 en un 2.5% sobre el precio de venta del producto para el introductor, hasta llegar a un 50%.

"*Parágrafo transitorio.* Las personas de derecho público y de derecho privado que pretendan introducir y comercializar en el Departamento del Cauca licores destilados y cuyas licencias se venzan entre el 1 ºde abril y el 30 de octubre de 1988, deberán celebrar con el Departamento el respectivo contrato o convenio, percibiendo por ello el Departamento del Cauca una participación porcentual del 35% sobre el precio promedio nacional al detal en expendio oficial o en defecto de éste, del primer distribuidor autorizado, de la botella de 750 cc. de Aguardiente Anisado Nacional, según lo determine semestralmente el DANE.

"Estas personas sólo podrán estampillar un número de botellas similar al promedio mensual que ordinariamente han venido estampillando, conforme a las cifras estadísticas que reposan en la Secretaría de Hacienda del Departamento.

"*Artículo quinto.* Los licores nacionales producidos o envasados por otros departamentos o por sus Industrias Licoreras se introducirán al Departamento del Cauca, previa la celebración de los convenios de intercambio".

II. El auto recurrido del Tribunal:

En primer término el Tribunal exonera del vicio de inconstitucionalidad alegado por el actor, en cuanto hace a la Ordenanza número 040 de 1987 de la Asamblea del Cauca demandada, por considerar que la reasunción hecha del monopolio de licores, no implica su aplicación y por ende el desconocimiento del artículo 31 de la Constitución Nacional, y dice: "Ya que se limitó a declarar, que la administración debe reasumir un monopolio, en cuyo caso la aplicación del mismo queda en manos del Gobierno seccional, es a él a quien corresponde proveer los mecanismos de aplicación, respetando la norma constitucional sin necesidad de que la ordenanza expresamente lo disponga".

En cambio, el *a quo* encontró flagrante la violación del artículo 31 de la Carta por parte del Decreto 150 de 1988 al regular la aplicación del monopolio de disponer la manera para el pago de una justa previa y plena indemnización. Se refiere al efecto a la previsión allí consignada de la celebración de contratos o convenios para quienes pretendan introducir y comercializar en el departamento licores destilados, "procedimiento que acoge no solamente a quienes persigan ejercer la industria sino también a quienes ya la ejercen y pretenden continuar en ella mediante la introducción y comercialización de licores". Igualmente menciona la norma que determina la participación porcentual para el departamento en los contratos y la disposición del parágrafo transitorio del artículo 4º que contempla convenios con quienes venían ejerciendo la industria monopolizada al referirse a las licencias que se venzan entre el 1º de abril y el 20 de octubre de 1988.

De otra parte, en el auto del Tribunal se desestima el segundo cargo de la demanda en lo relacionado con la facultad que da a las Asambleas la Iey 14 de 1983 para regular el monopolio o gravar esas industrias o actividades, opción que después de entrar en vigencia la Ley 14 de 1983 —afirma el demandante— no se puede hacer uso sino una sola vez porque al decidirse la Asamblea por el impuesto de consumo, desistió de establecer el monopolio y en consecuencia no existe ley que le autorice para ello.

Partiendo de la vigencia de la Ley 14 de 1983 y de lo dispuesto en el artículo 61 de ese estatuto que establece el monopolio y faculta a las Asambleas para regularlo, sostiene en relación con el caso *sub lite* lo siguiente dicho proveído:

"Posteriormente la Asamblea y el Gobierno Departamental del Cauca por medio de la Ordenanza número 009 de 1983 y Decreto 732 de 1984 adoptaron los impuestos nacionales de consumo a que se refiere la Ley 14 de 1983, pero por esta decisión, no puede aceptarse para efectos de la suspensión, que la industria constituida como monopolio por la ley no podía regularse posteriormente por la Asamblea, a pesar de haber optado en un principio por el gravamen.

"El Capítulo V —impuesto al consumo de licores como monopolio no consagra en ninguna de sus disposiciones limitante a dicha facultad regulación o adopción del monopolio— por lo que no es de recibo para este auto, sostener que la Ley 14 otorgó una sola y única oportunidad para ello, agotada al escoger inicialmente gravar las actividades a que se refiere el artículo 61.

"De otro lado, la inconveniencia no puede desligarse de la época y campo de aplicación. Lo que es inconveniente puede tornarse conveniente y viceversa.

"Las anteriores consideraciones hacen pensar al Tribunal que el punto debatido exige un estudio profundo que sólo puede hacerse en la sentencia porque de lo contrario se corre el peligro de edificar una medida previsoria sobre conceptos que deben ser base de la decisión final.

"Concluyendo: De la mera comparación entre la norma acusada y la jerárquicamente superior —art. 31-2 de la C. N.— no surge en forma manifiesta y ostensible su violación".

III. Los fundamentos del recurso:

Luego de significar cómo en el Departamento del Cauca desde hace varios años en cumplimiento de normas del Código de Rentas Departamentales se viene ejerciendo el monopolio, por lo menos en lo que respecta a la introducción de licores, al sustentar el recurso la parte demandada rechaza la aseveración de ser el Decreto 150 de 1988 proferido por el Gobernador del Cauca violatorio del artículo 31 de la Constitución Nacional, y dice al respecto:

"(...) entendido el origen y espíritu del Decreto 150 de 1988, mal podría hablarse de la procedencia de una indemnización, cuando precisamente en el citado decreto se han respetado las licencias vigentes concedidas y en consecuencia la comercialización de los licores destilados en esta jurisdicción territorial han continuado su curso normal.

"Lo contrario sería hablar de una indemnización proveniente de un daño jurídico, puesto que si no se ha violentado el derecho a la propeidad (sic) privada, la libre empresa y la iniciativa privada y menos que el Departamento se haya apropiado de un derecho particular de manera confiscatoria o prohibido el ejercicio de la actividad comercial a que nos hemos venido refiriendo y a *contrario sensu*, el Departamento ha manifestado en forma expresa su deseo de continuar expidiendo las autorizaciones, licencias o permisos previa la celebración de los convenios cabría preguntarse: Cuál es el daño objeto de indemnización, si ésta debe ser relativa al daño concreto, inmediato y actual sobre los bienes afectados por el monopolio".

Posteriormente el recurrente cita lo dicho en auto de 6 de agosto de 1964 por el Consejero Ricardo Bonilla Gutiérrez, y más adelante agrega:

"Para que haya lugar a la indemnización de que trata el artículo 31 de la Constitución Nacional transcrito, los individuos interesados deberán quedar privados del ejercicio de una industria lícita, es decir, que se hubiera causado un daño a los mismos.

"Aquí surgen algunos interrogantes: En dónde está el perjuicio causado a los particulares para que surja la obligación de indemnizar? Con la expedición del Decreto número 150 de 1988, el Departamento del Cauca ha suspendido arbitrariamente el ejercicio de una actividad para lo cual había otorgado autorizaciones, licencias o permisos? o el Departamento ha expropiado arbitrariamente bienes o valores que los particulares utilizan en el ejercicio de sus actividades propias? o en el peor de los casos, con el Decreto 150 de 1988 se priva a los particulares del ejercicio de una industria lícita, como lo es, la distribución, introducción y venta de licores destilados? Sendos documentos públicos expedidos por entidades del Departamento resuelve los interrogantes en forma negativa, que la entidad territorial ha respetado las licencias o permisos concedidos y en ningún caso ha privado a los particulares del ejercicio de la actividad tantas veces enunciada o se ha apropiado de un derecho particular de manera confiscadora, por el contrario, el señor Gobernador del Departamento en reunión sostenida el día 20 de marzo de 1988 con los interesados, manifestó la voluntad de la entidad territorial, de seguir permitiendo el ejercicio de la actividad comercial, concediendo las autorizaciones, licencias, permisos, previa la celebración de los convenios, como se ilustra con la certificación expedida por el primer mandatario regional y más aún, los particulares interesados, entendiendo esta voluntad, mediante escrito de fecha junio 21 de 1988 solicitan al Gobierno Departamental se considere un proyecto de convenio económico, documentos que a manera de ilustración se adjuntan en fotocopia oficial".

IV. Consideraciones de la Sala:

Sea lo primero decir que esta Corporación en múltiples oportunidades ha dicho en relación con las exigencias del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, que la suspensión provisional es una institución excepcional que tiene lugar frente a la circunstancia también excepcional de quebrantarse por el acto acusado, preceptos superiores de derecho de manera ostensible y flagrante, que surja de la simple comparación sin que haya lugar a profundas explicaciones o argumentaciones tendientes a demostrar la transgresión que ha de producirse de manera ostensible, manifiesta y directa.

Igualmente se ha expresado que no se puede fundar la suspensión impetrada en cuestiones de hecho cuya apreciación corresponde hacerla en la sentencia pues de lo contrario se caería en un pronuncia-

miento prematuro sobre cuestiones objeto de controversia y dilucidación en el curso del proceso.

Sentada esta premisa se entra al estudio del auto que es objeto del recurso.

A) *De la Ordenanza 040 de 1987.*

Sobra agregar otra consideración distinta a la formulada por el Tribunal en su providencia que se estudia en relación con esta ordenanza de la Asamblea del Cauca. Basta reafirmar que mediante este acto simplemente se dio unas facultades para que previo estudio de una comisión regulara el monopolio de licores en el Departamento, o como se dijo textualmente, para "reasumir el monopolio de la producción, introducción, distribución y venta de licores destilados distintos de los producidos por la Industria Licorera del Cauca" sin que tal ordenamiento denote quebranto ostensible de norma superior.

Significativamente, el demandante no interpuso recurso de apelación respecto a esta decisión del Tribunal, lo cual releva a la Sala de más consideraciones sobre este acto ordenanzal.

B) *El Decreto 150 de 1988 expedido por el Gobernador del Departamento del Cauca en desarrollo de la Ordenanza 040 de 1987.*

En el capítulo correspondiente de la demanda se indican dos grandes cargos de violación ostensible y directa de normas superiores por parte de este acto administrativo del Gobernador como enseguida se verá:

a) *De la violación del artículo 31 de la Constitución Nacional.*

El primero se puede resumir diciendo que el Decreto 040 quebrantó el artículo 31 de la Constitución Nacional, en tanto aplicó el monopolio "sin que previamente hayan sido indemnizados los individuos que en virtud de él deban quedar privados del ejercicio de esas industrias lícitas tal como lo ordena la Constitución". Para saber si esta acusación es valedera, corresponde dilucidar su pertinencia frente a las exigencias del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, partiendo del análisis del acto acusado a lo cual se procede enseguida:

El Decreto 050 cuya transcripción literal se hizo anteriormente, se fundamenta en el Decreto 1222 de 1986, como expresamente se dice en su artículo 2º, y mediante sus disposiciones el Departamento asume el monopolio de la producción, introducción, distribución y venta de licores destilados; adopta el sistema de contratos o convenios para la introducción y comercialización de tales productos y establece la participación porcentual de la entidad en el precio de venta de los licores

a partir de 1º de noviembre de 1988 "cuando se celebren contratos o convenios". El artículo 4º que se refiere a esta modalidad contractual, contiene un parágrafo transitorio determinando dicha participación en los casos de licencias concedidas para la introducción y comercialización de licores cuyos vencimientos se produjeron entre el 1º de abril y el 30 de octubre de 1986. El artículo 5º consagra la modalidad de los convenios de intercambio con los otros departamentos para efectos de introducir al Cauca sus productos.

El Tribunal, acogiendo las apreciaciones del actor, según se puede ver de los apartes relacionados anteriormente, entendió que el articulado del decreto reguló impropiamente el monopolio sin disponer la manera para el pago de una justa, previa y plena indemnización, tal como lo manda el artículo 31 de la Carta, configurándose así la violación alegada.

La Sala encuentra que el decreto en cuestión trata de acomodarse precisamente al ordenamiento de la Ley 14 de 1983, cuyas disposiciones se incorporaron al Decreto 1222 de 1986 el cual en los artículos pertinentes consagran la facultad de las Asambleas para regular el monopolio de licores. Así en el artículo 121 se establece que de conformidad con la Ley 14 de 1983, la producción, introducción y venta de licores destilados constituyen monopolio de los departamentos como arbitrio rentístico en los términos del artículo 31 de la Constitución y que, en consecuencia "las Asambleas Departamentales regularán el monopolio o gravarán esas industrias y actividades si el monopolio no conviene". Y el artículo 123 previene que en desarrollo del monopolio, los departamentos podrán celebrar contratos de intercambio con personas de derecho público o privado y todo tipo de convenio dentro de las normas de contratación, que permitan agilizar su comercio. Así mismo esta norma dice que se requerirá de permiso de los departamentos que ejerzan el monopolio, para la introducción y venta de licores destilados nacionales o extranjeros mediante la celebración de 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.

Es suficiente leer con detenimiento el texto del Decreto 150 acusado para darse cuenta que en sus principales artículos no se hizo otra cosa que desarrollar dichas normas del Código de Régimen Departamental, en forma fiel y sin que a primera vista se observe violación alguna del decreto-ley en que se apoya. Es así como en el artículo 1º del Decreto 050 se asume el monopolio conforme a la definición del artículo 1º; en el segundo, se repite y se incorpora textualmente lo dispuesto en la primera parte del artículo 123 y en el artículo 4º del decreto acusado, simplemente se regula la facultad conferida al Departamento en el inciso segundo del artículo 123 del Código. En cuanto al artículo 3º se refiere a la introducción de licores por parte del Departamento sin incidencia por consiguiente en el monopolio. Y el

parágrafo transitorio del artículo 4º se reduce a regular la situación de quienes introduzcan o comercialicen tales productos y cuyas licencias se venzan en un período determinado, los cuales, de acuerdo con las normas generales deberán celebrar el respectivo contrato, dentro de las condiciones allí establecidas.

Dadas estas circunstancias se pregunta entonces si a pesar de la evidente correspondencia del decreto acusado con la ley sin embargo puede subsistir la violación alegada del artículo 31 de la Carta tal como lo pregona el auto del Tribunal y lo sostiene la demanda. Para contestarlo, esta Sala reitera lo dicho en auto de 22 de noviembre de 1988 en un caso similar propuesto por el mismo autor de la presente demanda relacionado con la nulidad de la ordenanza expedida por la Asamblea Departamental del Valle, mediante la cual se dispuso el reimplantamiento del monopolio de licores en ese territorio. La Sala estimó en tal oportunidad que era prematuro entrar a dilucidar los puntos planteados en relación con la indemnización previa, que según el demandante debía preceder a la ordenanza, en tratándose de una definición que por sus implicaciones correspondía hacerla en la sentencia y no en el trámite inicial de la suspensión provisional. Allí también se dijo que el monopolio ha sido 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 presentan al darle aplicación a la ordenanza que así lo disponga.

Si se observan los antecedentes que acompaña la parte demandante para sustentar el recurso, se percibirá la dificultad que se tiene para apreciar a primera vista una transgresión del artículo 31 de la Constitución siendo que no aparecen elementos de juicio que demuestren que la administración departamental en aplicación del Decreto 150 haya desconocido o vulnerado derechos adquiridos en las actividades monopolizadas como sería, en vía de ejemplo, la situación de un distribuidor de licores a quien se le hubiese otorgado licencia o permiso de introducir y comercializar licores dejándolo por fuera de los convenios previstos en la norma legal y en el decreto ordenanzal en cuestión.

Según los antecedentes aportados por el recurrente, los cuales no conoció el Tribunal en el momento de resolver el recurso, el monopolio existía en el Departamento del Cauca desde antes de entrar a regir el Decreto 150 acusado y así lo acredita la copia del Código de Rentas Departamentales, las Ordenanzas 3 de 1963 y 8 de 1969 y los Decretos departamentales 681 y 808 de 1979; 874 de 1981 y 732 de 1984 que fragmentariamente, en lo pertinente, obran del folio 124 al 151 del expediente.

Es más: Conforme a tales disposiciones que se sucedieron unas a otras, antes de entrar a regir el Decreto 150, se proveyó la celebración de contratos de distribución e intercambio de licores así como la autorización al Departamento para permitir la introducción de licores mediante el impuesto de consumo o "estampillaje" y el último Decreto departamental 732 de 1984 dictado en ejercicio de facultades otorgadas por la Asamblea, si bien en general optó por el sistema del impuesto de consumo previa licencia temporal concedida por el Departamento, a la vez se indicó que "para los licores nacionales y extranjeros cuya introducción y venta se realice en el Departamento y sobre los cuales el Departamento *ejerza el monopolio* se deberá celebrar los convenios económicos a que se refiere la Ley 14 de 1983". De donde, sin lugar a dudas surgió la necesidad de lo dispuesto en el parágrafo transitorio del artículo 4º del Decreto 150 de 1988 demandado, cuandoquiera que en éste se contempla la celebración de contratos o convenios con las personas que pretendan introducir o comercializar licores destilados cuyas licencias venzan entre el 1º de abril y el 30 de octubre de ese año en que entró en vigencia dicho ordenamiento departamental.

Pero sea de ello lo que fuere, lo cierto es que previo a la vigencia del decreto cuestionado, ya existía un sistema mixto de impuesto de consumo y de monopolio que se quiso unificar y mejorar en el nuevo estatuto contenido en el Decreto 150 demandado, expedido en uso de las facultades concedidas por la Asamblea en aplicación de las normas del Código de Régimen Departamental atañederas al monopolio de licores de que se ha dado cuenta en párrafos precedentes.

Por todas estas circunstancias de hecho y de derecho es que precisamente no se presenta con la claridad pregonada por el demandante la transgresión constitucional que lleve a la suspensión de los efectos del Decreto 150 acusado como lo dispuso el Tribunal de instancia en el proveído que es objeto de la alzada.

b) *Falta de facultades para establecer el monopolio.*

Este segundo punto del ataque relacionado en el capítulo referente a la suspensión provisional se puede resumir en estos términos: Que al adoptar el Departamento del Cauca el sistema del impuesto de consumo después de entrar en vigencia la Ley 14 de 1983, no podía optar después por el monopolio, como lo hizo mediante el Decreto 150 acusado, por cuanto ya se había agotado la posibilidad de hacer uso de la opción legislativa allí consagrada. En otras palabras, que la alternativa de la Ley 14 de 1983 para que los departamentos escojan entre el sistema del monopolio y el de libre comercio con impuesto de consumo de licores, no puede utilizarse sino una sola vez, siendo por lo tanto ilegal el acto posterior que modifique el arbitrio rentístico.

El Tribunal, en la providencia recurrida hace alusión a este cargo contra argumentando que la ley no establece ningún limitante a la facultad que se le da a los departamentos para adoptar uno u otro sistema y que, además debe mirarse las razones de conveniencia que corresponde juzgar a la entidad territorial según la época de su aplicación. En conclusión afirma el juzgador que el punto debatido exige un estudio profundo, propio de la sentencia sin que se advierta una clara violación del artículo 31 de la Constitución Nacional en lo que hace a dicho cargo.

Esta Sala comparte el criterio así expuesto, y tan solo añade, además de lo dicho en relación con los antecedentes del monopolio de licores en el Departamento del Cauca, que contrayéndose este cargo a la supuesta violación de la segunda parte del artículo 31 de la Carta según lo expresa el actor, éste debe mirarse íntegramente, por lo cual la misma razón expuesta en el cargo anterior existe para postergar el pronunciamiento sobre la constitucionalidad del acto acusado al momento del fallo, cuando podía justipreciarse en conjunto el acervo probatorio indispensable en el caso *sub lite.*

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

Resuelve:

Revocar el numeral 5º del auto de 2 de agosto de 1988 del Tribunal Administrativo del Cauca en cuanto ordenó la suspensión provisional del Decreto 150 de 1987 expedido por el Gobernador de dicho departamento en ejercicio de las facultades otorgadas por la Ordenanza 040 de 1987.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veintisiete de abril de mil novecientos ochenta y nueve.

Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Samuel Buitrago Hurtado, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

CAPITULO III

ACTOS DEL GOBERNADOR

CODIGO DE RENTAS. PRESUNCION DE DEFRAUDACION.

La propia autorización de la Asamblea al Gobernador para modificar el Código de Rentas (...) y que se tradujo en el Decreto 716 de 1984 halla su fundamento en el artículo 65 de la Ley 14, que faculta a todos los entes para reglamentar la administración del recaudo de los gravámenes al consumo. La presunción de defraudación persigue facultades al departamento la administración del tributo y la imposición de las sanciones correspondientes.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., diecisiete de enero de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Simón Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Proceso número 559.

Demandante: Lubín Piedrahíta Gutiérrez.

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia de 12 de diciembre de 1986, por medio de la cual el Tribunal Contencioso Administrativo del Tolima, dentro del proceso originado en ejercicio de la acción de nulidad, denegó las peticiones de la demanda.

Hechos:

El Gobernador del Departamento del Tolima, en uso de las facultades conferidas por la Ordenanza número 59 de 1983 de la Asamblea de dicho Departamento, expidió el Decreto número 0716 de 1984 (mayo 31), "por medio del cual se modifica el Código de Rentas y de Justicia de Rentas del Tolima".

El mencionado Decreto originó que, a través de este proceso, se juzgara la legalidad de sus artículos 27, 32, 37, 39, 42, 47, 53, 57 a 66, 68, 70 a 82 (salvo el 74), 85, 87, 88, 90, 92 a 104, 106, 107, 108, 111, 112, 113, 114, 117, 141, 160, 161, 171, 231 y 261, puesto que, según la demanda, tales disposiciones son violatorias del artículo 97 del Código de Régimen Político y Municipal (ordinal 28), del artículo 5º de la

Ley 71 de 1916, del artículo 12 de la Ley 88 de 1928, del artículo 1516 del Código Civil, y de los artículos 197, 215, 232, 357, 371, 426, 453 y 463 del Código de Procedimiento Penal, y 34 de la Constitución Nacional.

Sentencia del Tribunal:

La desestimación de lo pedido en la demanda se fundamentó en la Ley 14 de 1983, disposición ésta que a través de su artículo 65 autoriza a las Asambleas Departamentales y a los Concejos Intendenciales y Comisariales para expedir "las normas pertinentes para reglamentar los aspectos administrativos del recaudo del gravamen de consumo y aquellas que sean necesarias para asegurar su pago, impedir su evasión y eliminar el contrabando de los productos de que trata esta ley". Consideró el Tribunal de instancia lo siguiente:

"Lo anterior quiere decir que las Asambleas Departamentales quedaron ampliamente facultadas no solamente para establecer las sanciones, sino también para proceder a tomar todas las medidas necesarias para impedir la evasión y eliminar el contrabando, ya que las normas que existían no solamente resultaban inocuas por lo obsoletas y por consiguiente completamente inoperantes si se tiene en cuenta el avance de la licencia y la técnica. En consecuencia, la ley no le ha fijado determinadas limitaciones a la tasación de penas, multas, etc. Luego no es posible acceder a las peticiones de la demanda y en tal sentido se debe pronunciar el Tribunal".

Concepto fiscal:

"En relación con la sustentación de los recursos de apelación, este Despacho ha venido sosteniendo que la posibilidad que tienen las partes de recurrir una sentencia, además de cumplir con el principio fundamental de las dos instancias, tiene como objeto, garantía del derecho de defensa, que la parte que considera indebidamente estudiadas y falladas sus pretensiones en la sentencia, exponga en su escrito de sustentación los argumentos que en su sentir hacen revocable la providencia emitida, o sea, explicar por qué lo que se dijo en la sentencia no concuerda con su forma de interpretar las normas, o con las pruebas aportadas o, en fin, con los elementos de juicio tenidos en cuenta para emitir el fallo; en otras palabras, en el escrito de sustentación de un recurso de apelación de una sentencia se deben confrontar siempre los razonamientos del recurrente con los de la providencia, pero cuando en un caso como el *sub júdice* en que el recurrente, en un escrito demasiado abstracto en donde no se concretan los cargos específicamente contra cada uno de los argumentos que utilizó el *a quo* para decidir sobre cada una de las pretensiones, no queda camino distinto a concluir que la apelación se instauró sólo en cuanto no se declaró la nulidad del artículo 27 del Decreto 0716

de mayo 31 de 1984... Sobre el particular este Despacho considera que al recurrente le asiste toda la razón; en efecto, el *a quo* básicamente niega la nulidad del artículo 27 referido, con base en que las presunciones pertenecen al derecho procesal y no al sustantivo lo cual implica la admisión de prueba en contrario y esto hace suponer que por ser controvertible la presunción no haya lugar a la ilegalidad propuesta...", pero, advierte el representante del Ministerio Público, "el hecho de que se admita prueba en contrario con el fin de desvirtuar las presunciones no afecta para nada su origen que debe ser siempre legal (ley expedida por el Congreso de la República), y no disposición ordenanzal como la demandada..." Y agrega:

"Así las cosas, la disposición consagrada en el artículo 27 demandado es abiertamente ilegal y, en consecuencia, debería revocarse en esta parte la providencia impugnada y así declararlo.

"En cuanto a la segunda petición consagrada en el recurso instaurado (fl. 75), no puede ser de recibo, por ilógica, que el Consejo de Estado 'fije a manera de doctrina los límites dentro de los cuales se pueden mover las Asambleas Departamentales'; en primer lugar porque el citado Tribunal no fija doctrina sino que sienta jurisprudencia y, en segundo lugar, no es apropiado el momento procesal para solicitarlo más si se tiene en cuenta que el escrito de sustentación del recurso adolece de las fallas de carácter técnico a las cuales ya se hizo referencia en los primeros párrafos de la presente vista.

"Planteadas así las cosas este Despacho llega a la conclusión, y así lo sugiere formalmente, que debe anularse la sentencia recurrida en cuanto no se declaró la nulidad del artículo 27 del Decreto 0716 de 1984 expedido por el Gobernador del Tolima y declarar tal nulidad".

Consideraciones de la Sala:

Tal como lo anota el señor Fiscal Primero de esta Corporación, en la sustentación del recurso que ocupa la atención de la Sala se plantea inconformidad con la sentencia de primera instancia solamente en lo atinente a que ésta no declaró la nulidad del artículo 27 del Decreto 0716 de 31 de mayo de 1984, punto sobre el cual reclama una clara equivocación del *a quo* puesto que las presunciones legales, aduce, sólo pueden ser creadas por la ley, y no por la citada disposición que expresa:

"Artículo 27. Presunción: Se presume que una o varias personas han incurrido en defraudación a las rentas, cuando en su poder, y en cualquier sitio, se localizan, sin los requisitos legales correspondientes, productos cuya fabricación, distribución, conservación o venta se haya reservado el Departamento.

"Cabe igualmente esta presunción si se trata de licores, tabacos, alcoholes, cervezas, etc., cuya introducción al territorio del Departa-

mento no se encuentren debidamente legalizadas o de productos que requieran de la adherencia de estampillas, impresión de sellos o autorización legal y carezcan de tales requisitos".

Recuerda la Sala que el fallo de instancia denegó por entero las peticiones de la demanda, y que el recurrente, fuera de la inconformidad anteriormente anotada, no sustentó ninguna de las pretensiones expuestas en ésta, pues, simplemente, se limitó a efectuar el siguiente enunciado: ,

"2º En la sentencia recurrida deja entrever el Tribunal Administrativo del Tolima, que fueron tan amplias las facultades que le otorgó la Ley 14 de 1983 a las Asambleas Departamentales que éstas no tienen límite en cuanto a la fijación de penas ni a la forma como se efectuara el procedimiento para sancionar a los infractores a las rentas departamentales.

"Considero que en este caso el fallador ha incurrido en un grave error, puesto que límites sí existen y son precisamente la Constitución y la ley, pues si bien es cierto en el anterior Código de Régimen Político y Municipal se establecían límites precisos en cuanto a la fijación de penas, el nuevo estatuto departamental no lo realizó, pero ello no quiere decir que dejase *ad libitum* de las Asambleas Departamentales la fijación de estos máximos penales".

Es decir: Se presenta una argumentación en términos genéricos sin señalar de manera precisa y concreta la inconformidad con la decisión del Tribunal en cuanto a la aplicación de tal o cual precepto.

Así las cosas, el examen de la Sala se contraerá a la impugnación que se hace del artículo 27 del Decreto 0716 de 31 de mayo de 1984, atrás transcrito, del cual se pregona que "...establece una presunción donde sólo a la ley es dado establecerla según lo dispone el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, el cual se halla ratificado por el artículo 1516 del Código Civil". Y dentro de este contexto se cita una providencia del honorable Consejo de Estado de 4 de diciembre de 1944.

El Tribunal manifestó que se presentaba la infracción propuesta porque "las presunciones pertenecen al derecho procesal y no al sustantivo, lo que implica la admisión de prueba en contrario, o sea que es controvertible..."

Se observa:

1. Previene el artículo 1516 del Código Civil "que el dolo no se presume sino en los casos especialmente previstos por la ley. En lo demás debe probarse".

Y el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, vigente cuando se presentó la demanda (Decreto 409 de 1971) dice que hay presunción legal cuando la ley manda que un hecho se tenga como plena prueba de otro.

2. El artículo 65 de la Ley 14 de 1983 previene que "los impuestos de consumo cuyas tarifas se determinan en el artículo 16 de esta ley, serán pagados a los departamentos, intendencias y comisarías por los productores o introductores según el caso.

"Las Asambleas Departamentales y los Concejos Intendenciales y Comisariales expedirán las normas pertinentes para reglamentar los aspectos administrativos de recaudo del gravamen de consumo y aquellos que sean necesarios para asegurar su pago, impedir su evasión y eliminar el contrabando de los productos de que trata esta ley".

El Decreto 0716 de 31 de mayo de 1984 acusado y al cual pertenece el susodicho artículo 27 fue dictado por el Gobernador del Departamento del Tolima "en ejercicio de sus facultades legales y en especial las conferidas por la Ordenanza número 59 de 1983".

Entonces halla la Sala que la propia autorización de la Asamblea al Gobernador para modificar el Código de Rentas y de Justicia de Rentas del Tolima y que se tradujo en el Decreto 0716 de 1984 cuyo "objeto es la determinación de las Rentas del Departamento del Tolima, el restablecimiento de las conductas fraudulentas y el procedimiento para la investigación, juzgamiento y sanción a quienes violen sus disposiciones", halla su fundamento en el artículo 65 de la Ley 14, antes vertido, que precisamente faculta a tales entes para asumir la reglamentación de la administración del recaudo de los gravámenes al consumo, que conlleva las medidas tendientes a obtener su pago, hacer frente a su evasión y eliminar el contrabando.

Entonces, la presunción del artículo 27 enjuciado, que es "legal", pues admite demostración en contrario *(o juris tantum)* halla su sustento mediato en ese artículo 65, por la potestad que confirió a la Asamblea para proveer sobre tal clase de materias y que en últimas en desarrollo de la misma se plasmó en el Decreto 0716.

Se acomoda así el artículo 27 al artículo 1516 del Código Civil, en armonía con el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal que se limita a dar definición de "la presunción legal".

Precisamente el artículo 27 del Decreto 0716 al consagrar la presunción de defraudación, que a su vez se funda en hechos conocidos razonables, persigue facilitarle al Departamento la administración del tributo y la imposición de las sanciones correspondientes, pues la persona a quien se le hallen los productos no legalizados deberá para exonerarse de ella aducir la demostración en contrario, es decir, ofrecer las explicaciones satisfactorias del caso.

Por último precisa la Sala lo siguiente:

El fenómeno de la presunción legal es procesal porque está referido a la carga de la prueba, pero generalmente contempla relaciones sustanciales que se han producido por fuera del proceso y se reconocen dentro de éste. Así, en el campo administrativo, y concretamente en el evento de la presunción del artículo 27 se releva a la administración de entrar en investigaciones para establecer si los artículos en manos de los administrados están o no legalizados, para desplazar el fardo de la prueba a aquellos cuando se presenta la última circunstancia.

No prospera el cargo.

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

Falla:

Confírmase la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de 19 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.

PENSION GRACIA. PERSONAL DOCENTE. CARGO ADMINISTRATIVO.

El Tribunal no tenía porqué declarar la excepción de inconstitucionalidad respecto del artículo 5º del Decreto-ley 224 de 1972 según el cual los profesionales de la docencia llamados a ocupar cargos administrativos relacionados con la enseñanza, conservan el carácter de docentes y tienen derecho a todos los beneficios para los efectos de ascenso en el escalafón y pensión de jubilación, aduciendo que había sido declarado inexequible el artículo 70 del Decreto 2277 de 1979 por sentencia de la Corte.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., quince de marzo de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente 895 (12257). Recurso extraordinario de anulación (Reconstrucción —Decreto extraordinario 3825 de 1985—).

Actor: Luis Bernardo Castro Garzón.

Reconstruido el proceso de la referencia mediante auto de veintiséis de septiembre de mil novecientos ochenta y seis, corresponde a la Sala entrar a decidir acerca del recurso extraordinario de anulación interpuesto contra la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca —Sección Primera— a cinco de octubre de mil novecientos ochenta y cuatro, que denegó las peticiones de la parte actora, las que consistían en declarar la nulidad de los Decretos números 058 de 1982 —31 de mayo— y 0980 —1º de junio— expedido por el Gobernador del Departamento de Cundinamarca, y por los cuales se le retiró del servicio docente del cargo de "coordinador de oficina en la Sección de Establecimientos Privados —División de Inspecciones—", y se aclaró parcialmente el mismo en el sentido de que se le retira del servicio del empleo de "Inspector de Educación", y, además, en que se declarase que "al momento de ser retirado", tenía derecho a seguir ejerciendo el cargo y a gozar del derecho a la pensión de jubilación y que no existe solución de continuidad en el ejercicio del cargo y que, por lo tanto, el tiempo que dure cesante como consecuencia de los actos acusados, le debe ser tenido en cuenta para ascensos en el escalafón, prestaciones sociales y demás derechos jurídicos

y económicos. Impetróse así mismo el reintegro al cargo o a otro de superior categoría, la condena al Departamento de Cundinamarca al pago de todos los sueldos, prestaciones sociales, bonificaciones y demás adehalas a la asignación básica mensual, desde cuando se produjo el mencionado retiro hasta cuando se produzca su reintegro efectivo.

Cargos contra la sentencia recurrida:

Violación directa por interpretación errónea de los artículos 62, 64 y 215 de la Constitución Política; 15 de la Ley 89 de 1982; 33 de la Ley 6ª de 1945; 7º del Decreto-ley 320 de 1949; 1º del Decreto-ley 2285 de 1955; 1º de la Ley 141 de 1961; 5º del Decreto-ley 224 de 1972; 1º, 2º, 3º, 26, 27, 28, 31, 32, 36-h y 68 del Decreto-ley 2277 de 1979; 9º del Decreto-ley 2285 de 1968; 9º, 25 y 29 del Decreto-ley 2400 de 1968 "por cuanto, al denegar las pretensiones de la demanda, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca desconoció y dejó de aplicar las normas constitucionales y legales que consagran el régimen especial de inamovilidad relativa de los educadores oficiales en sus cargos hasta la edad de retiro forzoso (65 años), así como aquellas normas que contemplan el régimen legal de excepción que hace compatible el ejercicio de la docencia con el goce de la pensión de jubilación, hasta la edad de retiro forzoso".

Del extenso concepto de la violación y de la incidencia de ésta en la parte resolutiva del fallo impugnado (fls. 75 a 89) se harán las acotaciones pertinentes en la parte considerativa de este proveído.

Vista del Ministerio Público:

Luego de compendiar los distintos aspectos o argumentos con los cuales el recurrente da pie a su criterio acerca de la anulación que cabe al fallo impugnado, la señora Fiscal Quinta de la Corporación dice:

> "1. El derecho de inamovilidad relativa: Los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, en cuanto a requisitos para obtener pensión de jubilación, eran aplicables al recurrente; por tanto, al reunirlos para acceder a la pensión 20 años de servicios y 55 de edad, la administración podía optar por dejarlo en el servicio o retirarlo como efectivamente lo hizo mediante los actos acusados.
>
> "El derecho a la estabilidad, derivado de la inscripción en el Escalafón, protege a los docentes hasta el momento en que reúnan los requisitos para que se les reconozca y pague la pensión de jubilación. Tal ha sido la jurisprudencia constante del honorable Consejo de Estado.

"Así las cosas, es claro que el recurrente no tiene derecho ninguno al reintegro que solicita.

"No se ve violación directa de las normas señaladas.

"2. La compatibilidad legal existente entre la pensión de jubilación y el sueldo proveniente del desempeño de empleos docentes oficiales.

"En cuanto a este aspecto el Tribunal en su sentencia, acogiendo el concepto fiscal y después de un extenso estudio declaró la excepción de inconstitucionalidad del artículo 5º del Decreto-ley 224 de 1972, aduciendo que al haber sido declarado inexequible el artículo 70 del Decreto 2277 de 1979 por sentencia de 20 de febrero de 1981 por considerarse que el Ejecutivo no había recibido facultades para referirse al régimen de compatibilidades y pensión, iguales razonamientos llevaban a la declaración de tal excepción.

"A juicio de este Despacho no procedía tal declaratoria ya que el asunto controvertido no era el de la compatibilidad entre sueldo y pensión de jubilación para los docentes, sino el derecho que cree tener el actor al reintegro a su cargo por no haber llegado a la edad de retiro forzoso.

"Es claro que la compatibilidad a la que se alude no puede convertirse en factor de estabilidad para los docentes. Es decir, que para dilucidar el derecho del actor no era necesario dejar de aplicar el artículo 5º del Decreto 224 de 1972.

"Resumiendo, la Fiscalía concluye que aun cuando a su juicio sigue vigente la compatibilidad entre sueldo y pensión para los docentes, no se ve al confrontar la sentencia recurrida con las disposiciones constitucionales y legales invocadas, que éstas hubieran sido infringidas en forma directa.

"En los anteriores términos esta Agencia del Ministerio Público rinde concepto adverso a la prosperidad del recurso extraordinario de anulación" (fls. 115 a 116).

De esta suerte, para resolver

Se considera:

I. El recurso extraordinario de anulación, establecido por el Código Contencioso Administrativo que contiene el Decreto-ley 1 de 1984 como un medio *sui géneris* de impugnación contra sentencias ejecutoriadas (art. 194), señala como única causal la violación directa de la Constitución Política o de la ley sustantiva (art. 197), dependiendo

su prosperidad de quien lo interponga formule los cargos en tal forma que demuestre la incidencia de la violación en la parte resolutiva del respectivo fallo (art. 199, numeral 3).

Es claro entonces que la causal de anulación, como acaba de verse y como ha tenido ocasión de explicarlo la jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado, consiste en el quebranto directo de la norma constitucional o de la norma sustancial, sin apreciación alguna de cuestiones de índole fáctica o relativa a la prueba de los hechos, quedando descartadas eventuales violaciones a leyes o reglas meramente procesales. Por lo tanto, para que se pueda considerar esa posible vulneración es indispensable demostrar que en la sentencia acusada hay errores sobre la existencia, la validez o el alcance que pueda tener un precepto de esa naturaleza, de tal modo que trascienda en la parte resolutiva del fallo. Es, por ende, lo que los tratadistas han denominado *error iuris in iudicando* (error puramente jurídico), o sea, la primera causal para casar una sentencia, demarca el Código de Procedimiento Civil, bien sea que ese yerro recaiga acerca de la existencia o validez de la norma, o sobre su significado, o sobre la relación existente entre el hecho que la ley considera hipotético y el concreto que se ha dilucidado o tratado de dilucidar en el fallo cuestionado.

II. Para la Sala no hay duda alguna que todas las normas legales citadas como violadas por interpretación errónea son de carácter sustantivo o sustancial, pues se ocupan de describir el régimen especial que cobija, en la legislación colombiana, a los docentes, en lo que atañe a sus derechos o prerrogativas. De manera que, bajo este aspecto, cabe examinar si, en verdad, hubo violación directa, por interpretación errónea, de las normas precisadas por el recurrente, tal como se hará seguidamente:

A) Es incontrovertible que para el ingreso, ejercicio, estabilidad, ascenso y retiro de los docentes en sus diversos niveles y modalidades, existe un régimen especial (art. 1º del Decreto-ley 2277 de 1979), y que por el mismo no solamente están comprendidos los maestros propiamente dichos, sino también quienes desempeñen cargos de dirección y coordinación en los planteles educativos, de supervisión o inspección escolar, de programación y capacitación educativa, de consejería y orientación de educandos, de educación especial, de alfabetización de adultos y demás actividades de educación formal autorizadas por el Ministerio del ramo (art. 2º *ibídem*). Sin embargo, para ser tenido como docente, para que así se goce "de los derechos y garantías" propias de la respectiva carrera, es indispensable que se halle *inscrito en el escalafón*, que *sea designado para un empleo de dicha naturaleza y que tome posesión del mismo* (art. 27). Si se dan los tres requisitos, el docente "no podrá ser suspendido o destituido ...sin antes haber sido suspendido o excluido del escalafón", siendo esto último posible sólo por "ineficiencia profesional o mala conducta comprobadas..." (art. 28). Además, por ser educador de carrera, se

"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" (art. 31); en otras palabras, el ejercicio de la profesión no es incompatible con el goce de la pensión de jubilación "siempre y cuando el beneficiario esté mental y físicamente apto para la tarea docente, pero se decretará retiro forzoso del servicio al cumplir sesenta y cinco (65) años de edad" (art. 5º, Decreto-ley 224 de 1972);

B) "El ejercicio de la docencia no será incompatible con el goce de la pensión de jubilación siempre y cuando el beneficiario esté mental y físicamente apto para la tarea docente, pero se decretará retiro forzoso del servicio al cumplir sesenta y cinco (65) años de edad". Tal es el texto del artículo 5º del Decreto 224 de 1972, que entró a regir el 21 de febrero del mismo año. Y el 6º dice: "Los profesionales de la docencia en ejercicio o inscritos en el escalafón que hayan sido o que sean llamados a ocupar cargos administrativos relacionados con la enseñanza elemental, secundaria o media, capacitación, supervisión e investigación científica en el Ministerio de Educación Nacional o en organismos descentralizados del sector educativo, conservarán el carácter de docentes y *disfrutarán de todos los beneficios para efectos de ascenso en el escalafón y pensión de jubilación*" (Se subraya).

La primera de las normas transcritas (el art. 5º del Decreto 224 de 1972) no fue aplicada por el Tribunal en la sentencia acusada porque estimó que fue expedida por el Gobierno sin facultades expresas del Congreso en la respectiva ley, mas por eso mismo, amerita un examen más detenido para precisar dichos alcances; y en cuanto a la segunda (art. 6º *ibídem*), sobre todo en lo que hace a la frase que se ha subrayado, es necesario analizarla para entender su cabal sentido.

Para la Sala, y en esto está concorde con el pensamiento de su colaboradora Fiscal, el Tribunal no tenía porqué declarar la excepción de inconstitucionalidad respecto al artículo 5º del Decreto-ley 224 de 1972, aduciendo que había sido declarado inexequible el artículo 70 del Decreto 2277 de 1979 por sentencia de la Corte de fecha 20 de febrero de 1981. No era el tema de la compatibilidad entre sueldo y pensión de jubilación para los docentes lo que se debatía, sino el derecho del actor al reintegro al cargo. Es más: En el mismo fallo citado, la Corte afirmó: "...ha sido tradicional y reiterada la tendencia del legislador al consagrar como salvedad a la prohibición del artículo 64 de la Carta, la coexistencia de pensión y sueldo para las personas dedicadas a las actividades docentes, en razón de los beneficios que éstas reportan a la comunidad". Y más adelante precisa: "Con respecto al primer inciso del demandado artículo 70, es preciso anotar enfáticamente, que su contenido no hace otra cosa que reiterar por parte del Ejecutivo, *la vigencia de las disposiciones aplicables* hoy en día en *materia* de reconocimiento y pago de pensiones de jubilación, *lo mismo* que en materia

de compatibilidad *entre el goce de la dicha pensión y el ejercicio de la docencia,* por lo que toca al sector laboral de los maestros; y con respecto al cual, por lo mismo, no se modifica para nada el estatus vigente para el mentado gremio. Estima la Corte, que si bien dicho inciso primero resulta inexequible, no lo es en modo alguno por el hecho de haberse reiterado la mencionada vigencia de las normas en cita, la cual sigue intangible a todas luces..."

A su turno, esta Sección Segunda ha dicho en sentencia de 15 de noviembre de 1983 (expediente 5705, Consejero ponente doctor Alvaro Orejuela Gómez): "...no desapareció la compatibilidad entre sueldo y pensión para los institutores, pues como lo sostiene la misma corporación (se refiere a la Corte) aquella sigue intangible, por cuanto está consagrada con anterioridad en otra norma legal como es el artículo 5º del Decreto-ley 224 de 1972, que continúa rigiendo y cuya vigencia deberá preverse como uno de los estímulos a que alude la Ley 14 de 1971, para el Magisterio del país en general, y para quienes están dedicados a la ardua, ingrata y nunca bien remunerada labor de enseñanza; y porque, además, con el ordenamiento legal en referencia, el Gobierno nacional, investido de facultades extraordinarias, quiso establecer una especial y justa excepción que favoreciera tanto en el aspecto económico como profesoral (sic) a estos meritorios y perseverantes servidores del Estado".

De manera que en lo que atañe a la excepción de inconstitucionalidad que declaró el Tribunal en la sentencia recurrida que lo llevó a no aplicar el artículo 5º del Decreto-ley 224 de 1972, hubo, sin duda, un error de interpretación, motivo suficiente para anular la sentencia. Por consiguiente, hubo también interpretación errónea de las normas sustantivas que se citaron y transcribieron arriba (arts. 1º, 2º, 27, 28 y 31 del Decreto-ley 2277 de 1979 y 5º y 6º del Decreto-ley 224 de 1972).

De allí que la Sala no comparta los criterios que la señora Fiscal sentó al respecto en su vista de fondo en el sentido de que "aun cuando a su juicio sigue vigente la compatibilidad entre sueldo y pensión para los docentes, no se ve al confrontar la sentencia recurrida con las disposiciones constitucionales y legales invocadas, que éstas hubieran sido infringidas en forma directa". Aunque la tesis que se desprende de esa afirmación, o sea que la compatibilidad entre sueldo y pensión de jubilación para los docentes debe entenderse en cuanto a que la administración puede discrecionalmente conservar en el servicio al docente pensionado, puesto que la ley lo autoriza, interpretando las normas que regulan el escalafón y su finalidad puede así mismo retirarlo del servicio si a bien lo tiene, ha sido igualmente sostenida reiteradamente por la Corporación, desde hace mucho tiempo, ello no obsta para recoger, como lo hace con ocasión del presente proveído, esta doctrina de la Sala.

Porque en verdad, releyendo con más detenimiento las normas en cita, al observar que el ejercicio de la docencia "no será incompatible

con el ejercicio de la pensión de jubilación siempre y cuando el beneficiario esté mental y físicamente apto para la tarea docente, pero se decretará retiro forzoso del servicio al cumplir 65 años de edad", indudablemente la disposición *consagra un derecho* en favor de los docentes, que priva a la administración de la facultad discrecional de desvincularlos del beneficio que la ley ha establecido para ello, de una manera incompleta desde la Ley 12, y que ha venido consolidándose a través de leyes posteriores;

C) En este orden de ideas, habráse de declarar próspero el recurso extraordinario de anulación interpuesto en el caso *in exámine* y, asumiendo entonces el papel de Tribunal de instancia, examinando la situación fáctica con base en las pruebas que son antecedentes en el proceso que culminó en el fallo acusado y que permiten concluir que el señor Castro Garzón, ciertamente estaba, cuando se dictó el acto que declaró insubsistente su nombramiento en un cargo evidentemente docente, habrá de acceder a las peticiones que hiciera la parte 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 *Anúlase* la sentencia de 5 de octubre de 1984, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca —Sección Primera—, en este asunto.

2º En su lugar, *decláranse* nulos, los actos administrativos contenidos en los Decretos números 0958 y 0980 de 1982 —31 de mayo y 1º de junio, respectivamente—, originarios de la Gobernación del Departamento de Cundinamarca.

3º Declárase igualmente que el señor Luis Bernardo Castro Garzón, en el momento de ser retirado del servicio docente, tenía derecho a seguir ejerciendo el cargo de inspector de educación y a devengar pensión de jubilación.

4º Ordénase el reintegro del señor Luis Bernardo Castro Garzón al cargo docente que venía desempeñando o a otro de igual o superior categoría, siempre que no hubiere cumplido sesenta y cinco (65) años de edad.

5º Ordénase al Departamento de Cundinamarca a pagar al señor Luis Bernardo Castro Garzón el valor de todos los sueldos, prestaciones sociales, bonificaciones y demás emolumentos dejados de percibir desde cuando se produjo el retiro del servicio hasta cuando se produzca su reintegro efectivo o hasta cumplidos los sesenta y cinco (65) años de edad si esta circunstancia hubiese tenido ocurrencia antes del reintegro.

6º Declárase que no ha existido solución de continuidad en el ejercicio del cargo por parte del señor Luis Bernardo Castro Garzón, y que, por lo tanto, el tiempo que transcurra entre la fecha en que se produjo el retiro del servicio y una de las dos circunstancias mencionadas en los dos numerales precedentes, ha de ser tenido en cuenta para todos los efectos legales relievantes.

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 10 de marzo de 1989.

Alvaro Lecompte Luna, Aydée Anzola Linares, Ausente; *Ignacio Reyes Posada,* Conjuez; *Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

Miguel A. Perilla P., Secretario.

ENTIDADES DESCENTRALIZADAS DEPARTAMENTALES. ASAMBLEA DEPARTAMENTAL. Facultades. ESCALAS DE REMUNERACION.

De conformidad con el numeral 5 del artículo 187 de la Constitución Nacional, es atribución privativa de las Asambleas determinar, a iniciativa del Gobernador, las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleo de la administración departamental, dentro de la cual están comprendidas las entidades descentralizadas de este orden.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., cinco de mayo de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

Proyectó: *Doctor Antonio José Arciniegas Arciniegas,* Abogado asistente.

Referencia. Expediente número 2506.

Actor: José Jesús Laverde Ospina.

José Jesús Laverde Ospina, en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública de nulidad, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo del Quindío solicitando la declaración de nulidad del Acuerdo número 001 de 7 de febrero de 1985, expedido por el Gobernador de ese Departamento, en calidad de Presidente de la Junta Directiva de la Caja Departamental de Previsión Social.

La demanda se apoyó en los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

I. Que la honorable Asamblea Departamental, por Ordenanza número 003 de noviembre 13 de 1984, fijó el tope de reajuste de las asignaciones civiles para todo el personal administrativo no sindicalizado al servicio del Departamento, de sus institutos descentralizados y de la misma Asamblea, a partir de 1º de enero de 1985 y, por Ordenanza número 2 de 1983 había fijado ese tope para ese personal durante la vigencia de 1984.

II. Que el señor Gobernador del Departamento, en calidad de Presidente de la Junta de la Caja de Previsión Social del Quindío, el

7 de febrero de 1985 suscribió el Acuerdo número 001, en cuyos artículos 1º y 2º definió el reajuste de asignaciones civiles para el personal de "CAPREQUINDIO", con retroactividad al 1º de julio de 1984, no obstante haber sido ya fijado el incremento salarial para este personal por las citadas ordenanzas que son de superior jerarquía. En esta forma dicho Acuerdo viola esas ordenanzas.

III. Que con este Acuerdo del Gobernador se incurrió en "exceso y desviación de poder" debido a que según el artículo 187, ordinal 5 de la Constitución Nacional, la fijación de esas asignaciones civiles correspondía a las ordenanzas de la Asamblea, a iniciativa del Gobernador o a decreto ordenanzal de éste, investido *pro témpore* de funciones propias de la Duma Departamental.

IV. Que la Caja de Previsión Social del Departamento está obligada a supeditarse a las ordenanzas de la Asamblea, que señalen para cada vigencia el monto de las asignaciones civiles del personal no sindicalizado del orden departamental y que fijen el presupuesto del Departamento, propuesto para cada vigencia por el Gobernador, del cual hace parte el presupuesto de esa Caja.

V. Que los funcionarios de la Caja de Previsión Social del Departamento son empleados del orden departamental y como tales están sujetos al mismo régimen salarial de éstos.

VI. Que, conforme al artículo 187, numeral 5º de la Constitución Nacional, es atribución de la Duma Departamental, a iniciativa del Gobernador, crear los empleos departamentales y fijar sus sueldos.

VII. Que "no es a la Junta a quien le compete fijar la escala salarial para los empleados del establecimiento público del orden departamental, sino que el mandato constitucional y legal señala en forma meridiana que es a la honorable Asamblea Departamental a quien corresponde señalar la escala salarial, con base a la iniciativa presentada por el señor Gobernador como Jefe de la Administración Pública en el Departamento y por ende gestor del gasto público, o en su defecto a este funcionario por delegación *pro témpore* que la Duma le otorgue para ese caso específico" (fl. 10, cuaderno principal).

El Tribunal del conocimiento, en sentencia de 27 de noviembre de 1986, negó las peticiones de la demanda, después de considerar que la demanda adolece de gran confusión e imprecisión en los hechos y en el concepto de violación, que no fue probada oportunamente la sanción de las Ordenanzas números 002 de 1983 y 003 de 1984 señaladas como violadas por el acuerdo acusado y que las Juntas Directivas de las entidades descentralizadas departamentales tienen la facultad de establecer escalas de remuneración para su personal, en virtud de su facultad de expedir los estatutos básicos de esas entidades (fls. 23 a 32, cuaderno principal).

Esta sentencia fue apelada por el actor, sustentándose en las razones de la demanda (fl. 34, cuaderno principal).

La señora Agente del Ministerio Público conceptuó solicitando la revocación de la sentencia de primera instancia, para que se acceda a las súplicas de la demanda.

Cumplido el trámite de ley y no observándose causal alguna de nulidad procesal, se decide mediante las siguientes

Consideraciones:

La distinguida señora Fiscal Quinta de la Corporación hizo los siguientes planteamientos sobre el asunto debatido y la decisión apelada:

> "La Fiscalía no comparte la decisión del *a quo* por las siguientes razones:
>
> "En primer lugar es necesario puntualizar, que el personal al servicio de entidades descentralizadas del orden departamental debe considerarse departamental pues es obvio que no pertenece ni al orden nacional ni al municipal.
>
> "También, recordar que de conformidad con el artículo 192 de la Constitución Nacional, las ordenanzas de las Asambleas y los acuerdos de los Concejos Municipales son obligatorios mientras no sean anulados o suspendidos por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, y por tanto no es necesario probar su sanción.
>
> "Si alguien controvierte su vigencia es quien debe probar que la sanción no se produjo, lo cual es posible con la certificación de autoridad competente.
>
> "Sentadas estas bases, corresponde establecer a quién compete, en el ámbito departamental, fijar las escalas de remuneración del personal al servicio de las entidades descentralizadas de ese orden.
>
> "En forma similar a lo que ocurre en el orden nacional, la Constitución Nacional en el numeral 6º del artículo 187, atribuye a las Asambleas Departamentales la facultad de crear, a iniciativa del Gobernador y conforme a las normas que determine la ley, establecimientos públicos, sociedades de economía mixta y empresas industriales y comerciales, y por supuesto, la de expedir los estatutos orgánicos de dichos entes.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 28 de abril de 1989.

Alvaro Lecompte Luna, Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Hernando Herrera Vergara, Conjuez.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

INTRA. DIRECTOR DE TRANSITO DEPARTAMENTAL. GOBERNADOR. Facultades.

El Instituto Nacional de Transporte es el que tiene competencia para designar y remover a los Directores de Tránsito y Transporte Departamentales, pero los Gobernadores tienen facultad para enviar ternas, lo cual es distinto a que estén facultados para aceptar renuncias presentadas por aquellos funcionarios o para designarlos o removerlos.

RENUNCIA. Inexistencia. INDEMNIZACION DE PERJUICIOS.

La renuncia adolece del vicio de nulidad por incompetencia del funcionario que la aceptó (Gobernador del Departamento), como se le causó perjuicio al demandante traducido en que se le impidió seguir devengando el sueldo y demás emolumentos a que tenía derecho, la Gobernación de Cundinamarca, a manera de indemnización de perjuicios deberá pagarle al demandante los salarios comprendidos entre el día que dejó de prestar los servicios, y hasta la fecha en que se hubiera posesionado legalmente el reemplazo del actor a virtud de nombramiento hecho por autoridad competente, o sea el INTRA.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., dieciséis de mayo de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejera ponente: *Doctora Aydée Anzola Linares.*

Referencia: Expediente número 3351. Autoridades departamentales.

Actor: Víctor Julio Correa Forero.

El señor Víctor Julio Correa Forero, por conducto de apoderado, instauró demanda, ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, haciendo uso de la acción de plena jurisdicción, para que previos los trámites legales pertinentes se hicieran las siguientes declaraciones:

1º Que es nulo el artículo 3º del Decreto 2769 de 1982, proferido por el Gobernador de Cundinamarca, mediante el cual se aceptó la renuncia del cargo que, como Director Departamental de Tránsito y Transportes de Cundinamarca, venía desempeñando el accionante.

2º En consecuencia de lo anterior y como restitución del derecho violado, el demandante debe ser reintegrado al cargo anteriormente nombrado y que se le cancelen los sueldos dejados de percibir, primas, vacaciones, etc.

Los hechos en que se fundamentan las peticiones anteriores, son los siguientes:

"1º Mi representado, el señor Víctor Julio Correa Forero, fue nombrado como Director Departamental de Tránsito y Transporte de Cundinamarca en reemplazo del doctor Juan Wilches Benavides, mediante Resolución número 0515 de 22 de mayo de 1981, emanada de la Dirección General del Instituto Nacional del Transporte (INTRA). Nombramiento que le fue comunicado a través del escrito de fecha 22 de mayo del mismo año y que signó el Asistente de la Dirección Nacional o General del citado Instituto.

"2º Por medio de la comunicación de junio 1º de 1981 y numerada bajo el 0008555, el señor Secretario de Gobierno de Cundinamarca le informó al señor Correa Forero que, había sido designado como Director de Tránsito y Transporte de Cundinamarca, por medio de la Resolución 0515 del Instituto Nacional del Transporte, y que, había sido confirmado por Decreto 01877 de fecha 1º de junio de 1981.

"3º El señor Gobernador del Departamento de Cundinamarca inexplicablemente, aceptó la renuncia del señor Correa Forero del cargo de Director Departamental de Tránsito y Transporte, según aparece en el artículo 3º del Decreto 2769 de 1982.

"4º En su reemplazo se designó como nuevo Director al señor Alix Candamil.

"5º Se acompaña copia auténtica del acto acusado; con el cual se viola flagrantemente la ley".

Las normas legales violadas y el concepto de la violación, aparecen expresados a folios 12 a 15 del expediente. La demanda fue adicionada en el sentido de aumentar las causales de violación del acto acusado, como aparece a folios 25 a 27 del expediente.

Como parte demandada se indicó la Gobernación de Cundinamarca a virtud de que fue el Gobernador de dicho Departamento, quien expidió el acto acusado. El citado organismo se hizo presente en el juicio por intermedio de apoderada quien se opuso a que prosperen las súplicas de la demanda como se desprende de los escritos visibles a folios 38 a 39, 87 y 88 del informativo.

El Tribunal del conocimiento dirimió la controversia que ahora es materia de apelación y en ella, resolvió lo siguiente en la parte resolutiva:

> "1º Decrétase la nulidad del Decreto 2769 de 1982, mediante el cual el Gobernador del Departamento le aceptó al actor la renuncia del cargo de Director Departamental de Tránsito y Transporte de Cundinamarca.
>
> "2º Dentro del término señalado en el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo, el Instituto Nacional de Tránsito y Transporte —INTRA— reintegrará al actor, Víctor Julio Correa Forero, al cargo de Director del Departamento de Tránsito y Transporte de Cundinamarca, y el Departamento de Cundinamarca le pagará todos los sueldos, primas, prestaciones y demás beneficios que haya dejado de percibir desde que fue separado del cargo hasta que sea reintegrado.
>
> "3º Por la Secretaría de la Sección, dése cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo".

Después de que se notificó a las partes la sentencia anterior, el Instituto Nacional del Transporte (INTRA), por intermedio de apoderado, se apersonó en el juicio e interpuso apelación contra la providencia referida y en el escrito de folios 115 y 117 se expresó así:

> *"La intervención del INTRA.*
>
> "Está determinada por el contenido de la sentencia, pues en su parte resolutiva se condena a esta entidad a reintegrar al señor Víctor Julio Correa Forero al cargo de Director del Departamento de Tránsito y Transporte de Cundinamarca.
>
> "Las razones que fundan la impugnación del citado fallo son las siguientes:
>
> "1. Improcedencia de la condena al Instituto Nacional de Transporte.
>
> "La entidad por mí representada no fue parte en la controversia instaurada por el señor Víctor Julio Correa Forero.
>
> "Ninguna de las actuaciones del INTRA, aún las relacionadas con la desvinculación del servicio del actor, fue cuestionada a lo largo del proceso. No se incluyó en las súplicas de la demanda, ni en su adición, petición alguna encaminada a obtener la nulidad de actos administrativos expedidos por el INTRA. Tampoco se le notificó la existencia del proceso, ante su eventual interés en las resultas del mismo.

"Luego, el pronunciamiento mediante el cual se decidió en primera instancia la controversia, determinando el reintegro del demandante constituye una incongruencia del fallo emitido.

"2. Ineptitud de la demanda. Pretende el actor su reintegro al cargo de Director Departamental de Tránsito y Transporte de Cundinamarca, empleo que ejerciera hasta el 7 de septiembre de 1982. Dirigido a este fin invoca la anulación del Decreto 2769 de 1982 mediante el cual el Gobernador de Cundinamarca aceptó la renuncia a dicho cargo; pide además el pago de sueldos, primas y demás emolumentos dejados de percibir.

"Se fijan de esta manera los extremos de la hipótesis en que se funda la demanda:

"—De un lado aparece el Departamento de Cundinamarca como único demandado, con base en la expedición del Decreto cuya nulidad se pide.

"—De otra parte a título de restablecimiento se solicita el reintegro y el pago mencionados.

"Como este fundamento no podía prosperar la pretensión incoada, por cuanto omitió demandar otras actuaciones estrechamente ligadas por su retiro de la función pública, tal el caso del Decreto 2772 de 1982 emanado de la Gobernación de Cundinamarca y mediante el cual se designa a Alexis Candamil como Director del Departamento de Tránsito y Transporte de Cundinamarca, y fundamentalmente la Resolución 997 de 1982, expedida por el Director General del INTRA y mediante la cual se designara a la persona relacionada para ejercer dicho cargo.

"El procedimiento para nombrar los Directores Departamentales de Tránsito está señalado en los Decretos 2231 de 1955; 1173 de 1966 y 219 de 1978 (hoy derogado), tal nominación emana del Director General del INTRA, quien realiza la designación seleccionando los Directores de ternas enviadas por los Gobernadores respectivos.

"Así las cosas, si el Director del INTRA es la persona a quien corresponde designar al funcionario para desempeñar el cargo al que pretendía ser reintegrado el demandante; si dicha autoridad nominadora expidió la Resolución 997 de 26 de octubre de 1982, mediante la cual se designó a Alexis Candamil Montoya; para que fuera viable el reintegro suplicado, se debió pedir la nulidad del mencionado acto y consecuentemente dirigir la acción contra el Instituto Nacional del

Transporte de lo contrario sus actuaciones referidas al retiro de la función pública del señor Víctor Julio Correa Forero no desaparecen de la vida jurídica, continuando incólume, al gozar como todos los actos administrativos de la presunción de legalidad hasta tanto no sean declarados nulos por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, criterio éste último que fue expuesto con claridad en la vista del Fiscal doctor Tarcisio Cáceres Toro, cuya argumentación debió acogerse al fallar la controversia".

La señora Fiscal Quinta de la Corporación, doctora María Eugenia Samper, en su vista de fondo se pronunció así:

"En cuanto al restablecimiento del derecho, este Despacho se aparta de lo ordenado en la sentencia apelada relacionado con el reintegro del señor Correa Forero, y acoge los planteamientos del señor Fiscal del Tribunal, de concederlo parcialmente. El reintegro del actor no lo considera posible por cuanto el Director del Instituto hizo nuevo nombramiento en el cargo que detentaba el demandante, produciéndose así su insubsistencia, y como no se demandó, este acto, sigue vigente mientras no sea desvirtuada su legalidad ante la Justicia Administrativa.

"En relación con la cancelación de sueldos dejados de percibir, las primas, y las vacaciones se tiene que se deben reconocer desde el día de la desvinculación real del actor del servicio, hasta el día en que el Instituto Nacional de Tránsito y Transporte posesionó a la persona que lo reemplazó.

"En cuanto a la petición de la condena en costas no es posible de conformidad con lo regulado por el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil.

"De acuerdo con lo expuesto, la Fiscalía se permite conceptuar solicitando se confirme parcialmente la sentencia apelada".

Como ha llegado el momento procesal para decidir la apelación, a ello se procede, previas las consideraciones siguientes:

Sea lo primero hacer notar que no existe discrepancia alguna, en los autos, acerca de cual es la entidad que tiene competencia para designar y remover al Director de Tránsito y Transporte de Cundinamarca. En efecto, no sólo en la demanda, sino en su adición y en los varios alegatos que obran en autos, las partes y especialmente el señor apoderado del accionante hacen hincapié al señalar al INTRA como la entidad que tiene facultad de acuerdo con las normas legales violadas por el acto enjuiciado, para designar al mencionado funcionario. Sin embargo, insiste en que son el Departamento de Cundinamarca

(véase demanda) o el INTRA (véase alegato) los organismos obligados a reintegrar al demandante al mismo cargo que venía desempeñando, no obstante que al tenor de las normas que a continuación se examinan, el Instituto Nacional de Transporte es el que tiene competencia para designar y remover a los Directores de Tránsito y Transporte Departamentales:

En efecto: El Decreto número 2281 de 1955 "por el cual se nacionaliza el control y vigilancia del tránsito de vehículos", dispuso lo siguiente en su artículo 5º: "...Los Directores Departamentales de Transporte y Tránsito serán nombrados por el Gobierno nacional, de ternas pasadas por los Gobernadores". "Artículo 4º El personal de las Direcciones e Inspecciones de Transporte y Tránsito se fijarán y pagarán, así como los demás gastos que ocasione el funcionamiento de estas dependencias, por los respectivos Departamentos..."

Posteriormente se dictó el Decreto número 1173 de 1966, por el cual se reglamenta el artículo 5º del Decreto anteriormente relacionado, así: "CONSIDERANDO: Que al indicar el artículo 5º del Decreto 2281 de 1955 el procedimiento para nombrar a los Directores Departamentales de Transporte y Tránsito... buscó nacionalizar el control y la vigilancia del tránsito como expresa el mismo título del Decreto. Que dicho Decreto no especificó claramente a quien corresponde la iniciativa DE REEMPLAZAR A ESTOS FUNCIONARIOS Y QUE ESTA INICIATIVA CORRESPONDE A QUIEN PRODUCE LOS NOMBRAMIENTOS" (Las mayúsculas son de la Sala).

Que el Decreto 2281 persigue dar estabilidad a los funcionarios seccionales de Transporte y Tránsito y vincularlos más estrechamente al control del Gobierno nacional por medio de la División de Transporte del Ministerio de Fomento. "DECRETA: Artículo 1º Los Gobernadores de los Departamentos... no podrán enviar al Ministerio de Fomento ternas para los efectos de lo dispuesto en el artículo 5º del Decreto 2281 de 1955, sin que éste las haya solicitado previamente".

Se expidió también el Decreto 219 de 1978, aprobatorio del Acuerdo número 27 de 1977 que contiene los estatutos del INTRA, del cual es importante destacar lo siguiente: "Artículo 19. El Director General del Instituto tiene las siguientes funciones: 1... 2... 3... 4... 5... 6... 7... 8... 9... 10... 11... 12... 13... 14 Nombrar y remover los Directores de Transporte y Tránsito, de ternas pedidas a los Gobernadores... Proveer interinamente dichos cargos cuando las necesidades del servicio así lo exijan".

Se desprende de lo anterior, que para efectos del pago de asignaciones y "demás gastos", el personal de las Direcciones e Inspecciones de Transporte y Tránsito, es de carácter local, pero cuando se trate de nombrar o remover a los Directores, esta facultad quedó en cabeza del INTRA, pues los mandatarios locales o sea los Gobernadores, apenas están facultados para enviar las ternas al referido Ins-

tituto, cuando éste considere que es pertinente pedírselas. Además, el INTRA está facultado legalmente, mediante actos de delegación o contratos, para delegar en organismos oficiales o en funcionarios públicos, el cumplimiento de las funciones que le han sido encomendadas.

Significa lo anterior que para designar a los Directores de Transporte y Tránsito, existe un procedimiento mixto, pues el INTRA es quien nombra y remueve el personal, pero los Gobernadores tienen facultad para enviar ternas, lo cual es bien distinto a que estén facultados para aceptar renuncias presentadas por aquellos funcionarios o para designarlos o removerlos. Se concluye, entonces que en el caso de estudio asiste razón al demandante cuando consideró que el acto acusado por medio del cual el Gobernador de Cundinamarca le aceptó una renuncia inexistente, adolece del vicio de nulidad por incompetencia, de acuerdo con las normas legales que se relacionan en la demanda y que ya fueron examinadas por la Sala. Lo que si no puede ordenarse, pese a la ostensible ilegalidad del Decreto demandado, es el reintegro del accionante, por parte del Departamento de Cundinamarca, porque de ser así le correspondería al Gobernador dictar un nuevo acto, dando cumplimiento a la sentencia de las autoridades contencioso administrativas, acto aquel que nacería también, al igual que el anterior viciado de nulidad precisamente por no tener facultad dicho funcionario para disponer el reintegro, al mismo cargo que venía desempeñando Víctor Julio Correa Forero.

También está de acuerdo esta Sala, en que el demandante debe ser indemnizado, en este caso sí por la Gobernación de Cundinamarca, pues al separarlo del cargo que venía desempeñando, lo hizo en forma irregular sin tener competencia para ello, causándole el consiguiente perjuicio que se traduce en que se le impidió seguir devengando el sueldo y demás emolumentos a que tenía derecho. No sobra agregar que tampoco estaba facultado para nombrarle reemplazo como está probado que lo hizo. Deberá, en consecuencia anularse de acuerdo con lo dispuesto por el Tribunal del conocimiento, el Decreto demandado y ordenar, en su lugar, que a manera de indemnización de perjuicios la Gobernación de Cundinamarca le pague al demandante los salarios comprendidos entre el 8 de septiembre de 1982, día en que dejó de prestar servicios, según está demostrado, hasta la fecha en que se hubiera posesionado legalmente el reemplazo del actor, a virtud de nombramiento hecho por autoridad competente, o sea el INTRA.

Finalmente, la Sala quiere hacer notar que en este proceso el Tribunal del conocimiento incurrió en un grave error al condenar a una entidad que no ha sido parte porque no fue demandada, como se desprende de la lectura de la demanda y de su adición, desconociéndose así la garantía constitucional basada en el principio de que nadie puede ser condenado sin haber sido juzgado y sin habérsele dado la oportunidad de ser oído y vencido en juicio mediante los trámites que la

ley señala para cada caso. En efecto, en este juicio el Instituto Nacional del Transporte por no haber sido señalado en la demanda como demandado, no está obligado, a responder por la cosa o cuestión demandada porque no ha sido objeto de la relación jurídico procesal, como sí lo fue el Departamento de Cundinamarca. Es decir, el INTRA, no ha sido sujeto pasivo de las pretensiones del accionante y por esta razón no podía ejercitar oportunamente el derecho de contradicción, vale decir, hacer uso de la defensa y derecho de excepcionar, con todas sus consecuencias jurídicas. Como no se le vinculó al proceso desde que se presentó admitió la demanda y se notificó el auto admisorio de la misma, al proceder a condenar al mencionado Instituto Nacional del Transporte se incurrió, por decir lo menos, en abuso de funciones por parte del juzgador de primera instancia. Además de aceptarse la condena contra el INTRA ordenada por el Tribunal de Cundinamarca se atentaría contra los principios fundamentales del derecho procesal, entre los cuales sobresale el de interés público o general en el proceso que persigue y garantiza la armonía, la paz y la justicia social. Por lo mismo esta Sala no puede hacer pronunciamiento alguno acerca del acto de folio 153 del expediente, expedido por el INTRA.

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

Falla:

1º *Confírmase* el numeral 1º de la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

2º *Revócase* el numeral 2º de la misma sentencia en su totalidad, y en su lugar *absuélvese* al Instituto Nacional del Transporte (INTRA) y al Departamento de Cundinamarca de reintegrar al demandante al cargo que venía desempeñando, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

3º *Condénase* al Departamento de Cundinamarca a pagar, a manera de perjuicios a Víctor Julio Correa Forero, los sueldos que haya dejado de percibir desde el día en que se le desvinculó del cargo de Director Departamental de Tránsito y Transporte de Cundinamarca (8 de septiembre de 1982) y hasta la fecha en que su reemplazo, se haya posesionado legalmente y a virtud de acto pronunciado por el organismo competente, de acuerdo con lo dicho en la parte motiva de esta sentencia.

4º *Confírmase* el numeral 3º de la misma providencia apelada.

Sin costas en ninguna de las instancias.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El anterior proyecto fue estudiado y aprobado por la Sala en sesión celebrada el día 9 de mayo de 1989.

Alvaro Lecompte Luna, Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro.

Miguel Antonio Perilla P., Secretario.

ENTIDADES DESCENTRALIZADAS DEPARTAMENTALES. PRESUPUESTO DE RENTAS Y GASTOS DEPARTAMENTALES. ASAMBLEA DEPARTAMENTAL. Funciones.

Una de las funciones de las Asambleas Departamentales, conforme al artículo 187-7 de la Constitución Nacional y artículo 60-7 del Decreto 1222 de 1986, es la de expedir, anualmente, el presupuesto de rentas y gastos del Departamento con base en el proyecto presentado por el Gobernador y de acuerdo con las normas legales. No se habla allí de las entidades descentralizadas, y sería ilógico que lo hiciera ya que el mismo Decreto 1222 le asigna a las Junta Directivas de esas entidades la función de aprobar su presupuesto anual.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., catorce de junio de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Samuel Buitrago Hurtado.*

Referencia: Expediente número 1164. Apelación interlocutorios.

Actor: José Jesús Laverde Ospina.

Procedente del Tribunal Administrativo del Quindío, ha llegado a esta Corporación, el presente asunto para surtirse el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la providencia que lleva fecha dieciocho de febrero de mil novecientos ochenta y nueve. En ella, la Sala de Decisión de dicho Tribunal admite una demanda y resuelve negativamente la solicitud de suspensión provisional que había sido impetrada contra el acto demandado.

La demanda:

Dice el demandante que el Gobernador del Departamento, en su condición de Presidente de la Junta Directiva de la Caja de Previsión Social "CAPREQUINDIO", "conforme lo señalan los estatutos de la citada entidad, expidió (sic) el día once (11) de enero del corriente año" un nuevo presupuesto para ese instituto descentralizado. Dicho presupuesto, dice el libelista, no tiene piso jurídico, es extemporáneo

y viola el Decreto-ley 2407 de 1981 que es la ley marco que regula la materia sobre presupuestos de entidades del orden departamental. Además de la anterior, señala como violadas las siguientes normas: Artículo 20, artículos 187 numeral 7º y 194 numeral 7º de la Constitución Nacional; artículos 85 y 60 numeral 7º del Decreto-ley 2407 de 1981. Demanda entonces la declaración de nulidad del acto administrativo por el cual se expidió el presupuesto de rentas y gastos de la Caja de Previsión Social y, precautelativamente, la suspensión provisional del mismo.

La providencia apelada:

El Tribunal *a quo*, en auto de 18 de febrero de 1989, admite la demanda y, después de ordenar las notificaciones de rigor y la fijación en lista, se pronuncia sobre la suspensión provisional impetrada declarando que no existe ninguna contradicción entre las normas señaladas puesto que, si bien éstas consagran como atribución de las Asambleas Departamentales la expedición del presupuesto de rentas y gastos del Departamento, el acto acusado contiene la expedición del presupuesto de la Caja Departamental de Previsión Social del Quindío, entidad descentralizada del orden departamental, con personería jurídica propia y autonomía administrativa y financiera. Señala también la providencia demandada que, existiendo contradicción entre el artículo 22 del Decreto 2407 de 1981 que ordena anexar al proyecto de presupuesto departamental los proyectos de presupuesto de los establecimientos públicos, y el artículo 282 del Decreto 1222 de 1986 que autoriza a la Junta Directiva de dichos entes la aprobación de su presupuesto anual, este último, por ser posterior y por tratarse de una norma de igual categoría, deroga tácitamente la primera.

En su memorial de impugnación, el apelante insiste en que el presupuesto de la Caja Departamental de Previsión debe someterse a la aprobación de la Asamblea conforme a lo ordenado por el aritículo 187, numeral 7º de la Constitución que estima violado por el acto acusado.

Para decidir, *se considera:*

Es necesario para el objetivo de este proveído, repasar las normas pertinentes a las entidades descentralizadas, definidas y clasificadas en el Título X del Decreto 1222 de 1986. Al efecto, el artículo 252 dice que "son entidades descentralizadas del orden departamental los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales y las sociedades de economía mixta". El artículo 253, además de definirlas, les atribuye las siguientes características: "Personalidad jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente". El artículo 263, así como el 264, al hablar de las funciones y de la tutela gubernamental, son claros al decir que dichas entidades "se someten a las normas del presente estatuto" y que "la tutela gubernamental a

que están sometidos tiene por objeto el control de sus actividades y la coordinación de éstas con la política y programas de la administración departamental"; finalmente, el artículo 282, al asignar las funciones a las Juntas Directivas, estipula en el literal d) "aprobar el presupuesto anual del respectivo organismo".

El artículo 187 numeral 7º de la Carta y el artículo 60 numeral 7º del Decreto 1222 de 1986, tienen el mismo texto. Es decir, el Decreto copió literalmente el texto constitucional. Se reglamentó en él una de las funciones de las Asambleas Departamentales cual es la de expedir, anualmente, el presupuesto de rentas y gastos del Departamento con base en el proyecto presentado por el Gobernador y de acuerdo con las normas legales. No se habla allí de las entidades descentralizadas. Y sería ilógico que lo hiciera ya que el mismo Decreto 1222 más adelante, como ya lo anotamos, le asigna a las Juntas Directivas de esas entidades la función de aprobar su presupuesto anual.

No existe pues, en un primer análisis, contradicción manifiesta entre estas normas y el acto acusado. No se puede pretender, como parece hacerlo el demandante, que la norma constitucional diga más de lo que quiso decir, o que tuviera *"in mente retenta"* otras disposiciones que habría que leer entre líneas. Por eso, cuando el Tribunal *a quo* bifurca en su análisis la acción administrativa por la que se expiden los presupuestos de ambas entidades, está haciendo alusión a su autonomía presupuestal y administrativa sin que quiera decir por ello que deje de pertenecer al orden departamental como lo afirma, con ensañado énfasis, el apelante.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, por medio de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo,

Resuelve:

Confirmar la providencia apelada.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su reunión celebrada el día doce de junio del año en curso.

Luis Antonio Alvarado Pantoja, Samuel Buitrago Hurtado, Guillermo Benavides Melo, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

CAPITULO III

ACTOS ADMINISTRATIVOS DE OTRAS AUTORIDADES

DEL ORDEN DEPARTAMENTAL

SUSPENSION PROVISIONAL. DIRECCION SECCIONAL DE INSTRUCCION CRIMINAL. Facultades.

El hecho de señalar por acuerdo un Tribunal Superior de Distrito Judicial el lugar de radicación y el carácter de ambulante o radicado de los Jueces de Instrucción Criminal, constituye manifiesta violación del Decreto 1200 de 1987 que otorga tal facultad a las Direcciones Seccionales de Instrucción Criminal.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., veintisiete de enero de mil novecientos ochenta y nueve.

Expediente número 1058.

Actor: Jair Gabriel Fonseca.

La parte demandante, en ejercicio de la acción establecida en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, solicita "que se decrete la nulidad del Acuerdo número 035 de 28 de septiembre de 1988, proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, en cuanto radica autónomamente los Jueces de Instrucción Criminal, de ese Distrito, invadiendo funciones inherentes a la Dirección Seccional de Instrucción Criminal de Boyacá".

Pide también, el demandante, que se decrete la suspensión provisional de los efectos del mencionado acuerdo.

En atención a que la demanda reúne los requisitos y formalidades legales, será admitida y se procederá, en consecuencia, a estudiar el pedimento de la medida cautelar, así:

Suspensión provisional:

Bajo el referido título, que hace parte del contexto de la demanda, se afirma que resulta procedente tal medida en los términos del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, por cuanto el acuerdo demandado es violatorio del Decreto 1200 de 30 de junio de 1987 (art. 3º), circunstancia esta que se desprende de la simple comparación entre las dos disposiciones.

Acto demandado:

Es del siguiente tenor:

"*Acuerdo número 035* (septiembre 28 de 1988). El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, en uso de sus atribuciones legales y en especial las que le confiere el Decreto 0052 de 1987 y de conformidad con la Resolución número 004 de agosto 31 de 1988 que trata sobre la selección de Jueces que ingresan a la Carrera Judicial y demás disposiciones pertinentes;

"*Acuerda: Primero.* Nómbrase en propiedad dentro de la Carrera Judicial por el resto del período legal iniciado el primero (1º) de septiembre de mil novecientos ochenta y siete (1987), a los siguientes Jueces de Instrucción Criminal, así". Y viene a continuación la enumeración y nombre de cada uno de los Jueces designados, y también el nombre del municipio asignado para el cumplimiento de sus funciones con la indicación de si es "Radicado" o "Ambulante".

"*Segundo.* Procédase a su inscripción dentro del Escalafón de la Carrera Judicial. *Tercero.* Para el cumplimiento del numeral anterior envíese copia del presente acuerdo al señor Presidente del Consejo Superior de la Carrera Judicial, al Consejo Seccional de la Carrera Judicial de Tunja y Santa Rosa de Viterbo y al Director Seccional de la Carrera. *Cuarto.* Comuníquese a los funcionarios nombrados, quienes deberán tomar posesión dentro de los términos legales.

"Dado en Santa Rosa de Viterbo, a veintiocho (28) de septiembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988)". Y siguen las firmas del Presidente, Vicepresidente y demás Magistrados.

Por otra parte, el artículo 3º del Decreto número 1200 de 1987 (norma presuntamente violada), dice así:

"Las Direcciones Seccionales de Instrucción Criminal en ejercicio de lo prescrito en el artículo 314 del Código de Procedimiento Penal, radicarán los Juzgados de Instrucción Criminal que sean necesarios en las cabeceras del Distrito o Circuito Judicial, previa consulta con el Consejo de Instrucción Criminal, indicando el Juzgado por el número que se le haya asignado".

Y el artículo 314, al cual se refiere la disposición anterior, es del siguiente contenido:

"Jueces radicados: Los Jueces radicados tendrán su sede en la cabecera del respectivo Distrito Judicial o en la cabecera de Circuito. *El lugar de radicación y el número de Jueces por radicar será determinado por la Dirección Seccional de Instrucción Criminal,* con un mes de anticipación a la fecha que se fije para la elección general de

Jueces y lo comunicará a la Sala Penal del respectivo Tribunal Superior" (Se subraya).

Se considera:

De conformidad con el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, podrán suspenderse los efectos de un acto administrativo, en acción de nulidad, cuando "haya manifiesta violación de una norma superior, que se pueda percibir a través de una sencilla comparación, o del examen de las pruebas aportadas".

Resulta que, en el caso de autos, el acto demandado o Acuerdo número 035 de 28 de septiembre de 1988, proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, determinó, en primer lugar, nombrar en propiedad dentro de la Carrera Judicial por el resto del período legal iniciado el 1º de septiembre de 1987 a los Jueces allí señalados con su nombre y número correspondiente, además de ordenar su inscripción dentro del escalafón, y, en segundo término, les señaló el lugar de radicación junto con su carácter de "radicado" o "ambulante".

Así las cosas, al comparar el acuerdo demandado con el Decreto número 1200 de 1987, se desprende *prima facie* que aquél, en lo atinente al hecho de haber señalado el lugar de radicación para cada uno de los Jueces de Instrucción Criminal allí mismo indicados junto con su carácter correspondiente de radicado o ambulante, se constituye en manifiestamente violatorio del mencionado decreto, norma esta superior que atribuye, no a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, sino a las Direcciones Seccionales de Instrucción Criminal, la facultad de señalar el *lugar de radicación* de los Jueces, de tal categoría, que sean necesarios en las cabeceras de Distrito o Circuito Judicial, previa consulta con el Consejo de Instrucción Criminal (Se subraya).

Se observa, en consecuencia, cómo de la sencilla comparación efectuada se desprende que, en el caso de autos, se reúnen los presupuestos que, para decretar la suspensión provisional exige el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo.

Por lo anteriormente expuesto, se resuelve:

1º Admítese la demanda de nulidad formulada por el actor contra el Acuerdo número 035 de 1988 (28 de septiembre), proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, 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 Justicia (como representante de la Nación, parte demandada en este proceso), a quien se le entregará copia de la presente demanda;

c) Notifíquese también en forma personal este proveído a cada uno de los Jueces de Instrucción Criminal relacionados en el Acuerdo demandado, para lo cual se comisiona por el término de treinta días al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo (Sala Penal), libre de distancias;

d) 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;

e) Solicítense, por secretaría, al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, los antecedentes administrativos del Acuerdo demandado.

2º *Decrétase la suspensión provisional* del Acuerdo número 035 de 1988 (28 de septiembre), proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, en cuanto por éste se señala el lugar y la calidad de "Radicados" o "Ambulantes" asignada a cada uno de los Jueces de Instrucción Criminal a que hace referencia el mencionado Acuerdo.

Notifíquese.

Luis Antonio Alvarado Pantoja.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA. JURISDICCION ORDINARIA.

Procede el nexo vinculatorio entre el demandante y la universidad de origen claramente contractual, la controversia corresponde a la jurisdicción ordinaria laboral.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., veinte de febrero de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente número 2598. Recurso extraordinario de anulación.

Actor: Luis Eduardo Alvarino Narváez.

Recurrente: Universidad de Córdoba.

Se decide el recurso extraordinario de anulación interpuesto por el apoderado judicial de la Universidad de Córdoba contra la sentencia de 16 de diciembre de 1986, dictada por el Tribunal Administrativo del Departamento del mismo nombre, en el juicio seguido, a través de mandatario, por el señor Luis Eduardo Alvarino Narváez, a fin de obtener, en acción de restablecimiento del derecho, entre otras peticiones consecuenciales, la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución número 634 de 13 de marzo de dicho año de 1986, mediante el cual el rector de la susodicha universidad lo declaró insubsistente del cargo de "instructor de reproducción animal" del Departamento de Zootecnia que venía desempeñando. El fallo impugnado despachó favorablemente las súplicas de la parte actora.

I. La sentencia recurrida:

La providencia sentenciadora consideró:

"Expresa el actor en los puntos 9 y 10 de la demanda: 'La Resolución número 005 de febrero 10 de 1983 del Consejo Superior de la Universidad de Córdoba, el Acuerdo 004 de 1º de marzo de 1983 del Consejo Superior y la Resolución número 01 de enero 27 de 1981, dan

fuerza legal a la condición de trabajador oficial de mi poderdante señor Luis Eduardo Alvarino, quien en mi nombre habla en forma personal de los anteriores hechos. Así mismo las convenciones colectivas de 1976 hasta la fecha firmada (sic) por la Universidad de Córdoba con el Sindicato de Trabajadores de la misma'.

"'10. La Resolución 634 de mayo 13 de 1986 de la Universidad de Córdoba, expedida por el señor Recator (sic), es violatoria ostensiblemente de la DIRECTIVA PRESIDENCIAL número 01 de 23 de enero de 1986 que ordena abstenerse a las entidades oficiales como la Universidad de Córdoba, de remover al personal de empleados o trabajadores oficiales hasta el 31 de mayo del mismo año'.

"A su vez el representante del organismo demandado al contestar la demanda expresa en relación a los puntos 5º, 6º y 7º de la demanda lo siguiente: 'Al quinto digo, tampoco es cierto, el demandante sí fue declarado insubsistente del nombramiento del cargo que venía desempeñando como instructor en el laboratorio de reproducción animal. Sencillamente cuando se le nombró y luego posesionó el cargo tenía la denominación de auxiliar de laboratorio luego tomó otra denominación en la Planta de Personal y se llamó instructor, de laboratorio pero el cargo es el mismo y son iguales las funciones. Al sexto digo, no es cierto, que lo pruebe. Al septimo (sic) digo, no es cierto, todas las disposiciones citadas por el demandante y que según su parecer «fueron expedidas por las citadas autoridades sin el cumplimiento a lo que estatuye las siguientes disposiciones legales», no es cierto, todos los actos administrativos mencionados gozan de la presunción de legalidad de los actos administrativos y que hasta el momento no han sido desvirtuados'.

"Toca al Tribunal en consecuencia decidir si el acto administrativo acusado es ilegal mediante las pruebas allegadas al proceso, desvirtuando así la presunción de legalidad de que goza.

"No entra el Tribunal a considerar la Directiva Presidencial allegada al proceso, ya que no le merece análisis probatorio al observarse que no está autenticada la copia que se adjunta, por consiguiente se estudia el siguiente cargo consistente en que el actor es un trabajador oficial y no empleado público.

"Veamos. A folio 10 obra el contrato que la Universidad de Córdoba firma con el señor Luis E. Alvarino, para el cargo de auxiliar de Laboratorio en Promegán en fecha 15 de enero de 1981, por un período de prueba entre el 19 de enero al 19 de marzo de 1981.

"El segundo contrato lo firman la Universidad de Córdoba y el señor Alvarino Narváez en Promegán por el término de 20 de marzo al 20 de mayo de 1981.

"Un tercer contrato se firma entre las mismas partes anteriores el 12 de mayo de 1986, en el cargo el señor Alvarino Narváez, Auxiliar de laboratorio en Promegán, con duración de dos (2) meses del 20 de mayo al 20 de julio de 1981.

"Como se observa fueron seis meses de período de prueba si así puede decirse de acuerdo a los contratos, mas no legalmente. En este momento de estar prestando sus servicios el señor Luis E. Alvarino, en la forma anterior, es nombrado por Resolución número 553 de 11 de junio de 1981, es nombrado Auxiliar de Laboratorio de Reproducción en Promegán, cargo que estaba desempeñando por contrato y que debía vencer el 20 de julio y la resolución de nombramiento la dictan antes, un mes largo pues tiene fecha 11 de junio.

"El cargo del señor Luis E. Alvarino, no fue codificado al dictarse el Acuerdo número 04 de marzo de 1983, por medio de la cual (sic) se fija el personal administrativo de la Universidad de Córdoba, por consiguiente de acuerdo con el artículo 3º del mencionado acuerdo, es lógico que al no quedar codificado el cargo de Auxiliar que desempeñaba Alvarino Narváez, se constituía en un trabajador oficial, no podía ser declarado insubsistente.

"Igualmente y mediante el Acuerdo número 006 de 2 de abril de 1984, que estableció la planta de personal administrativo y clasificación de cargos en el capítulo II, artículo 8º adoptó la planta de cargos administrativos, técnicos (sic) y de servicios de la Universidad de Córdoba que desempeñaban empleados públicos y trabajadores oficiales en el Departamento de Zootecnia, y se observa que el cargo de 'Instructor' lo clasifica en la clase público. En cambio en la clasificación del personal entre empleado público y trabajador oficial Resolución número 005 de febrero 1º de 1983 en donde se expresa claramente 13.4 Promegán quiénes tienen el carácter de empleados públicos, y en verdad allí no figura el cargo del señor Luis E. Alvarino como Auxiliar de Laboratorio y tampoco figura como empleado público el cargo de Instructor de Laboratorio con lo cual y a *contrario sensu*, deben ser cargos de la clase del trabajador oficial. Si ello es así, no queda duda que la Resolución número 634 de mayo de 1986, debe ser anulada como dice el actor, es inane, no tiene efecto desvinculador jurídicamente puesto que el procedimiento legal para desvincular un trabajador oficial es otro y no por medio de un acto administrativo de insubsistencia, pues la relación laboral con el organismo administrativo es diferente al del empleado público y diferente (sic) sus consecuencias jurídicas".

II. El recurso de anulación:

En el escrito del recurso se hicieron al fallo del Tribunal Administrativo de Córdoba, los cargos que a continuación se relacionan:

"La sentencia acusada es violatoria de la Constitución Nacional y de la ley por violación directa, y en especial de la Constitución Nacional, artículo 17; Decretos 1050 de 1968, artículo 26, artículo 5º del Decreto 3135 de 1968; Decreto 2400 de 1968 y 1950 de 1973, artículo 2º del Código Procesal del Trabajo, numeral 1º, artículo 6º y *ibídem*, 70 del Código Procesal del Trabajo *ibídem*; Decreto 2351 de 1965 que regula todo lo relacionado con los contratos de trabajo, artículo 63 de la Constitución Nacional que establece la competencia, el artículo 20 de la Constitución Nacional *ibídem*.

"La sentencia acusada es violatoria de las normas consagradas por la Constitución Nacional para efectos de la competencia de los Tribunales Administrativos, veamos por que (sic): Nuestra Carta Política en su artículo 63 dispone lo siguiente: 'No habrá en Colombia ningún empleo que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamentos'; y el 20 *ibídem* dice: 'Los particulares no son responsables ante las autoridades sino por infracción de la Constitución y de las leyes. Los funcionarios lo son por la misma causa y por extralimitación de funciones, o por omisión en el ejercicio de éstas'.

"Las normas constitucionales nos están indicando que el funcionario público sólo puede actuar dentro de los límites señalados, es decir, de la orbita (sic) de su competencia.

"La competencia es la capacidad para proferir determinados actos administrativos y, está expresamente señalada en la Constitución, la ley, las ordenanzas, acuerdos y reglamentos. Los funcionarios públicos, bien sea del orden nacional, departamental o municipal deben acatar los preceptos mencionados y ceñirse a la jerarquía de las leyes, de lo contrario incurren en extralimitación de funciones, abuso de autoridad o desviación de poder. Observamos, además, que en asuntos de competencia no tiene recibo la interpretación analógica de la ley.

"El Tribunal Administrativo de Córdoba asumió la competencia de una demanda incoada por un trabajador oficial cuando no era precisamente el órgano jurisdiccional señalado por la ley para dirigir la controversia que nace de un contrato de trabajo. El mismo apoderado de la parte actora presenta como medio de prueba los contratos iniciales que vincularon al señor Luis Eduardo Alvarino Narváez como trabajador oficial de la Universidad de Córdoba. Sí (sic) él consideraba como en efecto lo sostuvo a lo largo del proceso, que su poderdante y todos los trabajadores de la Universidad de Córdoba eran trabajadores oficiales, debió acudir pues a la justicia ordinaria, previo agotamiento de la vía gubernativa como lo ordena el artículo 6º del Código Procesal del Trabajo, para que definiera la desvinculación del señor Luis Eduardo Alvarino.

"Hay un hecho que yo considero contradictorio entre esta sentencia y fallos de este Tribunal sobre la misma materia. En el año de 1978 el señor Elías Bechara Z., ocupando el cargo de Rector de la

Universidad de Córdoba destituyó gran cantidad de trabajadores, los destituidos incoaron sus demandas ante este Tribunal. En esa ocasión este Tribunal se inhibió para fallar las pretensiones de la demanda por considerar que las competencias no le correspondían sino a la justicia ordinaria.

"El apoderado de la Universidad en este proceso en la contestación de la demanda presentó como excepción previa la incompetencia o falta de competencia para decidir el fondo del asunto; sin embargo este Tribunal se abstuvo en sus consideraciones de decidir, ni siquiera hacer un comentario sobre la excepción propuesta por la parte demandada. El artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, establece el principio de la congruencia, 'la sentencia deberá estar en consonancia con las pretensiones aducidas en la demanda y en las demás oportunidades que éste código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas, y hubieran sido alegadas si así lo exige la ley. Dijo la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 27 de abril de 1978'. La sentencia para ser congruente debe decidir sobre los temas sometidos a composición del Juez y con apoyo en los mismos hechos alegados como *causa petendi*, pues si se funda en supuestos fácticos que no fueron oportunamente invocados por las partes, lesionará gravemente el derecho de defensa del adversario, al sorprenderlo con hechos de los que, por no haber sido alegados, no se le había dado oportunidad para contradecirlos. Tal el fundamento para afirmar que igual da condenar a lo no pedido, que acoger una pretensión deducida, pero con causa distinta a la invocada, es decir, con fundamentos de hechos no alegados.

"Pues bien, en el caso de esta *litis*, como claramente se ven en el resumen del fallo del Tribunal éste encontró que debía prosperar la solicitud de nulidad del proceso, pero con fundamento en que se siguió un procedimiento distinto al que legalmente correspondía y no con apoyo en falta de citación o emplazamiento de Instituto de Crédito Territorial que fue el hecho específico alegado en la demanda. 'ACUSO TAMBIEN A ESTA SENTENCIA DE FALTA DE PRINCIPIO DENOMINADO CONGRUENCIA' (Las mayúsculas y las comillas son mías).

"Pero aceptando a modo de discusión que el Tribunal Administrativo fuera competente para fallar esta demanda, quiero precisar que la Universidad de Córdoba en ningún momento violó la ley al declarar insubsistente el nombramiento del señor Luis Eduardo Alvarino Narváez.

"El Decreto número 080 de 1980 orgánico de las Instituciones de Educación Superior, ordenó la clasificación de las (sic) empleados que prestan sus servicios a éstas, y la constitución de sus plantas de personal, para efectos de sus pagos y aumentos salariales. Me voy a

permitir transcribir los pasos que hasta la fecha ha dado la Universidad de Córdoba para acogerse al Decreto mencionado:

"1. En marzo 1º de 1983 Acuerdo número 004 del Consejo Superior, se aprobó la planta de personal administrativo, acogiéndose de esta forma al Decreto 080 de 1980.

"2. En abril 2 de 1984 Acuerdo 006, el Consejo Superior aprobó la planta de personal administrativo y se clasificaron los cargos que deben ser desempeñados por empleados públicos y trabajadores oficiales de la Universidad de Córdoba.

"3. Mediante Acuerdo 015 de julio 23 de 1984 el Consejo Superior aprobó la planta de personal administrativo y se clasificaron los cargos que deben ser desempeñados por empleados públicos y trabajadores oficiales de la Universidad de Córdoba. Se aclara que este acuerdo tenía concepto favorable de la Secretaría de Administración Pública de la Presidencia de la República mediante Oficio 000789 de junio 28 de 1984 en lo relacionado a una nueva estructura orgánica.

"4. En diciembre 10 de 1984 Acuerdo 025 el Consejo Superior aprobó la planta de personal administrativo y se clasificaron los cargos que deben ser desempeñados por empleados y trabajadores oficiales de la Universidad de Córdoba. Para este caso se adoptó la nueva estructura orgánica aprobada por el Gobierno nacional el 1º de octubre de 1984, Acuerdo número 2448.

"5. En mayo de 1985 se remitió al Servicio Civil este último acuerdo, el cual una vez revisado por éste se le dio concepto previo favorable a la planta de personal mediante oficio número 3996 de 25 de junio de 1985. Incluye el oficio los trámites que deben seguirse en este proceso.

"6. Uno de estos trámites era enviar al Ministerio de Hacienda el documento de planta de personal para obtener su viabilidad presupuestal, lo cual fue conseguido y conformado por este Ministerio, con el Oficio número 1658 de 30 de diciembre de 1986.

"7. A solicitud de la Universidad de Córdoba, el Servicio Civil ha hecho presencia y nos ha asesorado personalmente en dos (2) ocasiones en abril de 1985 y octubre de 1986 respectivamente.

"8. Después de la última asesoría se elaboró el manual de funciones de esta planta de personal y el 9 de febrero de 1987 se presentó al Consejo Superior todo el documento cumpliendo de esta forma con los trámites definidos por el Servicio Civil.

"9. Se remitirá al Servicio Civil para que éste lo tramite en la Presidencia de la República para la sanción del Presidente y de esta forma legalizar la planta de personal.

"Los anteriores actos administrativos que gozan de la presunción de legalidad, porque hasta la fecha no han sido declarados nulos por ningún Tribunal competente, fueron olímpicamente desconocidos por este Tribunal al decretar la nulidad del acto administrativo que declaró insubsistente el nombramiento del demandante. El hecho de que el Gobierno nacional no haya definido la planta de personal de la Universidad de Córdoba, no significa que esta Universidad tenía impedimento legal para crear su propia planta de personal.

"De otra parte, desde la expedición de los Decretos 3130 de 1968, 1050 de 1968, 3135 de 1968, 1950 de 1973, los establecimientos públicos dentro de su autonomía pueden clasificar legalmente a sus trabajadores. El Decreto 3135 de 1968 en su artículo 5º establece que los empleados de los establecimientos públicos que trabajan en la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. Sin embargo, la vinculación de estos empleados se viene haciendo en la misma forma que la de los empleados públicos. Pero observemos cuál era la labor del demandante: El señor Luis Eduardo Alvarino prestaba sus servicios como Técnico de Laboratorio. Sus funciones no son la de un trabajador de la construcción ni de obras públicas, sino que más bien cumplen una función técnica en la institución. Ahora bien el problema se plantea en si la Universidad podía o no clasificar al señor Alvarino como empleado público. Considera el suscrito que el error de la Universidad consistió en que desde un principio el señor Alvarino debió ser vinculado como empleado público y no como trabajador oficial. El Tribunal en su fallo dice: 'El cargo del señor Luis E. Alvarino, no fue codificado al dictarse el Acuerdo número 04 de marzo de 1983, por medio del cual se fija el personal administrativo de la Universidad de Córdoba, por consiguiente de acuerdo con el artículo 3º del mencionado acuerdo, es lógico que al no quedar codificado el cargo de auxiliar que desempeñaba Alvarino Narváez, se constituía en un trabajador oficial, no podía ser declarado insubsistente'.

"Igualmente y mediante el Acuerdo número 006 de 2 de abril de 1984, que estableció la planta de personal administrativo y clasificación de cargos en el capítulo 2º del artículo 8º adoptó la planta de cargos administrativos, técnicos y de servicios de la Universidad de Córdoba que desempeñan trabajadores oficiales y empleados públicos en el Departamento de Zootecnia y se observa que el cargo de Instructor lo clasifica en la clase pública. En cambio en la clasificación de personal entre empleado público y trabajador oficial Resolución número 005 de febrero 1º de 1983, en donde se expresa claramente 13.4 PROMEGAN, quiénes tienen el carácter de empleados públicos, y en verdad allí no figura el cargo del señor Luis E. Alvarino? como Auxiliar de Laboratorio y tampoco figura como empleado público el cargo de Instructor de Laboratorio, con lo cual y a *contrario sensu* deben ser cargos de la clase del trabajador oficial.

"De acuerdo a la tesis planteada por el apoderado de la parte actora y acogido por el Tribunal Administrativo de Córdoba, si el

demandante era un trabajador oficial, el régimen jurídico aplicable, era el consagrado en el Código Sustantivo del Trabajo en lo relacionado con el contrato de trabajo y las normas generales sobre prestaciones sociales y demás derechos laborales. Aún así la Universidad de Córdoba podía romper unilateralmente el contrato de trabajo pero sometiéndose a las indemnizaciones consagradas en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. En conclusión el Tribunal Administrativo no podía fallar las pretensiones de la demanda por no ser competente y más teniendo en cuenta que el apoderado de la Universidad ya lo había solicitado como excepción. Lo correcto debió ser, que el Tribunal hubiese declarado la nulidad de todo lo actuado desde el auto que admitió la demanda y declararse inhibido para fallar.

"Demostrada así y como en efecto lo he hecho, que la sentencia acusada es violatoria de la Constitución y la ley del honorable Consejo de Estado no le quedará otra alternativa que anular la sentencia por cualquiera de las causales aquí examinadas" (fls. de 5 a 8).

III. Concepto del Ministerio Público:

Emitido por el señor Fiscal Cuarto de la Corporación, dice a la letra:

> "Como puede advertirse de la simple lectura del escrito contentivo del recurso extraordinario de anulación que se examina (fls. 1 a 8 del cuaderno principal), éste presenta las siguientes fallas:
>
> "1º Se desarrolla el concepto de violación como un alegato de instancia; y,
>
> "2º Se apoya en consideraciones de índole fáctica y probatoria.
>
> "Por las fallas anotadas, y de acuerdo con los lineamientos jurisprudenciales reiterados trazados por el honorable Consejo de Estado, la conclusión necesaria es la de que el recurso en comentario no tiene vocación de prosperidad".

Para resolver, se considera:

El recurso extraordinario de anulación interpuesto por el apoderado de la entidad pública demandada se fundamenta en la violación directa de normas cuyo carácter o naturaleza ha de dilucidarse, con base en lo dispuesto en el artículo 197 del Decreto-ley 01 de 1984 Código Contencioso Administrativo vigente. De esta suerte, la Sala sólo tendrá en cuenta aquellos que sean de tipo constitucional o sustantivo, descartando así las que sean procedimentales o a las que se

llegue a través de medios probatorios erróneamente apreciados, en concepto de la parte recurrente.

No debe olvidarse que el citado artículo 197 del Decreto-ley 01 de 1984 traza el marco dentro del cual deben mantenerse tanto el recurrente como el juzgador; aquél al ejercer el medio de impugnación extraordinario y el segundo, el juzgador, al considerarlo y decidirlo. Esa disposición establece que dicho recurso sólo puede reposar en una violación directa de la Constitución y de la ley sustancial, con lo cual sustrae de su campo el quebrantamiento de normas procedimentales y condena al fracaso todo intento de deducir la infracción legal haciendo uso de elementos probatorios. Equivale esa causa, entonces, al llamado error *iuris in iudicando*.

El escrito en que se hace uso del recurso extraordinario de anulación no debe ser, por ende, un alegato de instancia y en su fundamentación no pueden analizarse cuestiones distintas de las que atañen a la causa jurídica (la infracción) y a la finalidad inmediata del mismo (la anulación). Téngase en cuenta que la dilucidación del recurso se base en un mecanismo de confrontación de sentencia y norma constitucional o sustantiva, por lo que el recurrente debe referirse únicamente a la contradicción que a su entender haya entre la providencia que impugna y las disposiciones que señale como quebrantadas.

Sentado entonces lo anterior sobre lo que es y sobre los alcances del recurso extraordinario de anulación, la Sala entra a estudiar el *sub lite*, en el cual el recurrente plantea dos grandes cargos, a saber:

Violación de las reglas constitucionales y legales atinentes a la competencia que asiste a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo frente a la ordinaria (laboral), dado que el actor era trabajador oficial que había celebrado contrato con la Universidad de Córdoba, por lo que las controversias que surgieran entre él y el ente público mencionado daban origen a una acción asignada a los Jueces del Trabajo. Cita, sin orden alguno, los artículos 17 y 63 de la Constitución, el artículo 26 del Decreto 1050 de 1968, el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, el Decreto 2400 de 1968 y el 1950 de 1973, amén del artículo 2º del Código Sustantivo del Trabajo, el numeral 1º del artículo 6º y el artículo 70 del Código Procesal del Trabajo y el Decreto 2351 de 1965 "que regula todo lo relacionado con los contratos de trabajo".

Aunque entreverado de elementos probatorios indudables, el cargo se dimensiona en aspectos referentes a *la competencia* que corresponde a esta jurisdicción y a la ordinaria, específicamente a la laboral. Censura al Tribunal de Córdoba por haber conocido del proceso y dirimido de fondo la controversia, no obstante haber reconocido que el demandante estuvo vinculado a la administración mediante contrato de trabajo.

Y en verdad, siendo la competencia la facultad que tienen los estrados judiciales para conocer de determinados asuntos que la ley les haya encomendado, y siendo el nexo vinculatorio entre el hoy demandante, señor Alvarino, y la Universidad de Córdoba, de origen claramente contractual, la controversia que nació entre ellos corresponde a la jurisdicción ordinaria laboral y no a lo contencioso administrativa, como se deriva de las normas que cita la parte recurrente como violadas por la sentencia impugnada.

De suerte, pues, que prospera el cargo; en tal virtud, se impone la anulación de la providencia y en su lugar habrá que inhibirse para dictar providencia de 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 anulada la sentencia de 16 de diciembre de 1986 proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba en este asunto.

2º En su lugar, declárase la inhibitoria para dictar fallo de fondo.

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 3 de febrero de 1989.

Aydée Anzola Linares, Ausente con excusa; *Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna.*

Miguel A. Perilla P., Secretario.

PENSION DE JUBILACION. Incompatibilidad

Al haber sido reconocida pensión de jubilación al actor, su continuación en el servicio público era imposible, pues para los médicos al servicio del Instituto de Seguros Sociales no se ha concedido el beneficio de la compatibilidad entre pensión y sueldo, además el actor no desempeñaba uno de los cargos que la ley permite desempeñar a los pensionados.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., primero de marzo de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejera ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente número 602. Autoridades nacionales.

Actor: Javier Gutiérrez Ramírez.

Javier Gutiérrez Ramírez, a través de apoderado y en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, solicitando la declaración de nulidad de la Resolución número 1021 de mayo 9 de 1980, expedida por el Gerente Seccional del Instituto de Seguros Sociales de Antioquia, por la cual se declaró insubsistente el nombramiento del demandante en el cargo de Médico General y que, como consecuencia, se ordene su reintegro al mismo, con el pago de los salarios y prestaciones dejados de devengar, declarando la no solución de continuidad en sus servicios.

Esas pretensiones se apoyaron en los siguientes

Hechos:

"1º Me vinculé al Instituto de Seguros Sociales, Caja Seccional de Antioquia, con fecha 22 de abril de 1952, en mi calidad de Médico General. Para tal cargo fui nombrado mediante resolución expedida por la entidad, cuya copia auténtica reposa en mi hoja de vida y deberá allegarse al proceso; así mismo firmé contrato de trabajo, documento que deberá allegarse en igual forma.

"2º Mediante Resolución número 1021 de 9 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 12 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 el 14 de abril de 1952 con una jornada laboral de cuatro (4) horas, que sólo en 1972 me fue aumentada a ocho (8) horas; a esta vinculación corresponde la jubilación que me fue reconocida a partir de 23 de julio de 1973.

"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 honorarios 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 cincuenta y cinco (55) años cumplidos, que en el Municipio de Medellín, en donde sólo se exige tener cincuenta (50) años de edad.

"8º Si están legalmente permitidas para profesionales dedicados 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 de jubilarse, en tiempos y con requisitos diferentes en cada una de las entidades a cuyo servicio se ha laborado.

"9º Con fecha 30 de mayo de 1980 interpuse los recursos de reposición y apelación contra la Resolución número 1021 de mayo 9 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 1021 de mayo 9 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 propia 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, literal (sic) k) y p); 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.

"11. 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" (fls. 44 a 47, cuaderno principal).

En la demanda se citaron como normas violadas, los artículos 20, 62, inciso 2, 63 y 64 de la Constitución Nacional; 66, 67, 77, 75 de la Ley 167 de 1941; 2º parágrafo 2º y 13 del Decreto-ley 2733 de 1959;

49, 55 literal p), 57 literales k) y n), 65 literal l) del Decreto-ley 1650 de 1977; 2, 3, 5, 23 del Decreto-ley 1651 de 1977; 68, 69, 70 del Decreto reglamentario 413 de 1980; 35 del Decreto-ley 1652 de 1977; 3º, 22 del Decreto-ley 1700 de 1977; 17 de la Ley 6ª de 1945; 1º literal b) del Decreto 1713 de 1960; 307 de la Ley 4ª de 1913; 1º de la Ley 78 de 1931; 4º de la Ley 151 de 1959; 9º del Decreto 2400 de 1968 y 13 del Decreto 1912 de 1973.

El concepto de la violación de esas normas se concretó en las afirmaciones siguientes:

Que el Gerente Seccional del Instituto de Seguros Sociales profirió la resolución acusada, violando las normas citadas que señalan la competencia y limitan las funciones de los Gerentes Seccionales respecto a la facultad de remover al personal. El Gerente Seccional se salió de las funciones que le señalaban la ley y los reglamentos, incurriendo en extralimitación de funciones y usurpación de poder. Esto debido a lo siguiente:

> "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 refiere 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" (fl. 49, cuaderno principal).

Que la Resolución acusada adolece de desviación de poder, por motivarse en el hecho de encontrarse el actor disfrutando de una jubilación a cargo del Municipio de Medellín, considerada incompa-

tible con el salario devengado en el Instituto. Pero que, "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 mantuve 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. ... 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, y la jubilación no fue simultánea por la circunstancia ya anotada de que el Seguro Social exige una edad más avanzada que el Municipio de Medellín, para conceder dicha prestación" (fls. 50 y 51, cuaderno principal).

El Tribunal del conocimiento decidió en forma favorable las súplicas de la demanda en sentencia de 8 de septiembre de 1983, fundándose en las consideraciones que hizo ese Tribunal para fallar un caso similar al presente, cuando sostuvo lo siguiente:

Que, según los artículos 47, 55, 65 y 67 del Decreto-ley 1650 de 1977, el Gerente Seccional sólo puede nombrar, remover o trasladar personal, por expresa delegación del Director General con previa autorización de la Junta Administradora, de "lo cual no se allegó por el establecimiento público demandando prueba", deduciéndose la falta de competencia de aquel funcionario para expedir la Resolución enjuiciada y la nulidad de la misma.

Para acceder al restablecimiento del derecho demandado, el Tribunal arguye:

> "..., el apoderado del demandante señala que como éste ostenta la calidad de profesional con título universitario tiene derecho, con base en el literal b) del artículo 1º del Decreto 1713 de 1960, a prestarle sus servicios a la entidad demandada y a la vez, percibir la pensión jubilatoria que le fue reconocida por el Municipio de Medellín.
>
> "En primer término se impone destacar que la calidad profesional con título universitario no es objeto de este litigio, razón por la cual no se aportó ninguna prueba sobre el particular pero aún con ese requisito, no tiene aplicación en este caso el literal b) del artículo 1º del Decreto número 1713 de 1960 debido a que la doble asignación está permitida para cuando ésta provenga 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', o sea que dándose los presupuestos

allí previstos, la compatibilidad tiene vigencia para quienes *prestan efectivamente sus servicios* y no para quienes perciben o disfrutan de pensión jubilatoria, ya que el artículo 6º de la Ley 1ª de 1963 sólo autoriza la concurrencia de *sueldo y pensión* de jubilación hasta la cantidad de un mil seiscientos pesos ($ 1.600.00).

"……

"Muestra lo expuesto que al ordenarse el reintegro del demandante al cargo de Médico General de cuatro (4) horas, a partir de 6 de junio de 1980 'fecha hasta la cual laboró normalmente', el monto de la pensión jubilatoria y la asignación del cargo sobrepasa en exceso el límite de los un mil seiscientos pesos ($ 1.600.00) determinados por el artículo 6º de la Ley 1ª de 1963, motivo por el cual y en el supuesto caso de que el actor decida reintegrarse al mismo cargo o a otro de igual o superior categoría, opera la renuncia a favor del Municipio de Medellín según las voces del artículo 1º de la Ley 57 de 1931 de diciembre de 1964, 'por la cual se modifica el artículo 33 de la Ley 6ª de 1945 y se aclara el artículo 6º de la Ley 1ª de 1963', cuyo texto se transcribe:

"'*Artículo 1º* De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 33 de la Ley 6ª de 1945, en relación con el artículo 6º de la Ley 1ª de 1963, *cuando el valor conjunto del sueldo y de la pensión de jubilación exceda de mil seiscientos pesos ($ 1.600.00) mensuales, el beneficiario deberá RENUNCIAR a favor de la Caja de Previsión Social a cuyo cargo está el pago de la jubilación, o si ésta no existiere, a favor del Tesoro Oficial que pague la pensión, la cantidad que sobrepase dicho límite, EN FORMA QUE PUEDA COBRAR CONJUNTAMENTE HASTA LA CANTIDAD DE MIL SEISCIENTOS PESOS ($ 1.600.00) MENSUALES*'.

"…, la ley permite al jubilado vincularse a cargos públicos pero no autoriza que el sueldo y la pensión sobrepase la cantidad de un mil seiscientos pesos ($ 1.600.00) mensuales, motivo por el cual y si el actor prefiere volver al cargo, debe renunciar a partir de la fecha del reintegro, a su pensión jubilatoria en favor del Tesoro Municipal de Medellín u optar por recibir únicamente ésta, ya que el artículo 6º de la Ley 1ª de 1963 no consagra ninguna clase de excepción, así se trata de profesionales (sic) con título universitario" (fls. 20, 21 y 22 del cuaderno principal).

El Instituto de Seguros Sociales recurrió en apelación la anterior sentencia, con sustento en las razones siguientes:

"...Según se colige del acervo probatorio recaudado, especialmente de las Resoluciones 247 de 1977, 660 de 1979 y 1045 de 1980, así como del Oficio S.D.P. número 420 del Subdirector de Personal del Instituto de Seguros Sociales y del documento que obra a folio 54 del expediente, el Consejo Directivo del Organismo que fue sustituido en sus funciones por la Junta Administradora, autorizó al Director General de la entidad para delegar las funciones de la Sección II literal 'a', que precisamente se refieren a las 'declaratorias de insubsistencia' y terminación de relaciones legales y reglamentarias.

"A folio 63 del expediente es dable apreciar con facilidad la atribución que poseía el Gerente Seccional de Antioquia para 'efectuar traslados y remociones a que haya lugar', facultad esta que se encuentra inclusive refrendada en el documento visible a folio 70 del expediente, que en su artículo 90 reviste al funcionario, citado de la facultad de 'remover' el personal.

"Por todo lo anterior, es indiscutible que el Gerente de Antioquia sí tenía competencia para remover al demandante" (fls. 5 y 6, cuaderno principal).

Reconstruido el proceso, por auto de 4 de agosto de 1987 se determinó que quedaba para sentencia de segunda instancia, a lo cual se procede no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, mediante las siguientes

Consideraciones:

El asunto *sub júdice* consiste en dilucidar si la Resolución acusada, adolece del vicio de haber sido expedida por funcionario incompetente y con desviación de poder, por ser compatibles la pensión de jubilación que el actor devengaba del Municipio de Medellín con su sueldo de funcionario del Instituto de Seguros Sociales.

A) Competencia del Gerente de la Seccional de los Seguros Sociales de Antioquia para proferir el acto acusado.

El mencionado funcionario profirió la Resolución número 1021 de 9 de mayo de 1980, por la cual se declaró insubsistente el nombramiento del demandante en el cargo de Médico General de cuatro horas de esa Seccional.

La competencia para dictar esa Resolución le había sido delegada expresamente al Gerente de la Caja Seccional de Seguros Sociales de Antioquia por el Director General mediante Resolución número 00801 de 15 de mayo de 1978.

Argumentó el demandante que la delegación de esta competencia sólo podía hacerla el Gerente General con autorización de la Junta Administradora y que dicha autorización no aparece en el encabezamiento de la Resolución 00801 y por tanto no debe tenerse en cuenta.

El anterior argumento no es de recibo, como no lo es la exigencia del Tribunal en cuanto a que el Instituto debía allegar prueba de tal autorización.

Y no es de recibo por cuanto la Resolución 00801 de 15 de mayo de 1978 no está acusada en este proceso y goza de presunción de legalidad. Por consiguiente, los actos de nombramiento y remoción de personal expedidos con base en ella son legales, mientras la delegación no sea anulada por la jurisdicción o derogada por la Dirección General.

Olvida el Tribunal que los actos administrativos gozan de la presunción de legalidad y que la carga de la prueba para desvirtuar tal presunción corresponde a quien los controvierte y no a la Administración.

Perfectamente el Gerente Seccional de Antioquia podía hacer uso de la facultad que le había sido delegada, mientras el acto que le atribuía la facultad permaneciera vigente.

Por otra parte, y ante la evidencia del reconocimiento de pensión de jubilación al actor por parte del Municipio de Medellín, habría que concluir que su continuación en el servicio público, en el cargo que desempeñaba en el Instituto era imposible.

En primer lugar por lo dispuesto en el artículo 64 de la Constitución Nacional, pues hasta ahora, para los médicos al servicio del Instituto de Seguros Sociales no se ha concedido el beneficio de la compatibilidad entre pensión y sueldo.

Para los profesionales con título universitario existe hasta por dos sueldos que provengan del desempeño de dos cargos públicos, situación muy distinta a la de devengar pensión y sueldo.

Las excepciones a la regla del artículo 64 de la Constitución Nacional son taxativas y no pueden aplicarse en forma analógica.

Pero además, el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968, vigente cuando el actor fue desvinculado del servicio, exigía su retiro.

Según esta norma, las personas con derecho a pensión no pueden permanecer en el servicio ni volver a él, salvo cuando se trate de los cargos expresamente indicados, entre los cuales no está el desempeñado por el demandante.

Ante esta prohibición, de todas formas sería imposible su reintegro al cargo, pues el tope señalado en las normas para poder devengar pensión y sueldo, opera sólo en el caso de que se ocupen los cargos que la ley permite desempeñar a los pensionados.

Los anteriores razonamientos muestran la necesidad de revocar la providencia apelada.

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

Falla:

Revócase la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 8 de septiembre de 1983, dentro del proceso iniciado por el señor Javier Gutiérrez Ramírez.

En su lugar, niéganse las 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 veinticuatro (24) de febrero de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

Alvaro Lecompte Luna, Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero dé Castro.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

CONTRATO DE OBRA PUBLICA. EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI. CODIGO FISCAL DE CALI. LICITACION. ADJUDICACION DEL CONTRATO.

No solamente el Alcalde en el sector central y los Gerentes y Directores en el sector descentralizado pueden adjudicar licitaciones ya que en un caso pueden adjudicar las Juntas Administradoras Municipales y en el otro, las Juntas Directivas de las entidades descentralizadas.

REVOCA LA SUSPENSION PROVISIONAL DE LOS ARTICULOS 1º y 2º de la Resolución 010 de 1987 de la Junta Directiva de las Empresas Públicas Municipales de Cali, decretada por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., seis de abril de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Carlos Ramírez Arcila.*

Referencia: Expediente número 5527.

Actor: Carlos E. Campillo P.

Se procede a resolver los recursos de apelación oportunamente interpuestos, por el apoderado de las Empresas Municipales de Cali y el ciudadano Oscar Castaño Trejos, quien interviene en el proceso como parte impugnadora, contra el numeral 1º del auto proferido por el Tribunal Administrativo del Valle el 22 de septiembre de 1987 por medio del cual se decretó la suspensión provisional de los artículos 1º y 2º de la Resolución número 010 de 1987, expedida por la Junta Directiva de las Empresas Municipales de Cali que adjudicó una licitación. Para producir el auto recurrido el Tribunal hace las siguientes declaraciones:

"El Acto Administrativo acusado (Resolución número 010 de 1987, abril 2, 'por el cual se adjudica una licitación', expedido por la Junta Directiva del establecimiento público Empresas Municipales de Cali, EMCALI) está suscrito por el Presidente de la Junta, doctor Henry Eder Caicedo, sin que en los 'considerandos' de la misma, se dé explicación alguna sobre el fundamento para hacerlo como Presidente de

la Junta Directiva, existiendo, como existe, norma que dispone cuál es el funcionario que adjudica la licitación en 'las entidades descentralizadas' (art. 275 del Decreto 1091 de 1979. Código Fiscal de Cali, en concordancia con el art. 34 del Decreto 222 de 1983, art. 41 del Acuerdo 50 de 1961).

"Dispone el artículo 275 del Código Fiscal de Cali:

"'AUTORIDAD COMPETENTE PARA ADJUDICAR.

"'Corresponde adjudicar contratos al Alcalde, tratándose de la Administración Central, y a los Gerentes o Directores de las entidades descentralizadas.

"'La adjudicación se hará mediante Resolución que se notificará personalmente al proponente favorecido y se comunicará a los no favorecidos. Contra esta Resolución no procede ningún recurso por la vía gubernativa.

"'Si el proponente favorecido no firmare el contrato dentro del plazo señalado en el pliego de condiciones, podrá adjudicarse al oferente calificado en segundo o tercer lugar, o abrirse una nueva licitación'.

"Dispone el inciso 1º del artículo 34 del Decreto 222 de 1983:

"'Artículo 34. DE LA AUTORIDAD COMPETENTE PARA ADJUDICAR.

"'Corresponde adjudicar el contrato al jefe del organismo, previo concepto de la Junta de Licitaciones y Adquisiciones o del Comité Técnico del mismo, con sujeción a las normas que regulan sus facultades. La adjudicación se hará mediante resolución motivada que se notificará personalmente al proponente favorecido, según el Decreto 2733 de 1959 o normas que lo sustituyan y se comunicará a los no favorecidos dentro de los cinco (5) días calendario siguientes'.

".....

"Este primer aspecto de la solicitud de suspensión provisional versa sobre un punto de derecho, cual es el correspondiente al funcionario que está asistido de la facultad para adjudicar la licitación. Las normas invocadas determinan que lo es el Gerente del establecimiento público Empresas Municipales de Cali —EMCALI—. El acto administrativo acusado, al estar suscrito por el Presidente de la Junta Directiva, es violatorio, a primera vista, de las disposiciones del Código Fiscal del Municipio de Cali, y del Estatuto de Contratación Administrativa.

"Ha expuesto el Consejo de Estado que 'la benéfica institución de la suspensión provisional sólo procede cuando en tratándose de la acción pública, popular o ciudadana, aparece un choque manifiesto, claro, patente, entre el acto acusado y la norma de carácter superior' (Auto 11 de octubre 83, Consejero ponente: Doctor Gaspar Caballero Sarria. Actor: Asociación de Jubilados del Quindío).

"En el caso en estudio se dan las exigencias de orden legal, en cuanto a este punto de derecho, para decretar la suspensión provisional (art. 152, inciso 2º del C. C. A.).

"En relación a los otros dos aspectos de la solicitud de suspensión provisional —*no acreditar previamente la existencia del consorcio*—, e *integración por algunas personas de una y otra sociedad licitante*, la suspensión habrá de adoptarse con base en elementos probatorios que demandan un análisis más detenido para su valoración y confrontación. El Tribunal en este aspecto, comparte el criterio del Consejo de Estado, en el sentido de que pese a que la antecitada norma (art. 152 del C. C. A.) permite que la flagrante violación puede percibirse 'a través de una sencilla comparación', o 'del examen de las pruebas aportadas' no puede entenderse esto último como si de primer intento pudiera evaluarse todo el acervo probatorio para la prosperidad anulatoria, porque esto implicaría el desconocimiento de los principios probatorios que le dan validez y efectos demostrativos a los distintos medios. La reforma introducida en el inciso 2º del mencionado artículo 152 sobre pruebas merece ser interpretada con sentido marcadamente restrictivo y con referencia a los documentos que demuestren la existencia y el proceso de expedición del acto cuestionado, no sólo en cuanto a sus formalidades, sino también en lo que toca con los funcionarios o miembros de las corporaciones que figuran como sus autores (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de agosto 5 de 1985. Consejero ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente 4705. Actor: Siderúrgica de Medellín S. A. 'SIMESA) (De DICCIONARIO JURIDICO —Consejo de Estado—. Año 1985, pág. 533).

"En consideración a lo expuesto, el Tribunal, decretará, en la parte motiva de esta providencia, la suspensión provisional del acto administrativo acusado, por ser procedente. .....

"Se decretará, además, la admisión de la demanda por satisfacer las exigencias de orden legal.

"En consecuencia el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, *resuelve:*

"1º *Decretar la suspensión provisional* de los artículos 1º y 2º de la Resolución número 010 de 1987 —abril 2— expedida por la Junta Directiva del establecimiento público Empresas Municipales de Cali

—EMCALI— 'por la cual se adjudica una licitación' (Licitación Pública Internacional GPM-23-86-AC-ALC)" (fls. 353 a 355, cuaderno 1).

El Magistrado doctor Rodrigo Ordóñez Ochoa, salvó el voto por considerar que la acción está dirigida contra un acto de carácter eminentemente particular, contra el cual no es procedente la acción de simple nulidad (fls. 357 y ss.).

Por su parte el apoderado de las Empresas Municipales de Cali sustenta su recurso de apelación con los siguientes argumentos:

"3. *Motivos de inconformidad.*

"El artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, dispone:

"*Procedencia de la suspensión.*

"El Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos podrán suspender los efectos de un acto mediante las siguientes reglas:

" 'Si la acción es la de nulidad, basta que haya manifiesta violación de una norma superior, que se pueda percibir a través de una sencilla comparación, o del examen de las pruebas aportadas'.

"El demandante para fundamentar la solicitud de suspensión provisional hizo un extenso estudio jurídico como se aprecia a folios 7, 8, 9 y 10 de la demanda, argumentando básicamente que se violó en forma directa el artículo 275 del Decreto número 1091 de 1971 'Código Fiscal de Cali...'

"Más adelante dice:

" 'Se incurrió en violación directa de la ley apreciable a simple vista y se cayó en el vicio de incompetencia...'

"Considero que los presupuestos del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo no se cumplieron, o sea, 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.

"Ya expresé que el actor tuvo que llegar a dicha conclusión y que ésta no es apreciable a *prima facie.*

"*Aspectos que el Tribunal Contencioso dejó de considerar:*

"El Tribunal de lo Contencioso Administrativo en el auto referido solamente se detuvo al análisis del artículo 275 del Código Fiscal que dice:

"*Autoridad competente para adjudicar.*

"Corresponde adjudicar los contratos al Alcalde, tratándose de la Administración Central, y a los Gerentes o Directores de las entidades descentralizadas.

"La adjudicación se hará mediante resolución que se notificará personalmente al proponente favorecido y se comunicará a los no favorecidos. Contra esta resolución no procede ningún recurso por la vía gubernativa.

"Si el proponente favorecido no firmare el contrato dentro del plazo señalado en el Pliego de Condiciones, podrá adjudicarse al oferente calificado en segundo o tercer lugar, o abrirse una nueva licitación.

"La norma expresada anteriormente es de carácter general y está ubicada dentro del Libro VIII 'Del Estatuto de Contratación, Capítulo I, Normas Generales'.

"El Tribunal dejó de considerar *las normas especiales* que para cada contrato se definen en el Código Fiscal.

"El Capítulo V 'Contratos de Obras Públicas', en su artículo 319 dice:

" '*Objeto.*

" 'Según su objeto, los contratos de obras públicas pueden clasificarse en dos grupos:

" '1. Para ejecución de estudios, planos, anteproyectos, proyectos, localización de obras, asesoría, coordinación o dirección técnica, programación y ejercicio de la interventoría.

" '2. Para construcción, montaje, mejoras, adiciones, conservación y restauración'.

"El artículo 322 del Código Fiscal, desarrolla el trámite que se debe seguir para la construcción, montaje, mejoras, adiciones, conservación y restauración; y en su literal c) dice:

" 'Si su valor fuere superior a cinco millones de pesos, se celebrará previa licitación pública y su adjudicación la hará la Junta Administradora Municipal correspondiente'.

"Capítulo XIX. Contratos de las entidades descentralizadas.

"Este artículo dice:

" *'Competencia.*

" 'Los contratos de las entidades descentralizadas del Municipio, se celebrarán y suscribirán por el respectivo representante legal y estarán sujetos a la previa autorización o a la aprobación posterior de la correspondiente Junta o Consejo Directivo, según lo que sobre el particular provean sus normas orgánicas'.

"Artículo 510. Disposición especial para las entidades descentralizadas.

"Este artículo dice:

" 'Las Juntas Directivas de los establecimientos públicos descentralizados, podrán mediante resolución de carácter general, establecer:

" 'Las cuantías dentro de las cuales las Administraciones de dichos establecimientos pueden contratar directamente.

" '2. Las cuantías límites para la contratación mediante licitación pública o privada.

" '3. Los requisitos para la adquisición de bienes muebles mediante órdenes de compra.

" '4. Las cuantías para la contratación directa, por parte de la Administración, de obras mediante órdenes de trabajo'.

"Desarrollo del artículo anterior.

...."Con fundamento en el artículo 510 del Código Fiscal, la Junta Directiva de las Empresas Municipales de Cali, expidió la Resolución número 0110 de diciembre 9 de 1986 que se titula así:

" 'Por la cual se aplica lo dispuesto en el artículo 510 del Código Fiscal Municipal, Decreto extraordinario 1901 de junio 30 de 1979 en materia de cuantía a que está sometida la adquisición, contratación y suministro de EMCALI'.

"El artículo 3º de la mencionada resolución se refiere en forma expresa a los contratos de obras públicas y los define así:

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

"En cuanto a los requisitos de estos contratos, en el numeral 5º dice:

" 'Si su valor fuere superior a quince millones trescientos ochenta y nueve mil seiscientos setenta y ocho pesos ($ 15.389.678.00), se celebrará licitación pública, previo análisis del Comité de Licitaciones y Comisión de Junta respectiva y su adjudicación la hará la honorable Junta Directiva de EMCALI, debiendo celebrarse contrato escrito'.

"Como se aprecia en la Resolución número 010 de abril 2 de 1987 de la Junta Directiva de EMCALI, la adjudicación hecha en el artículo 1º al consorcio de Tecnomasio Italiano-Brown Boveri S.P.A.; Constructora Brugués y Cía. S. A., ascendió a $ 959.629.133.00 y la adjudicación hecha al consorcio Ansaldo S.P.A. Construcciones Domus Ltda. Murle & Rodas Ltda., Degremont Colombia Ltda., fue de US$ 3.202.463; sumas estas superiores a los $ 15.389.678, para que se exija licitación pública y adjudicación por la Junta Directiva de EMCALI.

"Conflictos de normas:

"El demandante invocó para obtener la suspensión provisional y que fue el mismo argumento del Tribunal, una norma de carácter general.

"He expuesto las normas especiales para los *contratos de obras públicas*, que son de carácter especial, que no han sido demandados ni anulados y, por lo tanto gozan de la presunción de legalidad.

"En igual forma, el artículo 5º de la Ley 57 de 1887 en su numeral 1º dice:

" 'La disposición relativa a un asunto especial, prefiere a la que tenga carácter general'.

"El numeral 2º dice:

" 'Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidades y se hallen en un mismo código, preferirá la disposición consignada en el artículo posterior...'

"Estatuto del establecimiento público Empresas Municipales de Cali (Acuerdo número 50 de 1961).

"Considero que el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle no tuvo en cuenta para la suspensión provisional el artículo 23 que asigna a la Junta Directiva la de fijar las normas de administración.

"Acuerdo número 87 de 1987, por el cual se reforman los Estatuos de EMCALI.

"El Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, omitió en su estudio el artículo 14 que relaciona las funciones de la Junta Directiva así:

" 'b) Resolver por mayoría de votos todos los asuntos y negocios relativos al establecimiento'.

"Es precisamente lo que hizo la Junta Directiva, fundamentada en el Código Fiscal y en forma especial por el artículo 510 del Código Fiscal y la Resolución número 0110 de diciembre 9 de 1986" (fls. 419 a 424, cuaderno 1).

A su vez el ciudadano Oscar Castaño Trejos sustenta su recurso así:

"Los preceptos del Código Fiscal de Cali, como conjunto armónico de normas destinadas a proporcionar a la organización municipal un enfoque integral de los procesos fundamentales para la operatividad y equilibrio institucional, no pueden estudiarse aisladamente para encontrar presuntas transgresiones mediante confrontación de actos de la administración con los mandatos que se dicen violados, y esto es lo que ha ocurrido con el proveído que ataco: Es cierto que el artículo 275 *ibídem* dice que 'corresponde adjudicar los contratos al Alcalde tratándose de la Administración Central y a los Gerentes o Directores de las entidades descentralizadas...', pero resulta totalmente erróneo darle una cobertura que no tiene.

"En efecto, se echa de menos en el auto atacado el análisis de la solución que aporta el mismo código mediante disposiciones consignadas en artículos posteriores dotados de preferencia legal además de indiscutible especialidad en la materia, como son las siguientes:

Artículo 319 que dice:

" '*Objeto*. Según su objeto, los contratos de obras públicas pueden clasificarse en dos grupos:

" '1. Para ejecución de estudios, planos, anteproyectos, proyectos, localización de obras, asesorías, coordinación o dirección técnica, programación y ejercicio de la Interventoría.

" '2. Para construcción, montaje, mejoras, adiciones, conservación y restauración'.

"Artículo 332 que dice:

" '*Representante del Administrador Delegado*. Cuando el Administrador Delegado fuere una persona jurídica, deberá mantener por

su cuenta, al frente de la obra, un representante suyo, arquitecto ingeniero matriculado, según la naturaleza de la misma, con facultades suficientes para estudiar y resolver los problemas que surjan durante la ejecución del contrato'.

"Artículo 484 que dice:

" 'Competencia. Los contratos de las entidades descentralizadas del Municipio, se celebrarán y suscribirán por el respectivo representante legal y estarán sujetos a la previa autorización y a la aprobación posterior de la correspondiente Junta o Consejo Directivo, según lo que sobre el particular prevean sus normas orgánicas'.

"Artículo 510. *Disposición especial para las entidades descentralizadas.*

"Las Juntas Directivas de los establecimientos públicos descentralizados, podrán mediante resolución de carácter general, establecer:

"1. Las cuantías dentro de las cuales las administraciones de dichos establecimientos pueden contratar directamente.

"2. Las cuantías límites para la contratación mediante licitación pública o privada.

"3. Los requisitos para la adquisición de bienes muebles mediante órdenes de compra.

"4. Las cuantías para la contratación directa, por parte de la Administración, de obras mediante órdenes de trabajo.

"*Parágrafo 1º* Las cuantías que se establezcan en desarrollo de estas facultades en ningún caso podrán ser inferiores al 50% de las establecidas en el Código Fiscal para la Administración Municipal.

"*Parágrafo 2º* Las órdenes de trabajo con excepción de lo establecido en relación con las cuantías deberán llenar las mismas condiciones y requisitos establecidos en el Código Fiscal.

"La Junta Directiva de EMCALI, con fundamento en el artículo 510 del mismo código, expidió la Resolución número 0110 de diciembre 9 de 1986 que transcribo a continuación en lo pertinente ya que con motivo de este proceso, ha sido ignorado por este Tribunal:

" 'Si su valor fuere superior a quince millones trescientos ochenta y nueve mil seiscientos setenta y ocho pesos ($ 15.389.678.00) se celebrará licitación pública, previo análisis del Comité de Licitaciones y Comisión de Junta respectiva y su adjudicación la hará la honorable Junta Directiva de EMCALI, debiendo celebrarse contrato escrito'.

"Por lo expuesto, el auto de suspensión provisional no sólo es ilegal sino violatorio del artículo 45 de la Ley 1887 que dice:

" 'Si en los códigos que se adoptan se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes:

" '1ª La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general.

" '2ª Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidades, y se hallen en un mismo código, preferirá la disposición consignada en el artículo posterior; y si estuvieren en diversos códigos, preferirán por razón de éstos, en el orden siguiente: Civil, de Comercio, Penal, Judicial, Administrativo, Fiscal, de Elecciones, Militar, de Policía, de Fomento, de Minas, de Beneficencia y de Instrucción Pública' " (fls. 432 a 434, cuaderno 1).

El concepto Fiscal:

La Fiscal Segunda de la Corporación dice que en su opinión, el auto recurrido debe ser revocado, para lo cual razona así:

"El artículo 510 del Decreto Municipal número 1091 de junio 30 de 1979, trae una *disposición especial para las entidades descentralizadas* y en ella se consagra que sus Juntas Directivas, podrán mediante resolución de carácter general, establecer las cuantías límites para la contratación mediante licitación pública o privada. Por su parte el artículo 322 *ibídem* establece que los contratos de obras públicas para construcción, montaje, mejoras, adiciones, conservación y restauración, si la cuantía es superior a $ 5.000.000.00, se celebrarán previa licitación pública y su adjudicación la hará la Junta Administradora Municipal correspondiente. Este artículo está señalando que para los casos específicos en él mencionados, la adjudicación le corresponde a la Junta Directiva, estableciendo así una especie de excepción al principio general que consagra esa facultad en cabeza del Gerente.

"Es así, como el artículo 275 dispone que la autoridad competente para adjudicar un contrato es el Alcalde tratándose de la Administración Central y los Directores y Gerentes de las entidades descentralizadas. Debe pues concluirse que los artículos 322 y 510 del Código Fiscal, por ser normas posteriores y especiales, se aplican en forma preferencial en el presente caso.

"El artículo 1º del Decreto 222 de 1983, preceptúa que las normas referentes a los tipos de contratos, su clasificación, efectos, responsabilidad; y los principios de terminación, modificación e interpretación unilaterales, se aplicarán también en los Departamentos y Mu-

nicipios. Su aplicación en cuanto a los Departamentos y Municipios, es en relación con los aspectos enunciados, pero como se analizó, en el presente caso plantea aspectos diferentes y además existen normas especiales para la adjudicación de contratos de obras públicas por parte de la Junta Directiva de EMCALI.

"Como no se reúnen los requisitos para que sea procedente la suspensión provisional de la Resolución número 010 de abril 2 de 1987 proferida por la Junta Directiva de EMCALI, no se comparte la decisión asumida por el Tribunal de Cali, ni los argumentos esgrimidos para su determinación, ya que del examen de las pruebas aportadas no se desprende que el acto administrativo acusado, sea violatorio de las disposiciones del Código Fiscal del Municipio de Cali y del estatuto contractual" (fls. 450 y 451 del cuaderno 1).

Consideraciones de la Sala:

El Tribunal *a quo* sustenta su decisión de suspender provisionalmente los artículos 1º y 2º de la Resolución número 010 de 1987 —expedida por la Junta Directiva del establecimiento Empresas Municipales de Cali— en la falta de competencia de la citada Junta Directiva para producir el acto acusado ya que conforme lo disponen los artículos 275 del Código Fiscal de Cali y 34 del Decreto 222 de 1983, la autoridad competente para adjudicar es el Alcalde en la Administración Central y los Gerentes o Directores de las entidades descentralizadas y, en general (art. 34, Decreto 222), el jefe del organismo.

Como en este caso la adjudicación se hizo por la Junta Directiva de las Empresas Municipales de Cali, el Tribunal considera que la licitación fue adjudicada por quien no tenía competencia para ello con violación a primera vista, de las normas citadas y, en consecuencia, dispone la suspensión provisional del acto.

La anterior resolución del *a quo* debe ser revocada por la Sala, por las siguientes razones:

Las normas que se consideraron violadas han debido ser interpretadas en su conjunto con las demás que integran el Código Fiscal de Cali (Decreto 1090 de 1979 de la Alcaldía Municipal) ya que, como se dijo en sentencia de 26 de enero de 1989, "interpretar una norma jurídica es fijar su sentido, su contenido objetivamente válido, en función del sistema de que forma parte, buscando su finalidad para encontrar sus significaciones particulares" (Expediente 4977. Actor Guy Moggio Magaud).

Para producir la suspensión provisional se tomaron aisladamente las normas en que funda la decisión, sin tener en cuenta que otras disposiciones del mismo estatuto podían llevar a la solución contraria.

Efectivamente, la norma contenida en el artículo 275 del Código Fiscal de Cali (fl. 177) parece indicar que los únicos funcionarios competentes para adjudicar son el Alcalde, en la administración central del Municipio, y los Gerentes o Directores en el sector descentralizado. Pero si esta norma se estudia en conjunto con los artículos 322 —literal b— (fl. 188) y 510 (fl. 224) llegamos a la ineludible conclusión de que las adjudicaciones pueden ser efectuadas por personas distintas al Alcalde y Gerentes o Directores ya que conforme a la primera de las normas, la adjudicación de los contratos de obra cuyo valor fuere superior a $ 5.000.000.00 corresponde en la administración central, no al Alcalde sino a la Junta Administradora Municipal correspondiente. Dicen así los citados artículos:

"Tramitación según la cuantía.

"Los contratos de obra a que se refiere el numeral 2º del artículo 319 de este código, se sujetarán en su tramitación a las siguientes reglas:

"a) Si su valor fuere hasta $ 1.000.000.00 no requerirán de licitación y la adjudicación del contrato la hará directamente el Alcalde;

"b) Si su valor estuviere entre $ 1.000.001.00 y $ 5.000.000.00, estarán precedidos de licitación privada y su adjudicación la hará directamente el Alcalde;

"c) *Si su valor fuere superior a $ 5.000.000.00 se celebrará previa licitación pública y su adjudicación la hará la Junta Administradora Municipal correspondiente* (Subrayas de la Sala);

"d) Cuando el valor de las obras que se ejecuten fueren hasta de $ 300.000.00, se realizarán mediante órdentes de trabajo escritas, expedidas por los Secretarios del Despacho o Directores de Departamento Administrativo. En estos casos las obligaciones se reconocerán mediante resolución motivada que se expedirá una vez recibidos los trabajos" (fl. 188).

Es decir, que en la administración central no sólo el Alcalde puede adjudicar sino que en las adjudicaciones de cuantía superior a $ 5.000.000.00 la competencia radica en la Junta Administradora Municipal correspondiente, lo cual constituye una excepción a la norma general del artículo 275, siendo de anotar que la excepción se refiere precisamente a los contratos de cuantías más apreciables.

Y el artículo 510 autoriza a las Juntas Directivas de los establecimientos públicos descentralizados para establecer, mediante acto general, las cuantías que se tendrán en cuenta para las adjudicaciones en dichos establecimientos, así:

"Las Juntas Directivas de los establecimientos públicos descentralizados, podrán mediante resolución de carácter general, establecer:

"1. Las cuantías dentro de las cuales las administraciones de dichos establecimientos pueden contratar directamente.

"2. *Las cuantías límites para la contratación mediante licitación pública o privada* (El subrayado es de la Sala).

"3. Los requisitos para la adquisición de bienes muebles mediante las órdenes de compra" (fl. 224, cuaderno 1).

En uso de la facultad concedida por el artículo 510, la Junta Directiva de las Empresas Municipales de Cali dictó la Resolución número 0110 de diciembre 9 de 1986, en la cual se dispuso.

"*Artículo tercero:* Los contratos de obras públicas que celebre el establecimiento público Empresas Municipales de Cali —EMCALI— deberán ceñirse a los requisitos y cuantías que se señalan a continuación:

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

"Los requisitos para estos contratos son:

"....."

"5. *Si su valor fuere superior a quince millones trescientos ochenta y nueve mil seiscientos setenta y ocho pesos ($ 15.389.678.00) se celebrará licitación pública,* previo análisis del Comité de Licitaciones y Comisión de Junta respectiva *y su adjudicación la hará la honorable Junta Directiva de EMCALI,* debiendo celebrarse contrato escrito" (Subrayas de la Sala) (fls. 427 vto. y 428).

Del contenido de las normas antes transcritas se desprende que no solamente el Alcalde en el sector central y los Gerentes y Directores en el sector descentralizado pueden adjudicar licitaciones ya que en un caso pueden adjudicar las Juntas Administradoras Municipales y, en el otro, las Juntas Directivas de las entidades descentralizadas.

Del conjunto normativo que integra el Código Fiscal de Cali se desprende más bien que la adjudicación de licitaciones de altas cuantías se asignó a entidades integradas por varios miembros (Juntas Administradoras Municipales - Juntas Directivas) seguramente con el fin de que se ejerza un mayor control sobre ellas.

Lo anterior indica que la Resolución número 010 de 1987, originaria de la Junta Directiva de las Empresas Municipales de Cali, no violó ninguna norma superior de manera "que se pueda percibir a través de una sencilla comparación, o del examen de las pruebas

aportadas" como lo indica el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo y, por consiguiente, no debe ser suspendida provisionalmente.

Como consecuencia de lo anterior el auto recurrido será revocado en cuanto decretó la suspensión provisional del auto acusado.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo —Sección Tercera—, de acuerdo con su colaboradora Fiscal,

Resuelve:

Revócase el numeral primero (1º) del auto de fecha septiembre 22 de 1987, por el cual el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca decretó la suspensión provisional de los artículos 1º y 2º de la Resolución número 010 de 1987 expedida por la Junta Directiva del establecimiento público Empresas Municipales de Cali —EMCALI—, y en su lugar deniéguese la suspensión provisional solicitada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha seis (6) de abril de 1989.

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

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

SERVICIO SECCIONAL DE SALUD. LEGITIMACION POR PASIVA.

Los Servicios Seccionales de Salud no son establecimientos públicos. El Servicio de Salud Bogotá no es una persona jurídica con capacidad para comparecer en juicio; no puede ser demandado por cuanto carece de patrimonio autónomo, independiente.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., doce de abril de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Samuel Buitrago Hurtado.*

Referencia: Expediente número 1009. Asuntos departamentales.

Actor: Jaime Forero Rincón.

Contra la providencia dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 24 de marzo de 1988 el señor apoderado del demandante interpuso el recurso de apelación para ante esta Corporación. En la providencia en mención el Tribunal se declaró inhibido para fallar en el fondo por existir una evidente falta de capacidad de la demandada para ser parte, presentándose la ineptitud sustantiva de la demanda que de modo inevitable llevaba a esa decisión.

Tramitado el recurso en forma legal es oportuno entrar a desatarlo, para lo cual se hacen las siguientes

Consideraciones:

En ejercicio de la acción de plena jurisdicción y mediante apoderado judicial, el señor Jaime Forero Rincón demandó una serie de resoluciones originarias del Servicio de Salud Bogotá mediante las cuales se impuso una multa al actor por violación del artículo 1º del Decreto Distrital 165 de 1980, además del pago del valor de la manutención de cada uno de los bovinos retenidos durante el tiempo de duración del proceso, y en caso de incumplimiento proceder al sacrificio de los mismos y el envío de la carne a instituciones asistenciales; se dispuso entregar los animales al Instituto de la República de los Muchachos, Hogar Santa Teresa de Jornet, Granjas del Padre Luna,

Ancianato de las Hermanitas de los Pobres, Ancianato de las Luisas de Marillac, Hogares Juveniles Campesinos y Hogar San Francisco de Asis.

Como consecuencia de la nulidad de los actos referidos, se pidió el restablecimiento del derecho condenándose al "Servicio de Salud de Bogotá" al pago de los perjuicios morales y materiales según se prueben en el proceso; al pago de los honorarios profesionales de abogado y al pago de los gastos y costas del proceso.

Las resoluciones acusadas tuvieron origen en todo un proceso surtido en el Servicio de Salud de Bogotá, D.E., a raíz de la captura de 15 bovinos como animales ambulantes en el Barrio Country Sur de Bogotá el 23 de junio de 1982, de propiedad del señor Jaime Forero Rincón demandante y su ubicación en el Depósito Público. En la demanda se narran todos los incidentes ocurridos, pasos seguidos, actuaciones, inspecciones, pruebas, etc., realizadas hasta culminar en los actos acusados. Y como en vista de que el interesado no cumplió las obligaciones económicas impuestas en la primera de las resoluciones que fueron objeto de acusación, esto es, en la Resolución número 05305A de 28 de diciembre de 1982 (fl. 99), procedió a disponer de los semovientes no reclamados en el término legal a través de las resoluciones que se produjeron posteriormente.

En la demanda así mismo se expresaron las disposiciones violadas y se enunció el concepto de la violación de las mismas.

Cumplido todo el trámite del proceso en el Tribunal, se puso fin al mismo con la sentencia que ahora se revisa en la cual, acorde con el criterio de su Fiscal concluyó con decisión inhibitoria, pues estableció una evidente falta de capacidad de la entidad demandada para ser parte, presentándose una ineptitud sustantiva de la demanda que conducía a una decisión de esa naturaleza. Y razonó así el *a quo* en lo pertinente:

"Del examen de la demanda ciertamente se advierte que ésta se dirige contra el Servicio Seccional de Salud de Bogotá, pues, de una parte, en el capítulo de las pretensiones en forma expresa se solicita en cada una de ellas que la declaratoria de condena por los perjuicios morales y materiales causados se haga a ese organismo, y, de otra, en todo el texto del libelo la referencia siempre se hace en relación con el mismo. Esto quiere decir que de la interpretación de la demanda no puede surgir una conclusión distinta a la de que efectivamente la parte señalada como demandada és el Servicio Seccional de Salud de Bogotá y no otra, como la de que implícitamente lo sea el Distrito Especial de Bogotá.

"Entendida de esa manera la demanda es preciso entonces analizar si el Servicio Seccional de Salud de Bogotá en realidad es una persona jurídica de creación legal del orden nacional o distrital, pues

para establecer válidamente la relación jurídica procesal es indispensable que se reúnan los presupuestos procesales, uno de los cuales es el de la capacidad procesal, es decir el de la aptitud de la persona demandante o de la demandada para comparecer directamente al proceso.

"Este aspecto relacionado con la personería jurídica de los Servicios Seccionales de Salud ha sido definido por la jurisprudencia del Consejo de Estado, así como por esta Sección con respecto al del Distrito Especial de Bogotá, en el sentido de considerar que efectivamente no constituyen una persona jurídica".

En refuerzo de sus argumentaciones cita el Tribunal jurisprudencia del Consejo de Estado de 4 de marzo de 1983 y de 11 de noviembre de 1986, así como de esa misma Corporación que coinciden en lo fundamental con su criterio.

El señor apoderado del apelante considera que la providencia recurrida no consulta la realidad jurídica del Servicio de Salud de Bogotá D. E., el que en su concepto sí es un establecimiento público con personería jurídica y patrimonio propio, teniendo capacidad para ser parte y, por ende, obliga a que se tome una decisión de fondo sobre las pretensiones de la demanda. Fundamenta el señor apoderado su concepto en el hecho de que tanto en el contrato celebrado entre la Nación y el Distrito Especial de Bogotá el 2 de diciembre de 1971, como en el celebrado entre los mismos entes el 15 de diciembre de 1975, crearon el Servicio de Salud de Bogotá, D. E., con personería jurídica y patrimonio propio, como un establecimiento público de carácter distrital, no siendo objetado ni tachado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por el Personero, ni por el Contralor Distrital. Dice que dicha entidad fue creada previa autorización legal, recordando al efecto las Leyes 12 de 1963, 39 de 1969 y 9ª de 1973, amén de los Acuerdos 14 de 1971 y 24 de 1975 del Concejo de Bogotá, que autorizaron al Alcalde para crear el Servicio de Salud. Además argumenta, en los contratos se calificó al Servicio como un establecimiento público del orden distrital, una persona jurídica autónoma administrativa con patrimonio propio y, en esas condiciones, sí puede responder por los perjuicios que ocasione a los particulares con sus actuaciones al contrario de lo que se sostiene en el fallo recurrido. Por todo lo anterior solicita el señor apoderado que se realice el análisis de fondo respectivo para decidir, revocándose la sentencia inhibitoria apelada.

El señor Fiscal Primero de la Corporación en su concepto de fondo expresa que en el libelo el apoderado de la parte demandante le asignó al Servicio de Salud de Bogotá el carácter de parte demandada, cuando en estricto rigor jurídico no puede serlo, ya que los Ministerios, Departamentos Administrativos y las Superintendencias carecen de personería jurídica, la cual le fue asignada legalmente a la Nación. Hace referencia el señor Fiscal a pronunciamientos del Con-

sejo de Estado donde se ha llegado a la conclusión de que los Servicios Seccionales de Salud no constituyen una persona jurídica pues no han sido creados como establecimientos públicos con personería jurídica y patrimonio propio sino que por el contrario son dependencias de la Administración Departamental, estando representados por el Gobernador del Departamento como se infiere del artículo 194 de la Constitución Nacional. Y concluye el señor Fiscal expresando la imposibilidad de que el Consejo pueda pronunciarse en el fondo del negocio, razón por la cual pide la confirmación de la sentencia recurrida por ajustarse a derecho y a la realidad procesal.

La Sala ha realizado el estudio pormenorizado del expediente llegando a las mismas conclusiones del Tribunal, puesto que es evidente que el Servicio de Salud de Bogotá no es una persona jurídica con capacidad para comparecer en juicio y, obviamente, para ser sujeto de condena alguna. Además, debe observar la Sala, que a partir de la Ley 28 de 1974 el Alcalde es el representante legal del Municipio para todos los efectos a que hubiere lugar. De ahí el que considere un tanto irregular que el auto admisorio de la demanda de 16 de junio de 1983 se haya ordenado notificar también al señor Personero, anotándose igualmente, que la demanda no estaba dirigida contra el Distrito Especial de Bogotá.

El Decreto-ley 2470 de 1968 "por el cual se reorganiza el Ministerio de Salud Pública", reguló todo lo relativo al Sistema Nacional de Salud, al que definió en su artículo primero como "el conjunto de organismos que tengan como finalidad específica procurar la salud de la comunidad". Como niveles funcionales reconoce en su artículo 2º el nacional, el seccional y el local. En el artículo 3º dice que el nivel nacional está constituido por el Ministerio de Salud Pública y los organismos adscritos y vinculados a él. En el 4º se indica que el nivel seccional está constituido por los Servicios Seccionales de Salud y se precisan los objetivos y funciones de los mismos orientados a la adecuación de los planes y programas nacionales de salud a las condiciones regionales y locales y a la ejecución de los mismos, así como la supervisión, asesoría, coordinación y evaluación del desarrollo de los programas de salud dentro de su territorio.

No se detecta pues en parte alguna del decreto en comento la intención del legislador extraordinario de crear una entidad descentralizada para atender los problemas y necesidades atinentes a la salud.

El Decreto-ley 056 de enero 15 de 1975 define en su artículo primero el Sistema Nacional de Salud como el conjunto de organismos, instituciones, agencias y entidades que tengan como finalidad específica procurar la salud de la comunidad, en los aspectos de promoción, protección, recuperación y rehabilitación. Señaló en el artículo 2º

como entidades adscritas al Sistema, todas las personas jurídicas de derecho público que presten servicios de salud a la comunidad, reciban o no aportes del Estado, y como entidades vinculadas, a todas las personas jurídicas de derecho privado que presten servicio de salud a la comunidad, reciban o no aportes estatales. Determinó que a nivel seccional la dirección del sistema la ejercen los Servicios Seccionales de Salud que funcionen en las capitales de los Departamentos, de las Intendencias, de las Comisarías y en el Distrito Especial de Bogotá, cuyas funciones allí mismo se señalan. En el artículo 8º se aclara que los Servicios Seccionales de Salud funcionarán como dependencias técnicas del Ministerio de Salud Pública. Tanto en el artículo 10 como en el 24, se dispone la incorporación de las Secretarías de Salud de los Departamentos, Intendencias, Comisarías, del Distrito Especial de Bogotá y de los Municipios en su funcionamiento, al Servicio Seccional de Salud correspondiente; y como organismos directivos se indican al Jefe con su Junta Seccional de Salud en el artículo 11.

Por manera que tampoco este último decreto crea una persona jurídica bajo el nombre de Servicio de Salud.

El Decreto-ley 350 de 1975, "por el cual se determina la organización y funcionamiento de los Servicios Seccionales de Salud y de las Unidades Regionales", define a los Servicios Seccionales de Salud como organismos básicos para la dirección del Sistema Nacional de Salud a nivel departamental, intendencial, comisarial y del Distrito Especial de Bogotá, con la organización y régimen de funcionarios que les señala el Decreto 056 de 1975, el mismo decreto y las demás disposiciones que rigen el Sistema Nacional de Salud. Y habla este Decreto en su artículo 2º de "los contratos de integración que regulan el funcionamiento de los Servicios Seccionales de Salud" y los cuales deben ajustarse a las normas de organización y funcionamiento que rigen el Sistema Nacional de Salud.

De acuerdo con la preceptiva legal descrita, resulta claro que los Servicios Seccionales de Salud no son establecimientos públicos. Y el hecho de que se haya previsto la celebración de contratos de integración entre la Nación y los entes territoriales para el funcionamiento de los Servicios Seccionales de Salud, como parte del Sistema Nacional de Salud, no quiere significar que a través de esos contratos se vayan a crear personas jurídicas. Y el que esos contratos deban sujetarse a las normas relativas al Servicio Nacional de Salud, es simplemente para poder imponer ciertas obligaciones a los entes territoriales y a los mismos servidores públicos, cualquiera que sea el nivel de vinculación .Además, a través de esos convenios se busca una total integración de las entidades obligadas para lograr sus fines, sin que ello, se repite, implique la creación de un ente descentralizado con personería jurídica, puesto que tal evento no es posible a la luz del artículo 197 de la Constitución Nacional que atribuye a los Concejos Municipales la facultad de "crear a iniciativa del Alcalde, los establecimientos públicos, sociedades de economía mixta y empresas indus-

triales y comerciales conforme a las normas que determine la ley"; y el Decreto-ley 3133 de 1968 atribuyó igual facultad al Concejo Distrital de Bogotá.

No siendo pues persona jurídica el Servicio de Salud de Bogotá, mal puede ser demandado, por cuanto carece de patrimonio autónomo, independiente. Ese servicio no pasa de ser una dependencia del Distrito Especial de Bogotá. Y es cierto que en el caso presente el Servicio de Salud del Distrito intervino en el proceso por conducto de apoderado; pero de esa circunstancia no puede deducirse su capacidad para ser sujeto de obligaciones.

"Los Servicios Seccionales de Salud no constituyen una persona jurídica, no han sido organizados como establecimientos públicos con personería jurídica y patrimonio propio, sino que constituyen dependencias de la Administración Departamental de la cual forman parte. Por lo tanto su representación la tiene exclusivamente el Gobernador del respectivo departamento como surge del artículo 194 de la Constitución ya citado" (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de noviembre 6 de 1981).

Y esta misma Sala en asunto del que fue ponente quien redacta la presente providencia se expresó así el 11 de noviembre de 1986.

"...el parágrafo 2º del artículo 1º de la Ley 8ª de 1971 otorga al Ministerio de Salud la función de estudiar los barrios, zonas, sectores y lugares que requieren el servicio de las farmacias y droguerías, teniendo en cuenta los diversos factores que relaciona la misma norma. Como quedó visto en la transcripción del contenido de la resolución acusada. El Ministerio de Salud se apoyó en el artículo 5º del Decreto 350 de 1975 para proceder a delegar en los Jefes de los Servicios Seccionales de Salud la función estatuida en el citado 'parágrafo'. El referido artículo 5º, como ya se anotó, estatuye que los Jefes de los Servicios Seccionales de Salud actúan como agentes del Ministerio de Salud para el cumplimiento de la política nacional de salud.

"...La disposición en 'contrario', que permite al Ministerio de Salud delegar en los Jefes de Seccionales de Salud las funciones atinentes al cumplimiento de la política nacional de salud, es precisamente el artículo 5º del Decreto 350 de 1975. Si estos funcionarios son, por mandato legal, 'agentes' del Ministerio para los fines aludidos, no son en rigor otra cosa que subalternos que actúan en su nombre en las actividades específicas que se les señale por su superior jerárquico.

"Tanto da que se diga que los Jefes de los Servicios Seccionales de Salud, al expedir los permisos de apertura o de traslado de las droguerías y farmacias, en virtud del acto acusado, lo hacen como 'agentes' o 'delegados', pues en ambos casos ejercerán idéntica función: Actuar como subalternos del Ministerio de Salud en materia específi-

camente fijada por éste. Se trata aquí de un problema de terminología, carente de importancia, que en última podría ser zanjado por la previsión exceptiva contenida en la norma traída a cuento por el señor fiscal".

Y en razón 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 y de acuerdo con el concepto del señor Fiscal Primero de la Corporación,

Falla:

Confírmase la sentencia apelada proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 24 de marzo de 1988.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

La providencia anterior la discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día 6 de abril de 1989.

Luis Antonio Alvarado Pantoja, Samuel Buitrago Hurtado, Guillermo Benavides Melo, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

MEDIOS DE POLICIA. MEDIDA SANITARIA. SANCIONES. SALUBRIDAD PUBLICA.

La medida de seguridad de clausura temporal del establecimiento adoptada por el Servicio Seccional de Salud fue correctamente aplicada en el sub lite. *No aparece por ninguna parte errónea aplicación del artículo 187 del Decreto 1594 de 1984, del artículo 18 del Decreto 2206 de 1983, ni de la Ley 9ª de 1979, artículo 576.*

MEDIOS DE POLICIA. SALUBRIDAD PUBLICA.

Las disposiciones que enuncia la apoderada (art. 4º, Decreto 2206 de 1983), no son normas imperativas en cuanto a la toma de muestra o a la medición de la calidad del aire, ya que constituyen ante todo, marcos normativos genéricos y orientadores para la administración cuando las circunstancias lo hagan aconsejable.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., trece de abril de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Simón Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Proceso número 731.

Demandante: Sociedad INDACO LTDA.

La sociedad INDACO LTDA., por apoderada judicial, interpuso recurso de apelación contra la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda, el día 5 de agosto de 1987, por la cual se negaron en su totalidad las pretensiones de la demanda, dentro del proceso de restablecimiento del derecho seguido en contra de la Resolución número 0732 de 29 de julio de 1986, expedida por el Servicio Seccional de Salud de Risaralda.

I. Antecedentes:

En el escrito de demanda se relataron varios hechos que en síntesis son los siguientes:

1º INDACO LTDA., es una sociedad de responsabilidad limitada, dedicada a la producción y transformación de materia prima, distribución y venta de alimentos y productos pecuarios.

2º Por Resolución número 1163 de 3 de diciembre de 1985, el Servicio Seccional de Salud de Risaralda impuso a la empresa medida de seguridad de clausura total, que fue levantada mediante Resolución número 1221 de 16 de diciembre de 1985, por solicitud de la empresa. En la misma se concedió a la empresa un plazo para la ejecución de determinados trabajos que, según la demanda, fueron realizados por aquélla.

3º Mediante Resolución número 0732 de 29 de julio de 1986, el Servicio Seccional de Salud dispuso la medida de seguridad de cierre temporal total, sin que el acto administrativo advirtiera sobre los recursos que procedían en su contra, como lo había hecho el primer acto administrativo mencionado. La decisión se tomó sin existir estudios para comprobar los hechos en que se basa y sin cumplir los procedimientos señalados en las normas que menciona, o haber establecido la necesidad de la medida, las situaciones de alto riesgo para la salud humana y sin fijar la duración de la medida.

4º En cumplimiento de la resolución acusada, la Secretaría de Gobierno Municipal selló el establecimiento y prohibió el desarrollo de cualquier actividad de la empresa.

5º Mediante solicitud escrita de septiembre 4 de 1986, la empresa pidió el levantamiento de la medida por expedición irregular y por no haberse dado cumplimiento al artículo 241 del Decreto 1594 de 1984. Por oficio número 191-86, se niega lo solicitado y se autoriza a que la empresa retire la materia prima.

6º Numerosas personas dependen de la actividad de INDACO LTDA., las cuales se han visto afectadas por la medida.

7º El artículo 37 del Decreto 1469 de 1978 impone la obligación para el empleador de solicitar autorización previa del Ministerio del Trabajo para la clausura temporal o definitiva de su empresa, cosa que se incumplió en el caso de autos; también se quebrantó la disposición del artículo 20 del Código Sustantivo del Trabajo, según la cual en todo conflicto en la aplicación de normas laborales y otras se preferirán las primeras por ser de orden público y de carácter especial.

8º El control jurisdiccional de los actos administrativos está a cargo de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, y la Ley 9ª de 1979 y sus reglamentos no pueden ser aplicados arbitrariamente por el Jefe del Servicio Seccional de Salud.

9º El acto administrativo, Resolución número 0732 de 1986, expedido por el Jefe del Servicio Seccional de Salud de Risaralda, es ilegal,

erróneo (sic) en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas en las que pretende apoyarse, sin contar los perjuicios económicos ocasionados a la empresa.

La parte demandada, Departamento de Risaralda —Servicio Seccional de Salud—, contestó la demanda, y puntualmente se refirió a cada uno de los hechos así:

Al primero: No es cierto, pues su función es transformar sus productos; de acuerdo con el Decreto 2333 de 1984 no son alimentos.

Al segundo: Es parcialmente cierto. La Resolución 1221 es de 16 de diciembre de 1985. Se concedieron plazos pero INDACO LTDA., no realizó los trabajos. Debe probar.

Al tercero: El acto administrativo acusado se expidió legalmente. La afirmación contraria debe probarse.

Al cuarto: No es cierto. Debe probarse. La Secretaría de Gobierno Municipal hizo efectiva la medida y requirió al propietario para que retirara la materia prima.

Al quinto: No es cierto. Se autorizó para efectuar los actos de conservación de la maquinaria y el retiro de la materia prima. Hubo mala fe en dejar en la empresa materia prima.

Al sexto: No es un hecho. Debe probarse.

Al séptimo: No es un hecho. Debe probarse. La obligación se establece para el empleador. No existe responsabilidad para el servicio.

Al octavo: Es cierto, la Ley 9ª de 1979 y sus decretos reglamentarios son de orden público. No es un hecho.

Al noveno: No es un hecho. Debe probarse.

II. La sentencia apelada:

Para decidir la controversia, el Tribunal Administrativo estudió el acervo probatorio con el objeto de determinar si las pretensiones fueron o no, demostradas. A cada uno de los preceptos que de acuerdo con la demanda fueron violados, el Tribunal responde de la siguiente forma:

1º *Constitución Nacional, artículos 16, 17, 26, 32 y 45.*

Estas disposiciones constitucionales no fueron violadas porque si es cierto que el trabajo goza de la protección del Estado tiene obligaciones con el fin de evitar perjuicios a la comunidad. Para ello es necesario tener en cuenta, en particular, el precepto del artículo 16

que ordena proteger la vida de las personas, noción dentro de la cual es preciso incluir la salud humana.

2º *Decreto 01 de 1984, artículos 44, 45, 48, 50 y 51.*

Las disposiciones no fueron quebrantadas porque, en virtud del artículo 1º *ibídem*, el régimen de salubridad se orienta por disposiciones especiales.

3º *Código Sustantivo del Trabajo, artículos 9º y 20.*

La ausencia de violación radica en el hecho de que para tener la garantía de la protección es necesario previamente cumplir las exigencias legales que el Estado impone.

4º *Actas de visitas (fls. 83, 90, 118, 126 y 129 del cuaderno 1).*

Practicadas varias visitas a las instalaciones de la empresa se observa que cada una de ellas contiene recomendaciones sanitarias que la empresa se abstiene de atender.

5º *Decreto 1594 de 1984, artículo 188.*

El cargo que le espeta la demanda al acto administrativo acusado no es procedente por cuanto el artículo 186 del mismo decreto, en concordancia con el artículo 100 del Decreto 2105 de 1983 establece que "las medidas de seguridad son de inmediata ejecución, tienen carácter preventivo y transitorio y se aplicarán sin perjuicio de las sanciones a que hubiere lugar. Se levantarán cuando se compruebe que han desaparecido las causas que las originaron" (fl. 192 del cuaderno 1). Según el precepto indicado, la medida de seguridad está sometida a una condición que depende de la entidad afectada, consistente en la desaparición de las causas que le dieron origen. Agrega que según el artículo 187 *ibídem* "las medidas sanitarias surten efectos inmediatos, contra ellas no procede recurso alguno y no requieren formalismos especiales". Por otra parte, para el Tribunal vale mencionar el artículo 99 del Decreto 2105 de 1983 según el cual "las medidas de seguridad tienen por objeto prevenir o impedir que la ocurrencia de un hecho o la existencia de una situación atenten contra la salud pública".

6º *Naturaleza de la medida tomada por el Servicio Seccional de Salud.*

Al tomar el Servicio Seccional de Salud la medida de seguridad se sometió a lo ordenado por el artículo 576 de la Ley 9ª de 1979 —Código Sanitario Nacional— ya que la imposición de sanciones compete a una División del Ministerio de Salud. Por lo anterior, la medida fue tomada por una autoridad competente.

7º *Incumplimiento de la empresa dentro de la medida de seguridad.*

De acuerdo con el acta de la visita practicada el 10 de diciembre de 1986, con el fin de observar si INDACO estaba dando cumplimiento a la medida de seguridad se dejó la siguiente constancia:

"...la empresa se encuentra calcinando y triturando hueso, los demás procesos se encuentran paralizados. La situación sanitaria en cuanto al aspecto estructural, locativo y de equipos no ha cambiado en nada".

8º *Denuncia de los residentes en la zona de la empresa INDACO.*

En memorial dirigido al Jefe de la Oficina Seccional de Salud más de veinte personas vecinas a la empresa se quejan de los olores pestilentes que produce la actividad de la empresa con los huesos que procesan.

9º *Carencia de licencia sanitaria por parte de INDACO.*

La empresa INDACO exhibió una licencia sanitaria de funcionamiento de 1972; según el Código Sanitario Nacional toda empresa de sus características debe disponer de la correspondiente licencia de funcionamiento que debe renovar de manera periódica. Aparte de lo anterior, debe exhibir otras autorizaciones como parte aire, por ejemplo.

10. *Resultados de la prueba de dictamen pericial.*

El fallador de primera instancia considera que la prueba pericial, indiscutible desde el punto de vista procesal, resulta abiertamente desfavorable a las pretensiones de la demanda. En ella los señores peritos dictaminan que las aguas residuales son contaminantes por lo que su descarga en la quebrada La Carbonera hace indispensable una planta de tratamiento para satisfacer las exigencias legales de vertimiento de aguas residuales. Además, para los mismos técnicos, resulta deficiente el tratamiento de las aguas residuales; como también se utiliza en su totalidad materia prima orgánica, se producen gases y humos contaminantes del medio ambiente y causantes de molestias para el vecindario.

11. *Disposiciones del Código Sanitario Nacional son de orden público.*

Para el Tribunal las disposiciones de la Ley 9ª de 1979 buscan la protección de la salud de la comunidad, pues según lo señala especialmente (art. 594) la salud es un bien de interés público. Y esta garantía es de tal naturaleza que la legislación penal establece todo un capítulo a los delitos contra los recursos naturales.

III. El recurso de apelación:

La apoderada de la empresa demandante INDACO LTDA., disiente de la decisión del Tribunal Administrativo en los siguientes términos:

1º El quebranto de las disposiciones sobre procedimiento administrativo, de los artículos 44, 45, 48, 50 y 51 del Decreto-ley 01 de 1984, se basa en que las normas sanitarias distinguen dos clases de medidas: Sanitarias y de seguridad, según los términos del Decreto 1594 de 1984; para la recurrente, la exención al procedimiento gubernativo ordinario se establece respecto de las medidas sanitarias, no de las de seguridad, una de las cuales fue la que tomó el Servicio Seccional de Salud mediante el acto administrativo que se acusa. De lo anterior se infiere que es ilegal haber negado la interposición de recursos administrativos en contra de la decisión demandada. La norma que crea el régimen de excepción es el artículo 187 *ibídem,* disposición concordante del artículo 18 del Decreto 2206 de 1983 y del Decreto 2105 de 1983. Para la recurrente, "...el Decreto 01 de 1984 debe desarrollarse en concordancia con las normas sanitarias, y éstas últimas se aplican de preferencia por ser especiales, de conformidad con el mandato contenido en su artículo 1º".

2º La empresa INDACO dio cabal cumplimiento a las exigencias del servicio, lo que le daba derecho a la protección al trabajo de que tratan los artículos 9º y 20 del Código Sustantivo del Trabajo. El cierre prolongado ha traído consigo perjuicios únicamente con el argumento de que la actividad producía olores no agradables.

3º Al acto administrativo censurado se le acusa de no haber fijado el término de la clausura, lo que ha implicado para la empresa incertidumbre sobre la duración de la medida; el querer de la administración debe ser "claro, concreto, inequívoco". Por otra parte, tampoco el acto que se impugna impuso condición para el levantamiento de la medida de seguridad impuesta.

4º Al afirmar el Tribunal: "El artículo 187 del Decreto 1594 de 1984 expresa: '*Las medidas sanitarias* (el subrayado es de la recurrente) surten efectos inmediatos, contra ellas no procede recurso alguno y no requieren formalismos especiales', incurrió, al igual que el Servicio Seccional de Salud, en un error de derecho, interpretación errónea de la ley, 'porque el artículo en comento habla de medidas sanitarias y de acuerdo con el artículo 591 de la Ley 9ª de 1979 éstas son diferentes a las medidas de seguridad consagradas en el artículo 576 de la misma ley; basta comparar las normas' (fl. 37 del cuaderno del recurso).

5º "A folio 24 aparece con relación a la violación del plazo fijado por el servicio para que mi representada hiciera unos trabajos, que se trató de una visita de control. No lo dice el auto acusado; si por el contrario, (sic) el informe del Jefe de Saneamiento Ambiental del

Servicio Seccional, enviado al Jefe del Servicio un mes antes de vencerse el plazo fijado por ellos mismos, fue una de las bases para tomar la decisión y proferir el acto. Basta observar la resolución en su literal D (literal H)" (fl. 37, cuaderno del recurso).

6º En la visita de 10 de diciembre de 1986, la empresa estaba trabajando parcialmente porque la Secretaría de Gobierno municipal la había autorizado para levantar los sellos para desarrollar las actividades necesarias a la conservación del inmueble y mantenimiento de la maquinaria.

7º El Servicio Seccional nunca ha medido la calidad del aire en INDACO ni realizó los muestreos de que habla el artículo 4º del Decreto 2206 de 1983; se desconoce entonces si viola los niveles de contaminación permitidos.

IV. Concepto del Agente del Ministerio Público:

El señor Fiscal Primero de la Corporación, en su vista del proceso, conceptúa en los siguientes términos:

1º Los artículos 16, 17, 26, 32 y 45 de la Constitución Política, cuya violación denuncia la recurrente, tienen un trasfondo social que prevalece sobre el interés particular, cuando éste causa un perjuicio a la comunidad con la realización de una actividad que debe proteger bienes comunitarios como el medio ambiente.

2º Las disposiciones del Decreto 02 de 1982 y el artículo 4º del Decreto 2206 de 1983 no son normas imperativas, en cuanto a la toma de muestras o la medición de la calidad del aire, pues sólo constituyen marcos normativos genéricos y ante todo técnicos para la Administración cuando las circunstancias lo hagan aconsejable. Si la contaminación y las conductas atentatorias contra la salubridad pública (contaminación del aire) son evidentes, es suficiente el acopio de pruebas para expedir la decisión administrativa.

3º Las disposiciones generales sobre el procedimiento administrativo no se aplican a "procedimientos de policía que por su naturaleza requieran decisiones de aplicación inmediata para remediar una perturbación de orden público relacionado con la salubridad;... esto significa que si no es aplicable al caso la primera parte del Código, en la cual obviamente se encuentran los artículos presuntamente violados, mal puede alegarse su violación precisamente por falta de aplicación".

4º La afirmación de que con el acto administrativo de que se trata el Servicio Seccional de Salud quebrantó los artículos 9º y 20 del Código Sustantivo del Trabajo no tiene asidero en el acervo probatorio pues las numerosas visitas a las instalaciones de INDACO permitió observar que las varias recomendaciones a ella dadas no

tuvieron cabal cumplimiento lo que explica la decisión administrativa de clausura del establecimiento.

En conclusión el señor Fiscal afirma que la empresa no dio cumplimiento a las exigencias de la Administración y la situación creada por su actividad perjudicaba a la comunidad por lo que mal podía sostenerse, aún asumiendo el costo social desde el punto de vista laboral, que ésta prevaleciera frente a aquélla. Quedaba en manos de la empresa la ejecución de unos ajustes técnicos como condición para la reapertura de actividades; pero no por proteger a los trabajadores de ella se podría poner en peligro los intereses legítimos de la comunidad. El señor Fiscal remata diciendo que la demanda y el recurso no lograron desvirtuar la presunción de legalidad de que está rodeado el acto administrativo acusado.

V. Consideraciones de la Sala:

1. El acto administrativo central, objeto de la acusación de ilegalidad, es la Resolución número 0732 de 29 de julio de 1986, expedida por el Jefe del Servicio de Salud de Risaralda y por la cual se toma una medida de seguridad de clausura temporal total del establecimiento INDACO LTDA., situado en el sitio Cerritos del Municipio de Pereira, Risaralda.

2. Dicha resolución que se dictó en uso de las facultades especiales conferidas por la Ley 9ª de 1979, el Decreto 02 de 1982, Decreto 2206 de 1983 y el Decreto 1594 de 1984, se fundó en los siguientes *considerandos:*

> "A) Que mediante Resolución 1163 de tres (3) de diciembre de 1985 se impuso la medida de seguridad de clausura total del establecimiento INDACO LTDA., ubicado en el sitio de Cerritos del Municipio de Pereira entre otras razones por las siguientes:
>
> "1. No tener la empresa el montaje y operación del sistema de control de olores.
>
> "2. Que en diferentes oportunidades se dejaron como requisitos obligatorios en salud ambiental las siguientes recomendaciones:
>
> "a) Caracterización de aguas residuales;
>
> "b) Construcción de sistema sanitario;
>
> "c) No procesamiento a la intemperie;
>
> "d) Aclarar el proceso de subproductos;
>
> "e) Reparaciones varias;

"f) Drenamiento de agua estancada;

"g) Evaluación total de materia prima para evitar olores;

"h) Cerramientos de bodegas aisladas del medio ambiente exterior;

"i) Montaje de sistema de extracción de olores en las compuertas de los cocinadores;

"B) Que mediante oficio de once (11) de diciembre de 1985 firmado por el señor Luis Gonzalo Sanit E. Gerente de la empresa INDACO LTDA., se solicita al servicio Seccional de Salud del Risaralda se levante la medida de seguridad solicitando plazos para resolver los problemas de acuerdo con las recomendaciones impartidas por Saneamiento Ambiental y mediante estudio técnico;

"C) Que mediante Resolución 1221 de 1985 el Jefe del Servicio Seccional de Salud revocó la Resolución 1163 de tres (3) de diciembre de 1985; levantando su medida de seguridad condicionada a la prórroga pedida en plazos para la ejecución de las obras exigidas para su correcto funcionamiento;

"D) Que por visita practicada por el Jefe de Saneamiento Ambiental del Servicio Seccional de Salud del Risaralda y el Asesor Jurídico, se otorga plazo hasta el dieciséis (16) de abril de 1986 a la firma INDACO LTDA., para resolver los problemas de olores y todos los demás problemas sanitarios;

"E) Que mediante oficio 054 de 30 de enero de 1986 proferido por el Gerente del Seguro Social al Jefe de Salud Ocupacional se ordena una inspección para determinar las medidas de seguridad e higiene que deban imponerse;

"F) Que mediante oficio de 23 de febrero de 1986 del doctor Edgar Salazar como Jefe de Salud Ocupacional al Jefe del Servicio Seccional de Salud de Risaralda determina que la empresa INDACO LTDA. no reúne los requisitos sanitarios exigidos;

"G) Que el 18 de marzo de 1986 la firma INDACO LTDA., fue visitada por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social Sección de Medicina, Higiene y Seguridad los cuales el acto respectivo plantean la situación en que se encuentra dicha empresa y observando que no reúne los requisitos sanitarios exigidos;

"H) Que el diecinueve (19) de marzo de 1986 el Jefe de Saneamiento Ambiental del Servicio Seccional de Salud

del Risaralda informa al Jefe del Servicio Seccional de Salud que la firma INDACO LTDA., no ha cumplido con los requisitos exigidos, incumpliendo el plazo otorgado y que por lo tanto, no se han cumplido las recomendaciones;

"I) Que en el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de la Virginia Risaralda, cursa investigación penal por presunto sacrificio de animales hurtados posiblemente realizada en esa empresa;

"J) Que mediante oficio OPA 193 de 24 de julio de 1986 la Corporación Autónoma Regional —CARDER— solicitó sea impuesta una medida de seguridad a la firma INDACO LTDA. por no cumplir con las recomendaciones y plazos por esa entidad para el vertimiento de aguas residuales.

"Que de conformidad con la Ley 9ª de 1979, Decreto 2206 de 1983 y 1594 de 1984 el Jefe del Servicio Seccional de Salud debe proceder a imponer una medida de seguridad".

3. El examen de legalidad del acto impugnado se hará con base en los argumentos de la demanda, las normas violadas y el concepto de su violación; por razones de método se agrupan las disposiciones mencionadas según los aspectos que, en el acto administrativo, censura la parte demandante.

Consideración previa. Carácter de la justicia rogada.

Una vez analizado el expediente en todos los elementos que comprende, se debe advertir que la posición de las partes no podía ser más antagónica. De una parte, el Servicio de Salud, productor del acto demandado se halla convencido de la legalidad de su actuación; el Tribunal Contencioso Administrativo confirma ésta y niega a la demanda instaurada mérito suficiente para desvirtuar la presunción de legalidad que lo rodea. A su turno, la empresa demandante se queja de la injusticia de la medida, censura el procedimiento que se siguió en ella y reclama a manera de establecimiento del derecho, la reapertura del establecimiento y el pago consiguiente de una suma por concepto de daños y perjuicios. La Sala para decidir deberá tener en cuenta la técnica del fallo en relación con el carácter rogado de la justicia administrativa.

A este respecto ha dicho esta Corporación:

"La Sala no puede atenerse, *por ser una justicia rogada* (se subraya), sino a las normas violadas y al concepto de la violación. Por ello, la fuerza de cosa juzgada en estos fallos no es sino relativa a las normas y a los fundamentos jurídicos de la pretensión".

(Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero ponente doctor Jacobo Pérez Escobar. Expediente número 3688, sentencia de junio 15 de 1982).

A continuación se desarrollan los cargos contra la sentencia apelada, así:

"Exigencias Sanitarias de la Resolución 0732 de 1986 a la sociedad INDACO LTDA., relacionadas con el montaje y operación de sistema de control de olores y la satisfacción de requisitos obligatorios de salud ambiental, de conformidad con la Ley 9ª de 1979, Decreto 02 de 1982, Decreto 2206 de 1983 y Decreto 1594 de 1984".

De acuerdo con lo sostenido por la recurrente, la empresa dio cabal cumplimiento a las exigencias y requisitos en cuestión que le había impuesto el Servicio Seccional de Salud en la mentada Resolución 0732. Para comprobarlo se refiere al oficio del Jefe de Saneamiento Ambiental de dicho Servicio Seccional dirigido al Secretario de Gobierno Municipal (fl. 115 del cuaderno 1) de donde concluye que la empresa "sí cumplió oportunamente con las exigencias del servicio y si hubo alguna falla fue por causas ajenas a su voluntad, como en el caso de las importaciones suspendidas por el Gobierno..."

Para despachar el cargo, resulta conveniente transcribir textual e íntegramente la prueba en cuestión:

"656

"Saneamiento Ambiental

"Pereira, diciembre 21 de 1984

"Doctor

"Carlos Cardona Gutiérrez

"Secretario de Gobierno Municipal

"La Ciudad.

"En atención a la solicitud formulada por los señores de INDACO LTDA., atentamente me permito informarle acerca de los procedimientos de esta Seccional con dicha empresa a fin de solucionar las molestias sanitarias ocasionadas (sic) por los procesos de subproductos de mataderos, para lo cual le anexo copia de la conminación de 3 de enero de 1984, actas de visita de febrero 6, febrero 15, mayo 22, agosto 8 y agosto 21 de 1984 y la citación del pasado 20 de noviembre, de cuya reunión se aclaró lo siguiente:

"1. Que la empresa ha presentado en el tiempo requerido los estudios solicitados.

"2. Que ha instalado los equipos recomendados en el estudio.

"3. Las demoras encontradas en instalación de equipos han sido justificadas en esta Seccional oportunamente.

"4. La empresa ha tenido dificultades en la importación de carbón activado utilizado para enmascarar olores.

"5. Los procesos se disminuyen (sic) en un 50% en el momento en que la Industria Avícola de Occidente comience a procesar subproductos en la planta libaré, la cual también está presentando a esta Seccional los requerimientos para funcionar.

"6. La empresa INDACO LTDA., está interesada en trasladar su planta al parque industrial o al sector que se recomiende en el cual no ocasione molestias. Al mismo tiempo sigue estudiando las causas de contaminación a fin de finiquitar en un futuro en alto porcentaje las molestias sanitarias.

"7. La empresa manifestó interés en suspender definitivamente las operaciones siempre y cuando haya colaboración del Gobierno Municipal con el fin de evitar los altos costos que traería (sic) las indemnizaciones de 60 trabajadores y el desalojo de 15 familias que viven en predios de la fábrica, conservando 8 personas las cuales se pasarían a las labores agropecuarias.

"Finalmente le comunico que en esta oficina, está a disposición de esa Secretaría el expediente de dicha empresa donde aparecen los estudios y demás procedimientos".

Razón tuvo el sentenciador de primera instancia para no tomar el anterior documento como prueba suficiente del cumplimiento cabal de la empresa en relación con las exigencias de orden sanitario. Y no sólo porque obren en el proceso numerosas pruebas que demuestran lo contrario sino porque la prueba invocada por la propia parte interesada se halla muy lejos de constituir elemento eficaz de exoneración de responsabilidad.

En efecto:

De acuerdo con el principio de *indivisibilidad,* la prueba ha de tomarse en su integridad, esto es, en lo favorable y en lo desfavorable para quien la alega; no resulta lógico, entonces, fraccionar el documento como en este caso pretendió la parte demandante. Por lo

anterior, y teniendo en cuenta la fecha del oficio, no hay que desconocer que si bien se lee que la empresa presentó los estudios solicitados e instaló los equipos recomendados, nada se dice respecto de la eficacia de su funcionamiento o control de los factores contaminantes del medio ambiente. Por el contrario, del texto se infiere que los problemas contaminantes persisten, como que se alega la dificultad para importar el carbón activado "para enmascarar olores" (fl. 115). Además, la empresa ofreció trasladar las instalaciones al sitio que resulte aconsejable para no ocasionar molestias. Por otra parte, se deja constancia de que la empresa *"sigue estudiando las causas de contaminación a fin de finiquitar en un futuro en alto porcentaje las molestias sanitarias"* (fl. 116 del cuaderno 1). Finalmente, se advierte que la propia empresa había expresado su interés de "suspender definitivamente las operaciones siempre y cuando haya colaboración del Gobierno Municipal con el fin de evitar los altos costos que traería las indemnizaciones de 60 trabajadores..."

Otra cosa muy distinta al cumplimiento se comprobó mediante el acervo probatorio del proceso. Las diversas pruebas recaudadas, analizadas en forma cuidadosa por el *a quo* demuestran la legalidad de la decisión administrativa acusada. En forma secuencial y ordenada el Tribunal Administrativo estudia cada una de ellas, como se pasa a exponer:

a) En la respuesta al oficio número 168, suscrito por el Médico doctor Edgar Salazar Montoya, Jefe de Salud Ocupacional, el Tribunal destaca las diferentes recomendaciones dejadas a través de las visitas a dicha empresa (INDACO LTDA.), "las que no eran cumplidas" (fl. 187 del cuaderno 1);

b) En constancia del Director Ejecutivo de la Corporación Autónoma Regional del Risaralda —CARDER—, se afirma que revisados los archivos de la entidad no aparecía que se le hubiera otorgado a la empresa "ni permiso de instalación, ni permiso provisional ni definitivo..." (fl. 77 del cuaderno 2);

c) En fecha posterior a la del oficio mencionado por la demandante (marzo 16 de 1987), declara el Jefe de la División de Saneamiento Ambiental, Seccional de Salud de Risaralda, ante el Tribunal *a quo* lo siguiente:

> "El Servicio de Salud, por intermedio de esta División, practicó un gran número de visitas a INDACO y de las cuales se elaboraron actas, en las cuales se recomendaban las obras a realizar, dejando un plazo prudencial para su cumplimiento, de acuerdo a los términos de las normas sanitarias, Decreto 1594 de 1984 y otras normas o decretos reglamentarios. Como al término de estos plazos no se daban cumplimiento

> o cumplían con las recomendaciones dejadas, se dejaban nuevos plazos, esperando se diera acatamiento y finalmente hubo que decretar o solicitar el cierre como medida preventiva de seguridad de que habla el artículo 576 de la Ley 9ª de 1979" (fl. 91 del cuaderno 2);

d) Por su parte, Felipe Alejandro Martínez, en su condición de Jefe de la Sección de Protección del Medio Ambiente del Servicio Seccional de Salud del Risaralda, que declaró en audiencia pública ante el Tribunal, afirma:

> "Efectivamente la medida de seguridad fue violada, como lo pude comprobar en la visita que hice el 10 de diciembre del año pasado (1986)" (fl. 97 del cuaderno 2).

A una pregunta de la apoderada de la empresa, el testigo dijo:

> "La empresa INDACO presentó un sistema de captación de olores, pero en su ejecución no se ajustó a lo diseñado por el Ingeniero Hernán Cuervo. Es más, se le exigió que debía colocar carbón activado, con el fin de mejorar la eficiencia del equipo, pero esto nunca se cumplió. Prueba de ello son los memoriales enviados por los vecinos del sector donde se quejan continuamente de los olores molestos y que causan malestar a la comunidad" (fl. 97 del cuaderno 2).

A continuación la recurrente censura la sentencia del Tribunal en cuanto a la violación de los preceptos constitucionales pues declaró que la decisión administrativa no había incurrido en su quebranto. Y alega en cambio que la empresa sí cumplió con los requisitos exigidos por el Servicio Seccional de Salud remitiéndose expresamente al contenido de los folios 48, 49, 50, 53, 115 y 120 del cuaderno 1. Pasa enseguida la Sala a examinar tales piezas probatorias para corroborar el incumplimiento de INDACO.

Al folio 48 se encuentra comunicación suscrita por el Promotor de Saneamiento Ambiental (agosto 28 de 1986) en relación con una visita de inspección practicada a la empresa el 27 de agosto de 1986, o sea con posterioridad a la Resolución 732 de cierre. En ella manifiesta que, en el momento, se observa una inactividad total pero que por comentarios de terceros, la empresa ha seguido con la consiguiente producción de olores.

A los folios 49 y 50, en acta de visita 002-86, se deja constancia de la gran cantidad de materia prima, como causa de los malos olores. Se agrega que de no procesarse inmediatamente toda entrará en descomposición.

Al folio 53 aparece el oficio OPA-193 (julio 24 de 1986) sobre los resultados del plan para control de la contaminación. Según su tenor,

el funcionamiento de la planta de tratamiento de aguas residuales no es satisfactorio *"pues la planta no funciona con la eficacia requerida"* (se subraya). Agrega que desde el año de 1985 se ordenó a INDACO que llevara a cabo las modificaciones necesarias, y puesta en normal funcionamiento de la planta de tratamiento, *"no consiguiéndose resultados positivos"* (se subraya).

El documento de folio 115 fue examinado antes; y el del folio 120 contiene una visita de inspección efectuada el 8 de agosto de 1984 con las recomendaciones que la empresa debe llevar a cabo y la advertencia de que estaba pendiente el proyecto de tratabilidad (sic) de las aguas residuales.

No prospera el cargo.

Expedición de la Resolución 0732 de 1986, del Servicio Seccional de Salud de Risaralda.

A este respecto la recurrente afirma que la Resolución 0732, expedida por el Servicio Seccional de Salud de Risaralda ofrece vicios de anulabilidad, fundados en las circunstancias siguientes:

a) Falsa motivación;

b) No haber determinado la duración de la medida de seguridad;

c) No haber señalado condición para la reapertura del establecimiento industrial;

d) Violación directa;

e) Error de derecho, y

f) Vicios de forma.

En consideración a que el acto en cuestión es el objeto central del proceso, cabe una observación: En los escritos de la parte actora se aprecia de cierta manera falta de organización, reiteración y vacíos importantes; con todo la Sala ha estudiado cada uno de los alegatos, *en forma meticulosa,* para conformar, examinar y despachar la proposición jurídica propuesta por la demanda.

La falsa motivación consiste en que en el considerando A del acto acusado se alega que la empresa no tiene control de olores, lo cual, según la recurrente, es falso, como se probó en los documentos de folios 115 y 120, ya estudiados en el punto *primero,* y en el peritazgo de los ingenieros sanitarios y de los ingenieros Castrillón y Duque.

Respecto de las primeras pruebas no es del caso volver a ellas; basta afirmar que en ellas no se aprecia en forma fehaciente, como

pretende la actora, el cumplimiento de los requerimientos de INDACO. Queda entonces por examinar las pruebas periciales a que alude.

Para el Tribunal esta prueba se llevó a cabo con las debidas formalidades y resulta desfavorable para la empresa. En concepto del *a quo* las aseveraciones de los peritos merecen destacarse en cuanto declaran:

> "Aguas residuales son contaminantes y para su descarga a la quebrada La Carbonera requiere de una planta de tratamiento para cumplir con las normas de vertimiento de aguas residuales. Se considera deficiente el sistema de tratamiento de estas aguas residuales. Evaluación de desechos gaseosos, se utiliza en su totalidad materia prima orgánica, *por tal razón se producen gases y humos que contaminan el ambiente y algunos producen olores desagradables que causan molestias al vecindario".*
>
> (fl. 197 del cuaderno 1) (Lo subrayado corresponde al Tribunal).

A la transcripción anterior comenta el Tribunal Administrativo, en la sentencia:

> "No solamente existen las sanciones de tipo administrativo, sino que en el Código Penal está un capítulo consagrado a los delitos contra los recursos naturales, uno de cuyos artículos se refiere a la contaminación ambiental. ¿Qué buscan todas esas normas que hemos citado? Que el Estado debe defender la vida humana, como una de las funciones primordiales consagrada (sic) en el artículo 16 de la Constitución Nacional".

Pasando *ex abrupto* a una nueva censura al acto administrativo cuestionado, la recurrente insiste en que hubo desconocimiento de las disposiciones contenidas en los artículos 44, 45, 48, 50, 51, 84 del Decreto-ley 01 de 1984 o Código Contencioso Administrativo. Para el Tribunal de primera instancia tales preceptos no pudieron ser violados porque ellos no debían ser aplicados; a términos del propio Código Contencioso Administrativo, artículo 1º, para el caso de autos existen normas especiales (fl. 191). La Sala examina la censura de que el acto no señaló la procedencia de recurso alguno y que la medida impuesta quedó ejecutoriada desde el momento de la notificación a la empresa afectada, quebrantando de este modo las exigencias del debido proceso, según las exigencias del artículo 26 de la Constitución Política; con tal procedimiento, agrega la actora, desapareció para INDACO LTDA., la oportunidad de oponerse a la medida de seguridad y se lesionó el mandato del Código. En ese mismo sentido la demandante no tuvo posibilidad de defenderse, con el fin de demostrar que las supuestas razones que motivaron la resolución son inexactas y no cumplieron

los procedimientos señalados por la norma en que descansa el acto acusado" (fl. 19 del cuaderno 1).

El concepto de la violación se argumenta en los siguientes términos:

1º La medida de seguridad, de que trata la Resolución 0732 del Servicio de Salud de Risaralda, se tomó con base en el artículo 576 de la Ley 9ª de 1979.

2º Al no señalar el acto cuestionado los recursos administrativos que procedían, incurrió en aplicación errónea del artículo 187 del Decreto 1594 de 1984, concordante con el artículo 18 del Decreto 2206 de 1983.

3º De acuerdo con lo anterior, la exención de los recursos administrativos procede sólo respecto de las *medidas sanitarias* no de las *medidas de seguridad* (se subraya) una de las cuales tomó el Servicio de Salud en el caso de autos.

Para examinar el cargo anterior se considera:

En primer lugar, no es cierto que el Servicio Seccional de Salud haya impuesto la medida teniendo en cuenta únicamente el artículo 576 de la Ley 9ª de 1979. Como bien se puede leer, el encabezamiento es del siguiente tenor:

> "El Jefe del Servicio Seccional de Salud del Risaralda, en uso de sus facultades legales y en especial las conferidas por la Ley 9ª de 1979.
>
> "Decreto 02 de 1983. Decreto 2206 de 1983. Decreto 1594 de 1984".

El mismo acto administrativo, en el artículo 3º de su parte resolutiva, dispone:

> "Que de conformidad con el Decreto 2206 de 1983, artículo 18; Decreto 1594 de 1984, artículo 102 contra la presente resolución no procede recurso alguno" (fl. 7 del cuaderno 1).

En segundo lugar, no aparece por ninguna parte la errónea aplicación del artículo 187 del Decreto 1594 de 1984 que se denuncia en concordancia con el artículo 18 del Decreto 2206 de 1983. Por ello, para desvirtuarlo plenamente se pasa a continuación al examen de los preceptos mencionados, partiendo del nombrado 576 de la Ley 9ª de 1979, no sin antes observar que el Tribunal destacó el carácter inmediato que el artículo 187 les atribuye a las medidas de seguridad (fl. 193 del cuaderno 1).

Ley 9ª de 1979, artículo 576.

"Medidas de seguridad.

"Podrán aplicarse como medidas de seguridad *encaminadas a proteger la salud pública,* las siguientes:

"a) *Clausura temporal del establecimiento, que podrá ser total o parcial;*

"b) La suspensión parcial o total de trabajos o de servicios;

"c) El decomiso de objetos y productos;

"d) La destrucción o desnaturalización de artículos o productos, si es el caso, y

"e) La congelación o suspensión temporal de la venta o empleo de productos y objetos, mientras se toma una decisión definitiva al respecto.

"Parágrafo. Las medidas a que se refiere este artículo serán de inmediata ejecución, tendrán carácter preventivo y transitorio y se aplicarán sin perjuicio de las sanciones a que haya lugar" (Se subraya).

Para la Sala resulta inadmisible la sutileza de la demandante en distinguir *medida sanitaria* y *medida de seguridad,* a la manera de dos institutos jurídicos distintos y aún contrapuestos. Y esta clase de interpretación es indebida *primero,* porque la medida de seguridad es una medida sanitaria; así lo declara el inciso primero del precepto inmediatamente citado *supra. Segundo.* Porque de no ser así, habría contradición con lo que señala el parágrafo en cuanto la medida de seguridad *es de inmediata ejecución y tiene carácter preventivo y transitorio.* Esta precisión legal es suficiente para justificar porqué en la medida tomada nada se decía respecto de la interposición de recursos. La interposición de recursos, como es obvio, desvirtuaría la *inmediata ejecución.* Tampoco se justificarían los recursos dado que a la medida se le reconoce un carácter *preventivo y transitorio,* que no tuvo lugar en el caso de autos por la abcecación de la empresa a cumplir satisfactoriamente con las exigencias impuestas.

Finalmente, existe una disposición de mayor jerarquía normativa, como que es la que regula el procedimiento gubernativo ordinario y desde este punto de vista se aplica preferentemente. Es el artículo 1º del Código Contencioso Administrativo, inciso 3º del siguiente tenor:

"Artículo 1º

"Campo de aplicación.

"……

"(inciso 3)

"Estas normas no se aplicarán en los procedimientos militares o de policía *que por su naturaleza, requieren decisiones de aplicación inmediata, para evitar o remediar una perturbación de orden público en los aspectos* de defensa nacional, seguridad, tranquilidad, *salubridad* y circulación de personas o cosas" (Se subraya).

La improcedencia de recursos administrativos debe averiguarse también en el anterior precepto que habla de procedimientos de policía en aspectos de salubridad, sin hacer la distinción acusada.

En lo que se refiere al cargo de aplicación errónea del artículo 18 del Decreto 2206 de 1983, se tiene lo siguiente:

Decreto 1594 de 1984, artículo 187.

"Las medidas sanitarias surten efectos inmediatos: Contra ellas no procede recurso alguno y no requieren formalismos especiales".

La cabal comprensión del contenido de este precepto aconseja el empleo del método lógico-sistemático de interpretación. Como se sabe esta técnica hermenéutica tiene que ver no sólo con la expresión misma de la norma, sino con la localización dentro de la disposición legal general de que hace parte y del sentido de ésta. Para comenzar hay que advertir que el decreto en mención tiene carácter de reglamentario de la Ley 9ª de 1979.

Por otra parte, el precepto se halla dentro del capítulo XVI, *de las medidas sanitarias, las sanciones y los procedimientos* y regula detalladamente el procedimiento en su aplicación. Al respecto vale afirmar que el artículo 175 determina entre otras cosas que las medidas sanitarias se aplican a los usuarios que infrinjan las disposiciones del mismo y de la Ley 9ª de 1979, en general. El artículo 176 se refiere particularmente a las medidas de seguridad; esto permite afirmar que el texto las considera una especie de las sanitarias. Y para rematar, el artículo 182 dice textualmente:

"Para la aplicación de las *medidas sanitarias de seguridad* el Ministerio de Salud *o su entidad delegada* podrán actuar de oficio, por conocimiento directo o por información de cualquier persona o de parte interesada" (Se subraya).

Con este texto la pretendida distinción se desvanece y su lectura basta para que la argumentación falle por su propia base.

Decreto 2206 de 1983, artículo 18.

> "Las medidas sanitarias surten efectos inmediatos; contra ellas no procede recurso y no requieren formalismos especiales".

El decreto de que hace parte se refiere al régimen de control sobre emisiones atmosféricas. Con todo, su sentido coincide con el de los preceptos antes mencionados y sólo viene a reiterar el carácter excepcional de las medidas que tome la administración en el campo de la salubridad.

Lo anterior se estima suficiente para afirmar categóricamente que el cargo no tiene asidero legal. De donde resulta que las disposiciones citadas del Decreto 01 de 1984 no fueron quebrantadas.

No prospera el cargo.

Violación del Código Sustantivo del Trabajo, artículos 9º y 20 del Decreto 1469 de 1978, artículos 32 y siguientes.

Dentro de las consideraciones que llevó a cabo el Tribunal en la sentencia recurrida expresó que los artículos del Código Sustantivo del Trabajo no fueron violados, "puesto que es necesario cumplir con los requisitos legales que el Estado impone para poder tener derecho a la protección" (fl. 192 del cuaderno 1).

El concepto de la violación en cuanto al cargo se limita a la advertencia de que "se violó el Decreto 1469 de 1978, artículo 37, al no cumplirse el procedimiento allí establecido para cierres parciales de empresas, norma que debía aplicarse de preferencia por ser de orden público y de carácter especial". Para examinar cuidadosamente la imputación se procede a la transcripción literal del mencionado precepto:

Despidos colectivos.

> "Artículo 37: 1. Cuando alguna empresa o empleador, que tenga a su servicio trabajadores oficiales o particulares, considere que necesita hacer despidos colectivos o terminar labores, parcial o totalmente, ya sea en forma transitoria o definitiva, por causas distintas de las previstas en los artículos 6:, literal d) y 7º del Decreto 2351 de 1965, deberá solicitar autorización previa al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, con explicación de los motivos que le asistan y acompañada de las correspondientes justificaciones si fuere el caso.

"2. La solicitud deberá ser presentada..."

El sentido natural y obvio de esta disposición conduce a las siguientes conclusiones indiscutibles:

1ª La norma laboral transcrita no se relaciona con la situación de autos. Hace clara referencia a la situación que se denominó, desde hace tiempo, *lock out*, o cierre patronal.

2ª Pero admitiendo en gracia de discusión, que la situación de INDACO pudiera considerarse como de *despido colectivo* resulta necio, cuando no descabellado, afirmar que la obligación de obtener autorización del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social correspondía al Servicio Seccional de Salud y no a INDACO mismo.

Lo anterior es suficiente para decidir que la censura a la sentencia del Tribunal, en este punto, tampoco procede.

Violación del artículo 4º del Decreto 2206 de 1983.

En los términos de la recurrente, dentro del proceso no aparece prueba alguna de que INDACO estuviera contaminando el aire, y de donde resulte que su actividad industrial sea dañina para la salud humana, animal o vegetal, en consideración a que "el Servicio Seccional de Salud nunca midió la calidad del aire como lo exige el Decreto 02 de 1982, no tomó nuestras de acuerdo al (sic) artículo 4º del Decreto 2206 de 1983, no practicó exámenes de laboratorio ni a los trabajadores ni a los vecinos para determinar si estaban sufriendo alguna enfermedad a consecuencia de la actividad de la empresa. Entonces nos preguntamos, en qué se fundamento (sic) el Servicio Seccional de Salud para afirmar que la actora atenta contra la salud y que es contaminante si no hay prueba técnica ni científica de ello, como lo exigen las normas en que se apoyó la administración al producir el acto" (fl. 35 del cuaderno del recurso).

Para la Sala, en un todo acorde con el señor Fiscal en este punto, las disposiciones que enuncia la apoderada, no son normas imperativas, en cuanto a la toma de muestras o la medición de la calidad del aire, ya que constituyen ante todo marcos normativos genéricos y orientadores para la administración cuando las circunstancias lo hagan aconsejable. Si las conductas atentatorias contra la salubridad pública son evidentes basta el acopio de pruebas conducentes a su demostración para expedir la decisión administrativa, lo que aconteció en el caso *sub lite*. El artículo 16 *ibídem* enuncia el término *necesidad* pero se debe recordar que la administración es el Juez de la oportunidad de la medida. En los preceptos en mención no se establecen tampoco reglas rigurosas de cuyo cumplimiento surja la necesidad o no de la medida. Esta interpretación se aviene con el sentido transitorio puramente preventivo de la medida de seguridad.

Tampoco aquí se halla desconocimiento legal en la sentencia.

Violación del artículo 188 del Decreto 1594 de 1984.

El reproche que la recurrente le hace a la providencia del Tribunal es haber pasado por alto la deficiencia del acto administrativo acusado al no haber precisado la duración de la medida de seguridad que había decretado. Según sus términos, "el acto acusado no fijó duración en tiempo, ni tampoco impuso condición. Una vez expedido el acto administrativo no se puede tratar para justificar (sic) la administración de acomodarlo a las normas; los actos administrativos tienen sus formalidades para la expedición y si estas formalidades no se cumplen por la administración, carecen de validez y son anulables" (fl. 36 del cuaderno del recurso).

Para examinar el cargo se debe prevenir que las disposiciones en mención se relacionan con exigencias puramente formales.

En efecto, tanto el artículo 188 del Decreto 1594 de 1984 como el artículo 103 del Decreto 2105 de 1983 regulan la misma materia en términos análogos: Disponen que de la medida se levantará un acta sobre circunstancias que le dieron origen, las recomendaciones y observaciones que se le hicieron al interesado y la duración de la misma. Esto significa entonces que basta la diligencia y la mención de lo ocurrido en el acta para que pueda hacerse efectiva inmediatamente. Lo que conduce a la comprobación del celo administrativo que optó por el acto administrativo motivado con los mismos fines. Contrariamente a lo alegado por el recurso, si bien la Administración no precisó la duración de la medida (porque no podía hacerlo ya que la reapertura del establecimiento industrial estaba condicionada al cumplimiento por parte de INDACO de las observaciones y recomendaciones que se le habían hecho), el acto no consideró que fuera de duración indefinida o indeterminada. Pero es claro que correspondía a INDACO suministrar los elementos necesarios para que la medida fuera determinable en el tiempo.

En donde el precepto legal exige una simple acta de la ejecución de la medida, la administración expidió el acto administrativo que le sirvió de base a la empresa para intentar la demanda contencioso-administrativa.

No es procedente acceder, en los puntos analizados a las pretensiones del recurso.

Autorizaciones sanitarias de funcionamiento de INDACO.

Este aspecto particular fue explicado por la apoderada en los siguiente términos:

> "Relativo (sic) a que la empresa exhibió una licencia de funcionamiento de 1972, recordemos que lleva funcionan-

do más de cuarenta años y aunque ha querido renovar la licencia no ha sido posible a pesar de que presentó el plan de cumplimiento; y, de acuerdo con el artículo 142 del Decreto 02 de 1982, a las empresas que presenten este plan se les debe dar autorización sanitaria provisional de funcionamiento. En el caso *sub júdice* fue presentado un estudio de caracterización de aguas realizado por técnicos expertos en la materia, el cual desestimó tanto la Carder como el Servicio, sin fundamento para ello; prueba es que, según oficio DE-255 de 20 de octubre de 1986, expedido por el Director Ejecutivo de la Carder, consta que no están en condiciones de tomar muestras" (fl. 38, cuaderno del recurso).

A este punto el Tribunal destacó el hecho de que INDACO no hubiera obtenido la licencia, si bien la que se había aportado a los autos era de 1972, enteramente desactualizada.

No prospera el cargo.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, oído el concepto del Ministerio Público y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Confírmase la sentencia apelada, tal como fue proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda, el día cinco (5) de agosto de mil novecientos ochenta y siete (1987).

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El anterior proyecto fue discutido y aprobado por la Sala en su sesión del día seis (6) de abril de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

Luis Antonio Alvarado Pantoja, Samuel Buitrago Hurtado, Guillermo Benavides Melo, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO. EMPLEADO OFICIAL. CLASIFICACION. EMPLEADO PUBLICO.

La norma según la cual los estatutos de las empresas industriales y comerciales del Estado precisarán qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos, no declara ni sugiere que las actividades de dirección o confianza deben corresponder a empleados públicos, lo que equivaldría a la afirmación de que todas esas actividades tienen tal connotación.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., diecinueve de abril de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

Proyectó: *Doctor Antonio José Arciniegas A.*, Abogado asistente.

Referencia: Expediente número 490-10211.

Actor: Ignacio Reyes Posada y otros.

El doctor Ignacio Reyes Posada, obrando en su propio nombre y en representación de los señores Fabio Augusto Abril González, José Gerardo Artavia Zúñiga, Librado Pedroza Soler, Marco Alfonso García Mendieta, Luis Francisco Duque Martínez, José Pedro Vega Silva, Héctor Pulido Umaña, Edgar Viana Rubio, Marco Antonio Caro López, Alvaro José Delgado Ortiz, Luis Antonio Agudelo Colmenares, José Arnulfo Pulido Fúquene, Jorge Hernán Ramírez Suárez, Alberto Alejandro Pérez Avella, Hernando Ramiro Orduz Prada, Henoch de Jesús Guerrero Avila, Miryam Gutiérrez Carrillo, Amparo Rangel Echeverry, Martha Lucía Gil Zárate, Luis Carlos Alfonso Melo, Wilson Julio Uribe Vega, Luis Eduardo Falla Vanegas, Eduardo Castellanos Castelblanco, Víctor Hermes Barrera Godoy, Martha Lucía Rodríguez Monroy, José Esmeraldo Mora Mora, Libardo Ramírez Molano, Omar Miguel Becerra Avendaño, Pedro Darío Lesmes Combariza, Avelino Cely Corredor, Luis Fernando Cruz Figueredo, Luis Alvaro Barrera Cely, María Dovile Kaleda Iankaukas, Alvaro Barbosa Castañeda, en ejercicio de la acción pública de nulidad, presentó demanda ante esta Corporación, con la petición de anulación del acto administrativo

contenido en el artículo II (sic), inciso 2º, de la reforma de los estatutos de la empresa denominada Electrificadora de Boyacá S. A., efectuada por la Asamblea General de Accionistas el día 30 de agosto de 1984, en cuanto por medio de ese artículo se hizo una excepción a la clasificación general de trabajadores oficiales de esa empresa, respecto de un grupo de cargos clasificado como de empleados públicos por desempeñar funciones de dirección, manejo y confianza. Igualmente pidió la nulidad de los artículos 39 y 43 de la misma reforma estatutaria y de la Resolución número 09884 de 17 de diciembre de 1984, por la cual la Superintendencia de Sociedades aprobó aquella reforma.

Esas peticiones se apoyaron en los siguientes *hechos:*

"1. Con el nombre de 'Centrales Eléctricas de Tunja S. A.', fue constituida la empresa por medio de la escritura pública número 268 de 9 de febrero de 1955 de la Notaría Quinta de Bogotá, siendo sus socios y fundadores el Instituto Nacional de Aprovechamiento de Aguas y Fomento Eléctrico, con 479.118 acciones suscritas por valor de $ 4.791.180.00; del Departamento de Boyacá, con 140.000 acciones suscritas por el valor de $ 1.400.000.00; el Municipio de Tunja con 77.382 acciones suscritas por valor de $ 773.820.00; el Municipio de Samacá con 2.500 acciones por valor de $ 25.000.00; y el Municipio de Viracachá, con 1.000 acciones por valor de $ 10.000.00. Para su constitución, la empresa cumplió todas las normas propias de este tipo de sociedades y obtuvo el permiso de funcionamiento de la Superintendencia de Sociedades Anónimas, a cuyas vigilancia (sic) ha estado sometida como todas las sociedades comerciales privadas de este tipo. En igual forma, para todo el giro ordinario de sus actividades la empresa se ha comportado como una empresa comercial privada, incluyéndose en este aspecto las relaciones con sus servidores, que se han regido en un todo por el Código Sustantivo del Trabajo.

"2. Por medio de la escritura pública número 881 de 15 de julio de 1974 de la Notaría de Tunja se protocolizó la reforma de estatutos aprobada por la Asamblea General de Accionistas de la Compañía, por medio de la cual se modificó la denominación de la empresa por la de 'Electrificadora de Boyacá S. A.' y se definió su naturaleza jurídica en el artículo primero en los siguientes términos:

" 'Artículo primero. Naturaleza jurídica y denominación. La Electrificadora de Boyacá S. A., es una sociedad anónima, clasificada legalmente como entidad descentralizada indirecta de nacionalidad colombiana, perteneciente al orden nacional, sociedad sometida al régimen legal previsto para las

empresas industriales y comerciales del Estado indirectas (arts. 1º y 3º —sic— del Decreto 3130 de 1968)' (debió citarse el art. 4º del citado Decreto).

"Dentro de las facultades de la Asamblea General de Accionistas la reforma conservó la de elegir a los miembros de la Junta Directiva, al Gerente y a sus respectivos suplentes y fijarles sus asignaciones y honorarios.

"

"4. La Asamblea General de Accionistas en reunión celebrada el día 30 de agosto del pasado año en la ciudad de Tunja aprobó una reforma de los estatutos en cuyo artículo 2º consagró que los servidores de la empresa son trabajadores oficiales, con excepción de quienes desempeñan algunos cargos allí enumerados que serán empleados públicos, por ser cargos de 'dirección y manejo y confianza'. Igual definición se consagra para el Gerente y el Secretario General en los artículos 39 y 43 de los mismos estatutos" (fls. 3 a 4, 5 a 6).

En la demanda se invocó la violación de los artículos 2º, 55, 76, ordinales 9, 10 y 12, 118, ordinal 8 de la Constitución Nacional; 6º, 25, 26 y 28 del Decreto 1050 de 1968; 16 del Decreto 3130 de 1968 y 5º del Decreto 3135 de 1968; por los conceptos expuestos en los folios 6 a 14.

Reconstruido el proceso, se completó su trámite legal hasta quedar para fallo, a lo cual se procede no observándose causal de nulidad de lo actuado, previas las siguientes *consideraciones:*

La distinguida señora Fiscal Quinta de la Corporación, rindió el siguiente concepto de fondo:

"El asunto *sub júdice* consiste en dilucidar si la Asamblea de Accionistas de la empresa 'Electrificadora de Boyacá S. A.', organizada como empresa industrial y comercial del Estado indirecta, del orden nacional, tiene o no facultad para clasificar el personal y establecer en los estatutos que algunos cargos de dirección, confianza y manejo deben ser desempeñados por empleados públicos.

"Conviene ante todo hacer algunas precisiones acerca del origen de las entidades descentralizadas de segundo grado o indirectas y del régimen jurídico al cual están sometidas, a fin de establecer las bases para el análisis de los argumentos presentados por las partes.

"La reforma efectuada en 1968 se ocupó, entre otros asuntos, de clarificar y reglamentar la materia relacionada con la descentralización por servicios; mediante el Decreto 1050 estableció las diferentes clases de entidades descentralizadas y señaló las características de cada una de ellas, sin mencionar las indirectas o de segundo grado.

"El Decreto 3130, estatuto orgánico de las entidades descentralizadas del orden nacional sí entró a ocuparse de ellas en el artículo 4º; previó su creación y ordenó que fueran clasificadas en el acto de su constitución dentro de las categorías establecidas en el Decreto 1050, es decir, como establecimientos públicos, sociedades de economía mixta y empresas industriales y comerciales del Estado. Nada se dijo en cuanto a su régimen jurídico, pero era lógico entender que seguían el correspondiente a la categoría en la cual fueran clasificadas.

"Se expidió luego el Decreto 130 de 1976, el cual concretamente se ocupó de las entidades descentralizadas indirectas, indicando en el artículo 3º que cuando en las sociedades en que participen la Nación o las entidades descentralizadas el aporte fuere igual o superior al 90% del capital social, se sujetan a las normas previstas para las empresas industriales y comerciales del Estado.

"El artículo 4º se ocupa expresamente de la constitución de sociedades entre entidades públicas y dispone:

" 'Las sociedades que se creen por la participación exclusiva de entidades públicas con el fin de desarrollar actividades de naturaleza industrial o comercial, se someten a las normas previstas para las empresas industriales o comerciales del Estado. Sus estatutos proveerán sobre las materias mencionadas en el inciso segundo del artículo anterior y, además podrán disponer que un mismo órgano hará las veces de Asamblea de Accionistas o Junta de Socios y de Junta Directiva'.

"Tales materias se refieren a: Quién elige o designa su Gerente y a la composición y Presidencia de sus Juntas Directivas.

"Y en cuanto a su tutela, el artículo 5º, siguiendo los lineamientos del artículo 4º del Decreto 3130 de 1968 prescribe que en los estatutos se precise a qué orden pertenecen según la naturaleza y ámbito de los servicios y actividades que se les encomienden, la proporción de las participaciones y la intención de los creadores.

"Si se calificaren como del orden nacional, se debe señalar el sector administrativo al cual pertenecen 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.

"De la anterior reglamentación se deduce que la constitución de entidades descentralizadas indirectas *ha sido autorizada por la ley* y que cuando se forman por la participación exclusiva de entidades públicas, su régimen jurídico es el previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado, con algunas variantes que obedecen a sus especiales características, y que tienen que ver con la designación de su Gerente y composición de Juntas Directivas.

"Que aunque se constituyan en la misma forma que las sociedades privadas, deben catalogarse como entidades oficiales, pues su asimilación a las empresas industriales y comerciales del Estado debido a que su capital proviene enteramente de entidades públicas, así lo impone.

"Ahora bien: El punto que nos ocupa es el de la facultad que tengan la Asamblea General de Accionistas o las Juntas Directivas de las entidades descentralizadas indirectas, para hacer la clasificación de su personal.

"Ya hemos visto que por mandato expreso del artículo 4º del Decreto 130 de 1976, las entidades descentralizadas indirectas, constituidas por la participación exclusiva de entidades públicas, como lo es la Electrificadora de Boyacá, se someten a las normas previstas para las empresas industriales y comerciales del Estado, con las variantes que en ese mismo decreto se indican.

"El artículo 5º del Decreto 3135 de 1968 establece el principio general de que las personas que prestan servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales; pero también hace la excepción respecto a quienes en dichas empresas desempeñen actividades de dirección o confianza, y ordena que en los estatutos se precise qué actividades de dirección o confianza *deben* ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos.

"Es decir, que la clasificación de los empleos no es potestativa sino obligatoria para las empresas, pues según la ley, las actividades de dirección y confianza deben ser desempeñadas por empleados públicos, ya que esa clase de vinculación consulta mejor los intereses del buen servicio que deben prestar y es la más apropiada en relación con

sus funciones. Además no puede olvidarse que aun cuando tales empresas se constituyan como las comerciales, su capital está conformado por fondos públicos exclusivamente.

"Opina la Fiscalía que la obligación de clasificar los empleos cobija también a las entidades descentralizadas indirectas; ninguna norma las exonera de ella y su situación es idéntica a la que se presenta en las directas; y en donde existe la misma razón, debe existir la misma disposición.

"Surgen entonces los interrogantes planteados por los demandantes. Al hacer la clasificación se estarán creando empleos públicos? Sólo los Agentes directos del Presidente de la República, es decir las personas designadas por él son empleados públicos?

"A juicio de este Despacho, las empresas descentralizadas indirectas, como la Electrificadora de Boyacá, pese a la forma de su constitución, son entidades oficiales; su régimen jurídico para algunas de sus actividades será de derecho privado pues así está previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado, pero también en razón de las funciones administrativas que se les confían, pueden expedir actos administrativos sometidos al derecho público. Si ello no fuere así, los demandantes no hubieran podido acudir ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

"Al hacer la clasificación de cargos, no están creando empleos públicos; la ley es la que indica que las actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por empleados públicos, pero ante la imposibilidad de precisarlas indicando los cargos concretos en cada entidad, deja esa tarea a los estatutos, es decir al órgano encargado de expedirlos. En últimas, los empleos los ha creado la ley, la clasificación sí corresponde a los estatutos.

"Por lo que hace al segundo interrogante es claro que no todos los empleos públicos son provistos por el Presidente de la República, ni todos sus agentes son empleados públicos, como con razón lo manifiesta el señor apoderado de la empresa. El ordinal 5º del artículo 120 de la Constitución Nacional indica claramente que no todos los empleos públicos son provistos por el Presidente de la República. En efecto, le da la facultad de nombrar a las personas que deban desempeñarlos, cuando su provisión no corresponda a otros funcionarios o corporaciones, según la constitución o la ley.

"Para el caso que nos ocupa es la ley, artículos 3º y 4º del Decreto 130 de 1976, la que da facultad a quienes celebran el respectivo contrato social para establecer quién designa el Gerente y quién provee los demás cargos. Luego su provisión no es arbitraria sino autorizada por la ley; y el hecho de que sea la Asamblea de Accionistas o la Junta Directiva no le quita a los empleos su naturaleza de públicos la cual les ha sido conferida en razón de la índole de las funciones atribuidas por la ley o reglamento.

"Indudablemente la naturaleza misma de las entidades descentralizadas indirectas hace que su régimen jurídico sea mixto y se aparte un poco del que corresponde a las directas; pero cuando así sucede es porque lo autorizan las normas. Por tanto estima la Fiscalía que le asiste razón al señor apoderado de la empresa cuando invoca principios de hermenéutica tales como el que dice que cuando la ley no distingue no le es lícito al intérprete distinguir, y cuando la ley es clara no es permitido desconocer su tenor literal so pretexto de consultar su espíritu.

"Además, el espíritu de las leyes o la voluntad del legislador no pueden ser el confiar a los particulares el manejo de los fondos públicos y la dirección de empresas encargadas de prestar un servicio público.

"Finalmente, estima la Fiscalía que la clasificación acusada, en nada infringe el artículo 76, ordinales 9, 10 y 12, pues la medida no encaja en ninguno de los supuestos constitucionales, ni de los artículos 2º, 55 y 118, ordinal 8º, que tampoco se refieren al tema.

"Para la Fiscalía, como los actos acusados se ajustaron a lo previsto para estas entidades en el Decreto 130 de 1976 y al artículo 5º, inciso 2º del Decreto 3135 de 1968, que es imperativo para ellas, tampoco infringen los artículos invocados de los Decretos 1050 y 3130 de 1968.

"En verdad los razonamientos hechos por la honorable Corte Suprema de Justicia para declarar inexequible el artículo 38 del Decreto 3130 de 1958 (sic), no tienen cabida en el caso que se estudia.

"En este orden de ideas, la aprobación dada a la reforma estatutaria acusada, por la Superintendencia de Sociedades, tampoco resulta violatoria de la Constitución o la ley.

"Por lo expuesto, esta Agencia del Ministerio Público se permite conceptuar en forma adversa a las súplicas de la demanda" (fls. 165 a 169).

Comparte la Sala las conclusiones a que llega el Ministerio Público en el concepto transcrito, pero debe señalar su desacuerdo respecto del alcance que allí se da al inciso 2º, parte final, del artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, afirmando:

"Es decir, que la clasificación de los empleos no es potestativa sino obligatoria para las empresas, pues según la ley, las actividades de dirección y confianza deben ser desempeñadas por empleados públicos, ya que esa clase de vinculación consulta mejor los intereses del buen servicio.

".....

"Al hacer la clasificación de cargos, no están creando empleos; es la ley la que indica que las actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por empleados públicos..." (fls. 7-8).

Lo que dice la norma a que se está remitiendo la Fiscalía es lo siguiente:

"Sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán *qué actividades de dirección o confianza* deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos".

El texto legal no declara ni sugiere que las actividades de dirección o confianza deben corresponder a empleados públicos, lo que equivaldría a la afirmación de que *todas* esas actividades tienen tal connotación. Muy al contrario: Puesto que no son *todas esas actividades*, los estatutos han de precisar cuáles corresponden. De lo contrario, sería innecesaria la clasificación, frente a la definición legal de que se trata de todas ellas.

Salvada esta discrepancia, que de todas maneras no incide en la conclusión, estima la Sala que es el caso de desestimar, como lo propone la Fiscalía, las pretensiones de los accionantes.

En virtud de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Deniéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 14 de abril de 1989.

Alvaro Lecompte Luna, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Pedro Charria Angulo, Conjuez, Ausente; *Alvaro Díaz Granados*, Conjuez.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

PERSONERIA SUSTANTIVA. SERVICIO SECCIONAL DE SALUD.

En derecho contencioso administrativo no ha de tomarse con tanta rigidez lo de "designación de las partes" que indica el artículo 137 del Código Contencioso Administrativo. Si se demanda la nulidad de un acto dictado por el Servicio Seccional de Salud o por el Servicio Nacional de Salud, haya de entenderse que la persona jurídica demandada es el Departamento del caso o la Nación.

DESVIACION DE PODER.

La desviación 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., diecinueve de abril de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente número 2504. Autoridades Departamentales.

Actor: Lázaro Vanstrahlen Guzmán.

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por el Servicio Seccional de Salud del Departamento del Magdalena y por la Nación —Ministerio de Salud Pública— contra la sentencia de veintidós (22) de noviembre de mil novecientos ochenta y seis (1986) proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena.

El fallo recurrido acoge las peticiones de la demanda y decreta la nulidad del acto administrativo dictado por la Junta Seccional correspondiente en su reunión del día doce (12) de febrero de mil novecientos ochenta y cinco (1985), por medio del cual se eligió para el cargo de Director del Hospital Regional "La Candelaria" de El Banco, al médico Pablo Camacho Alfaro, en reemplazo del también

médico Lázaro Vanstrahlen Guzmán, aquí actor. Igualmente, decretó la nulidad de la Resolución número 122 de trece (13) de febrero del mismo año, del Jefe del Servicio de Salud mencionado, por la cual encargó de la dirección de la unidad regional de El Banco, al propio doctor Camacho Alfaro; ordenó restablecer al doctor Vanstrahlen Guzmán al cargo que venía desempeñando a 15 de febrero del año dicho, y condenó al Servicio Seccional del Magdalena a pagarle el valor de los sueldos que hubiere dejado de devengar desde la fecha indicada hasta el día del reintegro, así como todas las prestaciones sociales, vacaciones, gastos de representación y primas estipuladas. Además, dispuso que para el cómputo de prestaciones sociales, se tenga como efectivamente trabajado el tiempo en que haya estado fuera del servicio; observa que hay lugar a descontar de los valores que resulten en torno a la condena, aquellas sumas que hubiere recibido el actor por concepto de servicios personales a otras entidades de derecho público, debiéndose dar cumplimiento a la sentencia dentro del término señalado en el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo. Por último denegó la solicitud de condena en costas y decretó la consulta para el caso de que no hubiera habido apelación.

I. Antecedentes:

1.1. Por Resolución número 683 de 1974 —15 de julio—, el Jefe del Servicio Seccional de Salud del Magdalena designó al doctor Lázaro Vanstrahlen como director del "Nivel Regionalizado de El Banco, cargo del cual tomó posesión el 14 de agosto de ese año" (fls. 19 y 20).

1.2. A 29 de octubre de 1984, los médicos que laboraran en el Hospital "La Candelaria" que funciona en la nombrada ciudad dirigieron una carta al nuevo jefe del Servicio Seccional de Salud solicitándole su intervención a fin de que fuera relevado el doctor Vanstrahlen Guzmán la decadencia que notaban en el centro asistencial sometido "a un sindicato voraz y politizado" y a la deficiente administración que acusaba, lo que daba como resultado:

"a) Desde hace un año la cirugía especializada no es posible realizarla a pesar de contar con personal idóneo en el ramo, por falta de anestesiólogo;

"b) Contamos con dos equipos de rayos x solamente utilizables para estudios elementales efectuados por dos técnicos a falta de radiólogo desde hace 4 años;

"c) Tenemos personal más que suficiente, de tiempo completo para labores de plomería, carpintería, electricidad, etc. y a pesar de ello da tristeza el progresivo deterioro de la dotación hospitalaria por daños que para subsanar no es menester de presupuestos especiales y sólo necesita quien ordene su realización;

"d) En nuestro laboratorio desde hace bastante no se puede ni siquiera informar hemoglobina por falta de elementos;

"e) Ya a nadie escandaliza la pérdida constante de elementos del hospital y a pesar de las denuncias sobre indicios graves que señalan a presuntos responsables, nuestro director se ha mostrado débil para abrir la investigación respectiva o simplemente pedir un allanamiento en informes recibidos oportunamente;

"f) Ha habido confesión pública del señor Director, de haber tomado decisiones injustas contra el cuerpo médico por complacer al sindicato, con la posición opuesta de dejar de sancionar hechos motivos de destitución, cuando este mismo sindicato se lo ha exigido.

"Para terminar, queremos dejar muy claro el hecho de que los firmantes de esta comunicación constituimos la totalidad de los médicos de planta del hospital. Al hacer estas denuncias las cuales lo invitamos a constatar, lo hacemos desposeídos de tendencias políticas, ambiciones personales o animadversión al doctor Lázaro Vanstrahlen. Simplemente nos anima el cariño a nuestra institución.

"Sinceramente, doctor, creemos que diez años ininterrumpidos de dirección de un hospital con balance creciente negativo son motivos más que suficientes para que hubiéramos llegado al término de nuestra paciente tolerancia pidiendo respetuosamente a usted considerar el cambio de Director del Hospital La Candelaria de El Banco, si es que queremos salvarlo.

"Durante todos estos años nuestro director recibió el apoyo necesario del cuerpo médico en su empresa, al pesar del menosprecio con que siempre miró a sus colegas de quien jamás ha escuchado ni siquiera una sugerencia, al punto de no contar con Junta Médica Asesora siendo esto de disposición legal.

"Doctor Lineros, ayúdenos a salvar nuestro hospital" (fls. 32 a 35).

1.3. El 8 de febrero de 1985 reunióse en El Banco una junta de notables encabezada por el Gobernador del Departamento (fl. 59). Durante ella intervinieron los médicos Abdala Guerra López y Néstor Casado Ravelo "quienes cuestionaron la gestión administrativa del doctor Lázaro Vanstrahlen Guzmán como Director del Hospital Regional de El Banco, en el sentido de un manejo deficiente y subutilización del personal humano, exceso de burocracia, material quirúrgico suficiente, equipos médicos sin utilizar, sin radiólogo especializado, las salas de hidratación y de partos carecen de aires acondicionados y que la Dirección es una rueda suelta que no conoce el hospital. Finalmente, el cuerpo médico en general exige una investigación administrativa para comprobar la situación denunciada, y que el Director debe estar cansado y que tiene el sol a las espaldas" (fl. 60). Esas aseveraciones han sido debidamente ratificadas a través de declara-

ciones juradas por los doctores Néstor Casado Ravelo (fls. 85 y 86), Pablo Camacho Alfaro (fl. 87), Manuel Villanueva Amarís (fl. 92), Félix E. Young Guzmán (fl. 93) y Javier Martínez Jiménez (fl. 94).

1.4. El 12 de febrero de 1985 reunióse la Junta Seccional de Salud, presidida por el Gobernador del Departamento, con asistencia del delegado del Ministerio de Salud, del representante de la comunidad, del Gerente de la Beneficencia del Magdalena, del Director del Servicio de Salud y del asistente del Gobernador, quien actuó como Secretario *ad hoc* de la sesión. Al llegar al segundo punto del orden del día —"estudio de las ternas de candidatos para Directores del Hospital Regional La Candelaria de El Banco y Hospital San Juan de Dios de Santa Marta y designación de los mismos"—, tomó la palabra el doctor Jorge Caballero Peñaranda, gerente de la Beneficencia y delegado por la Junta en la reunión anterior para participar en la reunión de la Junta Asesora del Hospital "La Candelaria", para solicitar al secretario "dar lectura al acta de la reunión realizada el día 31 de enero en el Despacho de la Alcaldía Municipal", lo que el Secretario lleva a cabo; "Caballero Peñaranda con base en el acta anterior, informa que la terna quedó integrada de la siguiente manera: 1. Doctor Lázaro Vanstrahlen Guzmán. 2. Hernando Díaz Granados Granados y 3. Doctor Pablo Camacho Alfaro". Más adelante, en el acta en cuestión (fls. 42 a 45), se lee: "...El Gobernador manifiesta que vista la resistencia que el Director Regional tiene en el cuerpo médico y la inclusión del veterinario, la terna en realidad queda reducida a una sola persona. El doctor Villanueva deja expresa constancia que solicita que objete la terna por las razones anotadas. El Gobernador Pérez Escobar explica que no encuentra objeción válida para vetar la terna, pues la norma sólo dice médico salubrista. Iniciada la votación, depositan sus papeletas en una pequeña urna habilitada para el efecto de los señores miembros de la Junta, Jacobo Pérez Escobar, Gobernador, Jorge Caballero Peñaranda, Gerente de la Beneficencia y Luis Palacio Olivares, representante de la comunidad. El doctor Villanueva se abstiene de votar y solicita que quede constancia de ello. El Secretario Caballero Villa escruta los votos consignados y anuncia que existen tres papeletas correspondientes a igual número de votantes; al dar lectura a los resultados anuncia que estos son los siguientes: 1. Votos por el doctor Pablo Camacho Alfaro: Tres. 2. Votos por el doctor Hernando Díaz Granados: Cero. 3. Votos por el doctor Lázaro Vanstrahlen: Cero. En consecuencia la Junta declara elegido al doctor Camacho Alfaro como Director del Hospital Regional 'La Candelaria' de El Banco..."

1.5. El 13 de febrero de 1985, el doctor Vanstrahlen cursa telegrama al doctor Jorge Lineros Santodomingo, Jefe Servisalud Magdalena, en el que solicita "encargar provisionalmente Jefatura Unidad Regional al doctor Carlos H. Vargas mientras se posesiona nuevo Director. Agradézcole comunicar por mensaje telegráfico la decisión que tome. Atentamente Lázaro Vanstrahlen Guzmán Jefe Unidad Re-

gional de Salud" (fl. 24). Ante ello, a 19 de febrero (fl. 37) se dicta por el Jefe del Servicio de Salud del Magdalena el otro acto administrativo, la Resolución número 122 de 1985, encargando de la Dirección de la Unidad Regional de El Banco al doctor Pablo Camacho (fl. 37).

1.6. La acción de restablecimiento del derecho promovida por el doctor Vanstrahlen por conducto de apoderado, impetra la anulación de los dos actos administrativos vistos, o sea, el contenido o resultante de la reunión de 12 de febrero de 1985 y el contenido de la Resolución 122 de 13 de febrero del mismo año. Como fundamentos jurídicos y legales de su demanda, afirma que se han quebrantado con los actos enjuiciados los Decretos 1468 de 1979 y en especial el Decreto 694 de 1975, igual que el contrato de reestructuración suscrito entre el Ministerio de Salud y la Gobernación del Departamento del Magdalena (fls. 66 a 69) especialmente en su cláusula novena (9ª), "omitiendo flagrantemente la aplicación de claras y vigentes normas..." Como consecuencia de ello, continúa, se violaron los siguientes preceptos: Artículos 16, 17, 20, 26 y 62 de la Constitución; los artículos 1º, 3º, 4º y 9º del Decreto 056 de 1975; el artículo 25, literales a) y b) del Decreto 694 de 1975; el artículo 13 de la Resolución número 14859 de 17 de octubre de 1984 del Ministerio de Salud, y el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968 "en cuanto esa norma exige a la administración la obligatoriedad de anotar en la hoja de vida del funcionario, las causas del retiro, lo que en este caso no ocurrió, pues en el acto que se impugna, nada se dijo sobre el particular. 'Sostiene que hubo falsa motivación, desviación y abuso de poder'" (fls. 1 a 18).

II. De la excepción de ilegitimidad en la causa por parte del Ministerio de Salud:

2.1. Oportunamente el apoderado judicial de la Nación —Ministerio de Salud— alegó de conclusión para proponer la excepción de ilegitimidad en la causa por parte del Ministerio de Salud, diciendo:

> "Nuestra organización administrativa está regida por el principio de centralización política en los órganos superiores de la administración y descentralización administrativa (para efectos de prestar los servicios públicos) en los demás órganos de la administración, principio consagrado en nuestra Constitución Política principalmente en los artículos 1º, 2º, 5º, 6º, 76 numerales 5 y 10, 120, 181, 182, 187, numerales 1, 4, 5, 6, 194, 197 y 198.
>
> "Acorde con este principio la administración nacional ejerce sobre las administraciones descentralizadas territoriales, funcionales y por servicios el control denominado de tutela, con el fin de conseguir su conformidad a la política general. Control que en la mayoría de los casos se traduce en una vigilancia de las actuaciones administrativas y finan-

cieras, por ejemplo la vigilancia establecida en el artículo 8º del Decreto 3130 de 1968; artículo 7º del Decreto 1050 de 1968; artículo 252 del Decreto 222 de 1983, sobre los entes descentralizados nacionales.

"En la reorganización del Sistema Nacional de Salud a través de los Decretos-ley 056, 350, 356, 526 de 1975, se configura una nueva forma de organización administrativa para prestar el servicio de salud a la comunidad, en la que se conserva el principio de centralización política o descentralización administrativa. Así como mecanismo de coordinación de todos los recursos existentes en el país para la prestación del servicio, en el Sistema Nacional de Salud se establecen tres niveles de dirección: Nacional, seccional y local.

"—El nivel nacional compuesto por el Ministerio de Salud y sus entidades descentralizadas.

"—El nivel seccional compuesto por los Servicios Seccionales de Salud (antiguas Secretarías de Salud en la mayoría de los casos, que a su vez se subdividen en Unidades Regionales).

"—El nivel local constituido por las unidades ejecutoras de los programas de salud, hospitales, centros, puestos de salud y demás entidades que presten directamente el servicio de salud a la comunidad. Estos organismos están bajo la dirección de las Unidades Regionales.

"A los niveles de dirección se adscriben los organismos públicos dedicados a la salud y se vinculan los privados, unos y otros deben encontrarse ubicados en la misma jurisdicción del organismo de dirección (salvo los casos que mediante contrato se establecen otras áreas para la prestación del servicio) coexistiendo en esta organización básica las administraciones seccionales y la nacional.

"Así pues, los organismos de dirección y sus entidades adscritas pertenecen a las diferentes administraciones de su jurisdicción rigiéndose por consiguiente por las normas propias de cada nivel, pero obviamente dentro de los límites de las normas constitucionales y legales. Existiendo sí, una dependencia jerárquica en orden ascendente del nivel local hasta el nivel nacional. Los organismos locales dependen de las Unidades Regionales, que a su vez dependen del Servicio Seccional de su jurisdicción y todos los Servicios Seccionales dependen del Ministerio de Salud.

"Esta dependencia es sólo para el control técnico de la prestación del servicio acorde con las políticas que fija el

Ministerio de Salud, como organismo que haciendo parte del Gobierno, le corresponde fijar las pautas sobre salud y velar por su cumplimiento, con fundamento en la centralización política en los organismos que ejercen el Gobierno. Empero tal dependencia no obsta la autonomía administrativa y financiera que conserva cada organismo del sistema también por aquello de la descentralización administrativa, pues precisamente la descentralización funcional y por servicios se logra dotando a los Servicios Seccionales de Salud y hospitales de una organización administrativa que le permita cierta independencia de las administraciones centrales seccionales.

"Los términos en que debe ejercer el Ministerio de Salud su control técnico sobre los Servicios Seccionales están consagrados en el Decreto-ley 056 de 1975, artículos 8º y 9º que textualmente dicen: 'Los Servicios Seccionales de Salud funcionarán como dependencias técnicas del Ministerio de Salud Pública'. 'Para los efectos del artículo anterior el Ministerio de Salud Pública ejercerá las siguientes funciones:

" 'a) Aprobar los planes Seccionales de Salud; b) Vigilar y controlar el ejercicio presupuestal; c) Velar por el cumplimiento de sus normas; d) Controlar el cumplimiento de las normas sobre nombramiento y remoción de *personal técnico*' (El subrayado es nuestro).

"La descentralización administrativa de los Servicios Seccionales está contemplada en el artículo 3º del Decreto-ley 350 de 1975 y artículos 3º y 5º del Decreto-ley 356 de 1975 y desarrollado en el contrato de integración del Magdalena. Así tenemos que son dirigidos por un Jefe y una Junta (art. 3º del Decreto 350 de 1975), los cuales tienen a su cargo su administración y en virtud de lo cual el Jefe del Servicio es autónomo para nombrar el personal de Servicio (arts. 3º y 5º del Decreto 356 de 1975 —Contrato de Integración con el Departamento del Magdalena—).

"Analizados los fundamentos legales de la dependencia técnica y autonomía administrativa de los entes de dirección del Sistema, es claro que con esta nueva forma de organización administrativa la salud no se ha nacionalizado; el Sistema es un mecanismo de coordinación de organismos pertenecientes a los diferentes niveles de la administración, autónomos para nombrar y remover su personal, salvo aquellos cargos considerados técnicos en la prestación del servicio cuales deben ir al Ministerio de Salud en razón del control técnico a que nos referimos y en ningún momento porque los Servicios Seccionales sean simples dependencias administrativas del Ministerio de Salud, si esto fuera así,

con el Sistema Nacional de Salud se habría dado origen a un ente con una personería jurídica del cual hicieran parte absolutamente todos los Servicios Seccionales del país y hospitales.

"En el contrato de integración firmado entre el Gobierno nacional y el Departamento del Magdalena se consagra que el Servicio Seccional de Salud es dependencia administrativa del Departamento.

"En el Decreto-ley 121 de 1976, mediante el cual se establece la estructura del Ministerio de Salud no aparecen los Servicios Seccionales de Salud ningún otro organismo del Sistema Nacional de Salud diferente al Ministerio de Salud.

"En el Decreto-ley 056 de 1975 en el cual se determina la organización general del Sistema, establece:

"Artículo 1º: *Definición del Sistema:* 'Entiéndese por Sistema Nacional de Salud, el conjunto de organismos, instituciones y entidades que tengan como finalidad específica procurar la salud de la comunidad, en los aspectos de promoción, protección, recuperación y rehabilitación'.

"Artículo 4º: 'El Sistema Nacional de Salud tendrá una organización básica para su dirección en sus niveles nacional, seccional y local'.

"Artículo 6º: 'La dirección del Sistema a nivel nacional la ejerce el Ministerio de Salud Pública, *que para estos efectos tendrá las siguientes funciones* (Se subraya):

" 'a) Formular la política de salud del país;

" 'b) Dictar las normas que regulen los diferentes aspectos del Sistema;

" 'c) Formular el Plan Nacional de Salud;

" 'd) Vigilar y controlar las entidades que presten servicios de salud;

" 'e) Supervisar el funcionamiento de las entidades que constituyen el Sistema;

" 'f) Asesorar y coordinar los organismos seccionales y locales en la realización de las campañas y programas de salud'.

"Artículo 7º: 'La Dirección del Sistema Nacional a nivel seccional la ejercen los Servicios Seccionales de Salud que

funcionan en las capitales de los Departamentos, de las Intendencias y de las Comisarías y en el Distrito Especial de Bogotá...'

"Artículo 2º: 'Para efectos del Sistema Nacional de Salud, la ley define:

" 'b) Entidades adscritas al Sistema Nacional de Salud, como entidades de asistencia pública, *son todas las personas jurídicas de derecho público,* que presten servicios de salud a la comunidad reciban o no aportes del Estado (Se subraya).

" 'd) Entidades vinculadas al Sistema Nacional de Salud, como entidades de asistencia pública, *son todas las personas jurídicas de derecho privado* que presten servicios de salud a la comunidad reciban o no aportes estatales, y aunque no tengan el control y vigilancia a que se refiere el artículo 120 y artículo 19 de la Constitución Nacional' (Se subraya).

"La interpretación en este sentido de las anteriores disposiciones ha sido confirmada por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto de septiembre de 1974 y por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de agosto de 1975.

"Así las cosas tenemos:

" 'El Servicio Seccional de Salud del Magdalena es un organismo administrativamente independiente del Ministerio de Salud, por lo tanto:

" 'a) El Ministerio de Salud a través del Ministro no es el ente que lo represente jurídicamente; b) Los actos que realice legales o ilegales con competencia o sin ella no pueden afectar por simple reflejo a la Nación —Ministerio de Salud—.

" 'De ahí que:

" 'El Ministerio de Salud no puede ser responsable de las consecuencias de actos en cuya expedición no ha participado.

" 'En la acción de restablecimiento del derecho la responsabilidad de la administración se deriva del acto que expide y actos administrativos según los términos del artículo 83 del Decreto-ley 01 de 1984 (C. C. A.) son las conductas y las abstenciones capaces de producir *efectos* jurídicos y en cuya realización influyen de *modo directo o inmediato la voluntad o la inteligencia*' (Se subraya).

"En el acta de reunión de la Junta Seccional de Salud del Magdalena de 12 de febrero de 1985, por la cual se eligió nuevo director para el Hospital Regional 'La Candelaria' del municipio de El Banco e igualmente la Resolución número 122 de 13 de febrero de 1985, proferida por la Jefatura del Servicio Seccional de Salud del Magdalena, encargando al doctor Pablo Camacho Alfaro en reemplazo del doctor Lázaro Vanstrahlen Guzmán, no intervino de modo directo e inmediato la voluntad o la inteligencia del Ministro de Salud ni de ninguna otra autoridad que represente a este organismo, es más ni siquiera indirecta o mediatamente. Tales actos produjeron efectos sin que se solicitara el previo o posterior visto bueno por parte de los funcionarios del Servicio y tampoco el actor por sí o por intermedio de su apoderado solicitó al Ministerio de Salud su declaración, modificación o revocación alguna, en que se le diera a la administración la oportunidad que la ley le concede para revisar los actos suyos o de sus inferiores.

"De tal manera que frente a la acción de restablecimiento del derecho en que la responsabilidad es derivada de los actos que se demandan, no existe responsabilidad del demandado (Nación —Ministerio de Salud—) y por lo tanto falta legitimación en la causa pasiva" (fls. 115 a 118).

2.2. Igualmente arguyó "ilegitimidad de personería sustantiva del Servicio Seccional de Salud del Magdalena"; explica:

"En fallo de 16 de febrero de 1985 esa honorable Corporación sostuvo que 'el Servicio Seccional de Salud del Magdalena, no era entidad territorial, ni departamento administrativo, ni establecimiento público, ni Ministerio aisladamente considerado y en consecuencia no tenía capacidad para ser parte. Los Servicios Seccionales de Salud Departamentales no son sino una dependencia técnica del Ministerio de Salud que ejercen en cada departamento la dirección del Sistema Nacional de Salud conforme al artículo 8º del Decreto-ley 056 de 1975'.

"Pues bien, la primera afirmación es correcta pues el Servicio Seccional de Salud del Magdalena no es uno de los organismos públicos de los que la ley les ha otorgado personería jurídica para poder actuar como tal, y en virtud de la cual adquieren derechos y contraen obligaciones por sí solos, por el solo atributo de la personalidad. En efecto la ley ni ningún acto estatal, le ha dado a los Servicios Seccionales de Salud la categoría de entes territoriales o de entidades descentralizadas; únicos organismos que en nuestra legislación se les da el carácter de personas jurídicas públicas.

"Empero la segunda afirmación no es cierta; los Servicios Seccionales de Salud no son parte integrante del Ministerio de Salud. La dependencia técnica a que se refiere el artículo 8º del Decreto-ley 056 de 1975, por el cual se establece la organización general del Sistema Nacional de Salud, obedece a un control técnico en la prestación del Servicio con fundamento en el principio constitucional de la centralización política en los órganos superiores de la administración, como puede fácilmente establecerse de los términos en que esta dependencia se ejerce. El artículo 9º del Decreto-ley 056 de 1975, consagra los aspectos en que los Servicios Seccionales dependen del Ministerio de Salud, limitándolos a controles financieros y administrativos que como todos los controles de tutela tiene como fin lograr que las políticas del Gobierno se cumplen, sin que con ella se menoscabe la autonomía e independencia de asuntos administrativos.

"Como afirmé, en mi calidad de apoderado del Ministerio de Salud, al sustentar la excepción de ilegitimidad en la causa, el sentido y fundamento legal de la dependencia técnica y la no dependencia administrativa de los Servicios Seccionales del Ministerio de Salud, no sólo tiene fundamento en los términos de los artículos 8º y 9º del Decreto-ley 056 de 1975, sino en el Decreto 121 de 1976, en el Contrato de Integración del Magdalena, en el artículo 1º del Decreto 056 de 1975, normas cuyo alcance ya han sido determinadas por el Consejo de Estado de septiembre de 1974 y la Corte Suprema de Justicia en sentencia de agosto 21 de 1975.

"También en estos pronunciamientos se han dejado claros, entre otros conceptos, que vienen al caso para aclarar la carencia de personería jurídica de los Servicios Seccionales de Salud y no obstante su competencia para ejercer ciertos atributos propios de las personas jurídicas.

"**Así:**

" '—La asistencia pública de que trata el artículo 19 de nuestra Constitución como función del Estado es actividad relacionada con el servicio público de la salud y es consecuencia del precepto constitucional según el cual las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra y bienes y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y los particulares.

" 'El Estado en su acepción genérica, comprende a la Nación, los Departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, las Intendencias, las Comisarías y a los Municipios.

" 'Constitucionalmente corresponde a la ley regular, sin excepción el servicio público (C. N., arts. 79 y concordantes).

" 'Es decir, que el servicio público de la salud como función del Estado (entendiendo por éste todos los organismos administrativos de que él se vale para cumplir sus deberes sociales) debe ser regulado por la ley. Y, regular significa para el caso de las reglas legales a los cuales debe sujetarse el servicio, bien sea en su organización o en su prestación, consultando siempre los demás preceptos constitucionales sobre el ejercicio del poder.

" 'El Decreto-ley 056 de 1975, el cual contiene la estructura del Sistema Nacional de Salud, se limita a organizar los niveles de dirección precisando las funciones de las distintas entidades del país que deben funcionar armónicamente como Sistema, o sea regular el servicio público de la salud acorde con la consideración anterior y con la ley de facultades.

" '—La autonomía patrimonial y administrativa de que gozan los Departamentos, Municipios y el Distrito Especial de Bogotá, no es absoluta. Interpretar su autonomía administrativa como absoluta, vulnera la unidad o centralización política del Estado colombiano y estaría en pugna además con otros principios como el expuesto en relación con el artículo 19 de la Constitución Nacional, como claramente lo establece el artículo 182 de la misma (Apartes, sentencia de la Corte Suprema de Justicia de agosto 15 de 1975).

" '—Los Servicios Seccionales y locales (hospitales, centros, puestos de salud) en área de concurrencia con la Nación pueden ser traspasados por disposición de la ley a la Nación, según el artículo 79 de la Constitución Nacional, mientras ello no suceda los existentes son autónomos y serán regulados por las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales, ajustando las ordenanzas y acuerdos a la ley como prescriben los artículos 187, ordinal 1º y 197, ordinal 1º de la Constitución Nacional, se trata por eso, de una autonomía relativa, condicionada a la Constitución y a la ley.

" 'De donde «integrar un servicio no equivale a nacionalizarlo», no se transfiere la totalidad del servicio a la Nación, sino que subsisten y coexisten sus sectores nacional, departamental y municipal y sus cargas son financiadas por los tres. Tampoco integrar un servicio «produce necesariamente el nacimiento de un organismo nuevo para atenderlo».

" 'En consecuencia «integrar un servicio» es coordinar, dos o más sectores del mismo, con el objeto de unificar y

planificar su prestación con identidad de criterios: Técnicos, políticos y presupuestarios, haciendo participar a los entes contratantes en la dirección conjunta, el costo y la ejecución de los planes y programas acordados.

"'Los Servicios Seccionales de Salud no son organismos distintos a las mismas Secretarías de Salud Pública de los Departamentos, Intendencias, Comisarías y Municipios y Distrito Especial de Bogotá, simplemente con autorización legal, y por medio de contratos de integración de sus servicios seccionales y locales con los similares de la Nación, en los términos de sus estipulaciones, se han articulado en el orden normativo de su planificación y técnica de su operación al Sistema Nacional de Salud dirigida por el respectivo Ministerio, para fines de unidad y eficiencia de su prestación, sin perder su naturaleza, su competencia, su identidad, su organización, su capacidad operativa y patrimonial'.

"(Apartes, concepto de septiembre de 1984 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado).

"Armonizando los criterios expuestos tendríamos:

"Con fundamento en preceptos constitucionales que consagran la regulación de la salud como servicio público básico de competencia de la ley, la autonomía relativa o limitada de las administraciones descentralizadas, la centralización política descentralización administrativa en la administración del Estado, se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se estructuran sus organismos de dirección, entre estos los Servicios Seccionales de Salud a los cuales siendo dependencias administrativas de las administraciones seccionales (pues en la mayoría de los casos son las anteriores Secretarías de Salud a las que se les establece un régimen especial) se les instituye la dependencia técnica a que me he venido refiriendo y una serie de competencias que les permite actuar con cierta independencia de las administraciones a que pertenecen, así estos mecanismos tienen autonomía administrativa y financiera que les permite entre otros asuntos, tener su propia planta de personal, nombramiento del personal por parte del Jefe del Servicio, ordenación del gasto, etc.

"Empero, la ley no los ha dotado de personería jurídica, característica con la cual un ente descentralizado adquiere su máximo grado de descentralización como en el caso de los establecimientos públicos, asociaciones de municipios, entidades autónomas regionales, etc.

"Recordemos que el Estado cumple con su finalidad no sólo a través de entes dotados de personería jurídica sino

de órganos a los que le otorga competencia. Los primeros como toda persona jurídica tienen capacidad, en virtud de la cual adquieren derechos y contraen obligaciones, y en el caso de las entidades públicas tienen además patrimonio propio, responsabilidad y capacidad para ser sujeto procesal. Los segundos no actúan por un atributo sino porque el ordenamiento jurídico les atribuye funciones, únicas actividades que pueden realizar comprometiendo la voluntad estatal, en otras palabras se actúa por competencia, y la competencia en un estado de derecho debe estar enmarcado en la ley. Los órganos consultivos sólo pueden emitir declaraciones o dictámenes, los órganos de vigilancia y control sólo pueden determinar la legitimidad o conveniencias de actos de otros órganos o entes.

"Dentro de la administración existen órganos con personería jurídica, como la Nación, Departamentos, Municipios y entidades descentralizadas, pero la gran mayoría son simplemente órganos que actúan por competencia como los Ministerios, Superintendencias, Unidades Administrativas Especiales, etc. Estos órganos han sido creados para ejercer determinada función, pero sin que por ella se hayan dotado de los atributos de la personalidad, así es que tanto las actividades que realizan en cumplimiento de su finalidad, como los que realizan para hacer posibles esa misma finalidad, tales como: Celebrar un contrato, nombrar personal, etc., deben estar previamente determinadas en la ley. En la administración central la personería jurídica la tiene la Nación, cuyo representante legal en asuntos administrativos es el Presidente de la República, y quien con autorización legal ha otorgado determinadas competencias a sus Ministros, así los contratos que puedan firmar los Ministros están determinados en la actualidad en el Decreto-ley 222 de 1983 e igualmente por ley el Presidente de la República ha delegado en los Ministros la facultad de nombrar tal o determinado personal y de representar a la Nación en los procesos administrativos (art. 149 del Decreto 01 de 1984)" (fls. 118 a 121).

III. De los fundamentos de la apelación:

El mandatario judicial del "Servicio de Salud del Magdalena" (fls. 140 a 147) reitera en su extenso escrito la tesis esgrimida en autos y que la Sala se ha permitido transcribir para mayor claridad, o sea, que el servicio carece de personería jurídica y que, por lo tanto, no puede ser parte activa o pasiva en un proceso. Se impone entonces la revocatoria del fallo apelado y la inhibitoria consiguiente.

IV. Concepto del Ministerio Público:

Emitido por la Fiscalía Quinta del Consejo de Estado, acoge la tesis básica del recurrente. Dice a la letra:

> "...se observa que en el caso de autos no es posible un pronunciamiento sobre las peticiones contenidas en el libelo, ya que la demanda no se dirigió contra el Departamento del Magdalena.
>
> "En efecto, es bien sabido que los Servicios Seccionales de Salud de los departamentos carecen de personería jurídica y de patrimonio propio, por lo tanto son considerados como dependencias de la administración departamental y su representación legal le corresponde al respectivo gobernador.
>
> "Así las cosas, no se cumplió con el presupuesto procesal de capacidad para ser parte, y de conformidad con lo que disponen los artículos 137 del Código Contencioso Administrativo y 75 del Código de Procedimiento Civil.
>
> "En razón de lo expuesto, esta Agencia del Ministerio Público se permite rendir concepto, solicitando se revoque la sentencia apelada y en su lugar se declare la ineptitud sustantiva de la demanda" (fls. 153 a 154).

Agotado el trámite propio de la segunda instancia y no observándose por la Sala la incurrencia en defecto que altere la regularidad del proceso,

Para resolver, se considera:

A) El artículo 137 del Código Contencioso Administrativo, enseña:

> "Contenido de la demanda. Toda demanda ante la jurisdicción administrativa deberá dirigirse al Tribunal competente y contendrá;
>
> "1. La designación de las partes y de sus representantes;
>
> "....."

Ese mismo requisito era exigido por el artículo 84 del antiguo Código Contencioso Administrativo (Ley 167 de 1941).

La designación de las partes, es fácil de advertir, constituye un presupuesto indispensable que la ley establece para que pueda trabarse la *litis*, para que el fallo pueda ser de fondo. Y para poder *ser parte*,

es de rigor que se tenga capacidad para serlo; en otras palabras, que quien sea designado por el demandante como *parte demandada* tenga la calidad de persona, natural o jurídica, que, salvo excepciones, es quien está dotado del rango de ser *"sujeto de derechos y obligaciones"*. Y esa calidad, como ha dicho la Corte, "es una consecuencia de la personalidad atribuida a los seres humanos y a los entes morales a quienes la ley les concede capacidad jurídica..." Continúa la mencionada corporación de justicia: "La carencia de este presupuesto procesal se presenta con frecuencia respecto a las personas jurídicas que obrando como demandantes o como demandadas no acreditan su existencia. Si el Juez al examinar los presupuestos procesales no encuentra en el juicio prueba adecuada de la existencia de la persona jurídica que figura como sujeto del juicio, debe inhibirse de fallar en el fondo del negocio y declarar la carencia de tal presupuesto" (Gaceta Judicial, Tomo LXXVIII, pág. 349).

Cabe preguntar aquí si ese presupuesto procesal ha de aplicarse con estricto rigor en lo contencioso administrativo cuando la "parte demandada" es un organismo del Estado carente del rango de persona jurídica, igual que el que se aplica en derecho privado.

Indudablemente, la noción de *persona*, en la terminología jurídica, equivale, se repite, a "sujeto de derecho y obligaciones"; se afinca en la circunstancia de ser el centro y la razón de todas las relaciones y de todas las referencias que enmarcan sus problemáticas. Sin "personas", sin "sujetos de derechos y obligaciones", es imposible que exista una relación jurídica concreta y determinada y, dentro de ese contexto, tampoco puede surgir verdadera y cabal relación procesal cuando el demandante ignora u olvida quién es la persona que ha de figurar como su contraparte en un caso judicial determinado.

Sin embargo, en derecho contencioso administrativo, cuyo objeto jurisdiccional es juzgar "actos y hechos de las entidades públicas" (art. 82 del actual C. C. A.), no ha de tomarse con tanta rigidez lo de "designación de las partes" que indica el citado artículo 137 *ibídem* (Decreto-ley 01 de 1984). Si se demanda la nulidad de un acto dictado por el Servicio Seccional de Salud o por el Servicio Nacional de Salud, cuya ubicación no es fácil dentro del organigrama jerárquico que se ha establecido respecto a los mismos para efectos de su funcionamiento y de su engranaje funcional y administrativo, ha de entenderse que la persona jurídica demandada es el Departamento del caso o la Nación, como lo hizo el demandante del evento *sub lite*.

Debe tenerse presente que instituciones como los Servicios Seccionales de Salud, obedecen a creaciones legislativo-contractuales que han ido apareciendo como consecuencia de la evolución gradual en pro de la eficiencia y de la unidad de ciertos servicios públicos de la Administración; son, en verdad, organismos creados en virtud de una iniciativa estadual, de la ley, del reglamento o de contrato interadministrativo, que hacen parte de la Rama Ejecutiva del Poder a

nivel nacional o seccional y que están dotados de *autoridad,* de *poderes autónomos* de decisión y de influencia en un sector dado; esa noción de autoridad de que están dotados, no debe tomarse exclusivamente en su sentido jurídico, sino que ha de entenderse extendido a toda el área de influencia que le ha sido encomendada, lo que no significa tampoco que tales organismos no estén sujetos a controles tanto internos como externos y, por lo tanto, jurisdiccionales.

Concretamente, los servicios integrados de salud responden a los Decretos-ley 056 de 1975 y 121 de 1976, que autorizaron al *Gobierno nacional,* a través del Ministerio de Salud, la celebración de "acuerdos" (contratos interadministrativos) con los respectivos departamentos o el Distrito Especial de Bogotá, a fin de amoldar a acomodar en el Sistema Nacional del ramo, bajo una misma estructura orgánica, la prestación de dicho servicio que, hasta entonces, venían prestando, en forma aislada, las unidades territoriales del país. De esta suerte, por el contrato cuya copia obra a folios 66 a 69 de este expediente, se señaló la estructura de la Seccional del Magdalena.

Resulta entonces claro, mas después del estudio que se ha hecho sobre el tópico, que el Servicio Seccional de Salud del Magdalena, a pesar de ser un organismo departamental, ostenta coetáneamente un lugar cuasinacional, puesto que su jefe es designado por el Ministro de Salud de terna presentada por la Junta Seccional en cuyo seno tiene asiento un delegado de ese Ministerio, aunque esté presidida por el Gobernador del Magdalena.

También resulta claro que el Jefe del Servicio Seccional de Salud del Magdalena, como autoridad administrativa independiente que es, tiene, entre otras facultades, la de nombrar el personal de la sede, de acuerdo con el estatuto de personal de salud. Como si fuera poco, en este caso concreto, ha sido escuchado el organismo a través de apoderado judicial que ha sido debidamente reconocido, lo que lleva a concluir que se trabó la *litis* entre el demandante y este demandado, máxime si se tiene en cuenta que, de contera, el libelista también encaminó la demanda contra la Nación (Ministerio de Salud), la cual ha sido también debidamente asistida en este asunto.

Por consiguiente, asistió razón al Tribunal en no acoger esta censura que los recurrentes han hecho en sustento de su apelación, y, además, en disponer que fuera el Servicio Seccional de Salud del Magdalena el obligado a pagar el restablecimiento del derecho conculcado, por disponer de autoridad suficiente para el pago, tanto en lo que atañe al pago como en lo concerniente al pago de sueldos y prestaciones sociales a que haya lugar.

Reitera, pues, así la Sala su posición jurisdiccional sentada en fallo de 19 de julio de 1988 (Expediente 2667, Adolfo Catral Prieto contra Contraloría General de la República) y de 31 de agosto de igual año (Expediente número 3305, actor Luis Ignacio Delgado).

B) Ahora bien, no sólo porque la apelación aquí interpuesta ha hecho mención al aspecto de fondo del fallo impugnado, sino porque la Sala tiene en esta alzada plena competencia porque de no haberse incoado habría subido el proceso en consulta por haber condenado a un ente público y tener cuantía suficiente para ello, que ocuparse igualmente de los temas tratados acerca de la desviación de poder y de la irregularidad de los actos administrativos atacados que fueron motivados para que el *a quo* produjera sentencia anulando los actos y restableciendo el pretenso derecho.

Ha de partirse, entonces, de la circunstancia admitida inclusive por la parte demandante, que el doctor Vanstrahlen Guzmán era empleado público de libre nombramiento y remoción en su calidad de Director del Nivel Regionalizado de "El Banco" y como tal, en funciones de Director del Hospital Regional "La Candelaria" de la nombrada ciudad, por parte del órgano nominador la Junta Seccional, la que ostenta por ende, *"poder discrecional"* para removerlo, como ciertamente lo hizo, y para que se le nombrara un encargado mientras se confirmaba al elegido ante la expresión de voluntad del mismo doctor Vanstrahlen de que ello se hiciera.

Sin embargo, aún 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 Administratif, Onziéme Edition —1978—). Como sigue explicando el autor mencionado "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". Es decir, cuando la ley instituye la facultad discrecional para determinados eventos, aparentemente deja al funcionario la apreciación de si las circunstancias de hecho hacen justificable la medida; esa facultad entonces permite por decirlos 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 recalcar 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 élémentaire de droit administratif, pág. 197), e igualmente Berthélemy y Rolland (Traité de droit administratif, pág. 998; Précis de droit administratif, respectivamente).

De esta suerte, 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" (Sentencia de 13 de septiembre de 1968, Sección Cuarta, Consejero ponente doctor Hernando Gómez Mejía, actor José Betancourt y otro, *Anales*, año XLIII, tomo LXXV, números 419 y 420, 1968).

Un ponderado estudio de las pruebas obrantes en el *sub lite* y que en los prolegómenos de este proveído se han transcrito o resumido, permiten decir que si la Junta Seccional de Salud del Magdalena procedió a elegir reemplazo al doctor Vanstrahlen Guzmán, fue por la queja elevada por la totalidad del cuerpo médico que laboraba en el Hospital "La Candelaria", lo que a los ojos del Consejo de Estado, ameritaba el relevo, en aras del buen servicio público, sin necesidad de adelantar investigación disciplinaria previa, pues no había faltas de tal naturaleza en las mencionadas quejas como es fácil establecerlo.

Por eso estima la Sala que el acto de relevo está bien fundamentado y no constituye "desviación de poder" amén de que tiene suficientes motivaciones para que la Junta tomase al respecto la decisión que tomó.

Debido a lo expuesto, habrá que revocar la sentencia apelada y en su lugar habrá de denegar las súplicas de la parte 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:

Revócase la sentencia de 22 de noviembre de 1986 proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena en este asunto, y en su lugar, deniéganse las peticiones de la parte actora.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 14 de abril de 1989.

Alvaro Lecompte Luna, Aydée Anzola Linares, Ausente; *Reynaldo Arciniegas Baedecker,* Con aclaración de voto; *Clara Forero de Castro.*

Miguel A. Perilla P., Secretario.

PERSONERIA SUSTANTIVA. LEGITIMACION POR PASIVA. SERVICIO SECCIONAL DE SALUD (Aclaración de voto).

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., diecinueve de abril de mil novecientos ochenta y nueve.

Referencia: Expediente número 2504. Apelación sentencia.

Actor: Lázaro Vanstrahlen Guzmán.

Mi aclaración de voto se circunscribe a la categoría procesal que se asigna a los Servicios Seccionales de Salud, que, por carecer de personería jurídica propia, no pueden tenerse como parte en un proceso. Esta es doctrina tradicional de la Corporación que consulta las normas que gobiernan el proceso.

Estimo que, existiendo otros presupuestos suficientemente válidos para la conclusión del fallo, no hacía falta discurrir sobre este punto volviendo sobre un tema ya definido por la jurisprudencia, sin que ésta aparezca adecuadamente rectificada.

Reynaldo Arciniegas Baedecker.

EMPLEADO PUBLICO. Estabilidad.

Resulta inadmisible que una entidad descentralizada resuelva cambiar la situación legal y reglamentaria de un empleado público y hablar de vinculación contractual para darla por terminada, alegando una supuesta justa causa. La desvinculación hecha en tal forma resulta violatoria del derecho de defensa.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., diecinueve de abril de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejera ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente número 3594. Autoridades departamentales. Consulta.

Actor: Luis Andrés Sáenz Martínez.

Luis Andrés Sáenz Martínez, a través de apoderado y en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca impetrando la declaración de nulidad de la Resolución 228 de noviembre de 1984, expedida por el Gerente de la Lotería de Cundinamarca mediante la cual dio por terminada la vinculación laboral del demandante con esta Lotería, para que, como consecuencia, se ordene el reintegro al cargo que desempeñaba con el pago de sueldos y prestaciones dejados de devengar, declarando la no solución de continuidad en la prestación de los servicios.

Consideró el Tribunal que el actor tenía el carácter de empleado público conforme a los estatutos de la Lotería que rigen desde el 22 de noviembre de 1984, cuando fue expedido el Decreto 3210 del Gobernador que los aprobó y ordenó esta vigencia, y también conforme a las funciones de dirección y confianza atribuidas al cargo de Subgerente por Acuerdo 16 de 15 de octubre de 1982 de la Junta Directiva de la Lotería. Se rechazó así la excepción propuesta por la demandada.

El Tribunal encontró además, que en el acto acusado estaba la demostración de la violación del derecho de defensa del demandante,

al constituir una destitución fulminante desconociéndose las normas del debido proceso, como se sostiene en la demanda.

En grado de consulta llegó esta sentencia al Consejo de Estado y la Sala procede a decidir mediante las siguientes

Consideraciones:

En su concepto de fondo, la señora Agente del Ministerio Público solicita la confirmación de la sentencia consultada, partiendo de la base de la vinculación legal y reglamentaria del actor con la entidad.

Este es un aspecto que debe dilucidarse en primer término, puesto que el acto acusado da por terminado el vínculo laboral por haberse configurado una justa causa, como si se tratara de un trabajador oficial.

Ciertamente la Lotería de Cundinamarca es una empresa industrial y comercial del Departamento.

Pero también lo es, que el señor Luis Andrés Sáenz Martínez jamás estuvo vinculado a ella por contrato de trabajo, sino mediante situación legal y reglamentaria, es decir nombramiento y posesión.

De manera que, aún haciendo caso omiso de las disposiciones que a nivel nacional rigen la forma de vinculación del personal a las entidades descentralizadas, es innegable que la Lotería de Cundinamarca nombró al actor y le dio, posesión. Resulta entonces inadmisible que ella misma resuelva de repente cambiar esa situación y hablar de vinculación contractual para darla por terminada alegando una supuesta justa causa. Más aun cuando sus estatutos habían sido aprobados seis días antes, clasificando como de aquellos que deben ser desempeñados por empleados públicos, los cargos de Subgerentes; y el actor ocupaba precisamente una Subgerencia.

El argumento expuesto por el señor apoderado de la entidad no es de recibo pues el artículo 43 del Código Contencioso Administrativo que cita en su apoyo, lo que quiere significar es que los actos administrativos de carácter general no son oponibles *a los particulares,* a quienes no se les puede exigir su acatamiento, mientras no sean publicados.

Pero resulta insólito interpretar esta norma como lo hace el señor apoderado de la entidad, para afirmar que la Administración puede desconocer un acto de tal naturaleza, en contra de los intereses de los administrados.

Para la Sala entonces, tampoco hay duda acerca de la vinculación laboral del actor: Era empleado público.

Hubiera podido la entidad, siendo el empleado de libre nombramiento y remoción, declarar insubsistente su nombramiento sin motivación alguna.

Mas no lo hizo así, puesto que procedió a invocar una situación contractual inexistente y a alegar una justa causa de terminación del contrato, consistente en la formulación de una acusación contra el señor Sáenz Martínez.

La desvinculación hecha en tal forma, resulta violatoria del derecho de defensa, pues no se adelantó procedimiento disciplinario previo tendiente a comprobar la falta que dio origen a su despido, violándose así el artículo 26 de la Constitución Nacional.

Las anteriores consideraciones muestran que fue acertada la decisión del Tribunal.

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, de acuerdo con el concepto Fiscal,

Falla:

Confírmase la sentencia consultada, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 27 de mayo de 1988, dentro del proceso iniciado por el señor Luis Andrés Sáenz Martínez.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada el día diez (10) de abril de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

Alvaro Lecompte Luna, Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

REVOCACION DIRECTA DEL ACTO.

La administración tiene el poder y la obligación de revocar unilateralmente y en cualquier tiempo sus propias decisiones, por motivos de ilegalidad manifiesta, sin que esto signifique el desconocimiento de derechos subjetivos que en verdad no se adquirieron, que en verdad no entraron al patrimonio del sujeto.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., diecinueve de abril de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente número 2637. Autoridades nacionales.

Actores: Hugo Iguarán Cotes y otro.

Decídese la apelación interpuesta por la parte actora contra la sentencia de 5 de febrero de 1987 proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba que denegó las peticiones de la demanda. Por ésta se impetró que se declare la nulidad de las Resoluciones números 366 de 6 de junio de 1985 dictada por el Rector de la Universidad de Córdoba, mediante la cual se revocó la Resolución número 345 de 30 de mayo de 1984 que había designado a los doctores Hugo Iguarán Cotes y Carlos Simancas Narváez como docentes en los Departamentos de Biología y de Economía Agrícola y Desarrollo Rural, respectivamente, y 495 de 5 de agosto del mismo año que confirmó la anterior, para que, como consecuencia de la nulidad de los actos indicados, se ordene el reintegro de los mencionados señores a los cargos que desempeñaban y se condene al ente público al pago de todos los sueldos, primas, bonificaciones, vacaciones y demás prestaciones dejados de percibir desde el día 6 de junio de 1985 hasta la fecha en que se verifique el reintegro.

Como *hechos* en los cuales fundamenta el libelo y las peticiones anteriores, el apoderado de los demandantes expone:

"1º El doctor Hugo Alfonso Iguarán Cotes desde el día 1º de agosto de 1971 ha estado vinculado como docente en

la Universidad de Córdoba y así mismo el doctor Carlos F. Simancas Narváez desde el día 1º de enero de 1974.

"2º Por Resolución número 345 de 30 de mayo de 1984, el señor Rector de la Universidad de Córdoba, *considerando:* 'Que el Consejo Académico en sesión del día 29 de mayo de 1984 según consta en Acta número 010, aprobó recomendar la vinculación a la docencia a los doctores Hugo Iguarán Cotes y Carlos Simancas Narváez, de acuerdo al artículo 180 del Decreto número 80 de 1980'. Resolvió nombrar como profesores de la Universidad de Córdoba a los siguientes doctores, a partir de 1º de junio de 1984, según artículo 109 del Decreto número 80 de 1980, así: Doctor Hugo Iguarán Cotes, profesor de tiempo completo, con asignación mensual de $ 84.515.00 correspondiente a la categoría de Asociado III, adscrito al Departamento de Biología, por período de cuatro años y al doctor Carlos Simancas Narváez, profesor de tiempo completo, con asignación mensual de $ 78.429.00, correspondiente a la categoría de Agregado III, adscrito al Departamento de Economía Agrícola, por período de tres (3) años.

"3º De conformidad con el artículo 73 del Código Contencioso Administrativo —Decreto 01 de enero 2 de 1984—: *'Revocación de actos de carácter particular y concreto.* Cuando un acto administrativo haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría NO PODRA SER REVOCADO —mayúsculas mías— sin el consentimiento *expreso y escrito* (subrayo) del respectivo titular'.

"4º El acto administrativo contenido en la Resolución número 345 de mayo 30 de 1984 por el cual después de consideraciones legales del Consejo Académico de la Universidad de Córdoba, según consta en Acta número 010 de la sesión del día 29 de mayo de 1984 y de conformidad con el artículo 180 del Decreto número 80 de 1980, el señor Rector nombró a los doctores Hugo Iguarán Cotes y Carlos Simancas Narváez, como profesores correspondientes a las categorías de Asociado III, adscrito al Departamento de Biología, por período de cuatro (4) años y al segundo a la categoría de Agregado III, adscrito al Departamento de Economía Agrícola, por un período de tres (3) años, es *un acto administrativo de carácter particular y concreto,* creador de una situación jurídica subjetiva particular, en el cual se ha reconocido 'un derecho de igual categoría' y 'NO PODRA SER REVOCADO NI MODIFICADO' 'sin el consentimiento *EXPRESO Y ESCRITO* —mayúsculas y subrayados nuestro— de los respectivos titulares, que lo son los

doctores Iguarán y Simancas'. Manu militari el señor Rector Francisco Villadiego Abuchar, no obstante sus disciplinas evangélicas predominó su conocido y solapado carácter político.

"5º No obstante lo anterior, como en antes dije, el señor Rector de la Universidad de Córdoba, Francisco Villadiego Abuchar, con pretermisión de toda norma jurídica y con una falsa motivación y una competencia legal de que carece, dictó la Resolución número 366 de 6 de junio de 1985, en la cual hace *tábula rasa* del derecho vigente y resuelve consecuencialmente: 1º Revocar la Resolución Bo.345 de 30 de mayo de 1984 y 2º Arbitraria e ilegalmente, declarar insubsistentes mis poderdantes doctores Hugo Iguarán Cotes y Carlos Simancas Narváez.

"6º El acto administrativo que cuestionamos en esata (sic) demanda es flagrantemente violatoria de derechos adquiridos con justo título con arreglo a las leyes vigentes. Si el señor Rector consideró tales derechos como ilegales, debió ocurrir en acción correspondiente ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa para que dijera el derecho y no en forma arbitraria constituirse en Tribunal de Unica Instancia, es por lo que ocurrimos ante esta respetada jurisdicción y ante Magistrados ilustres y sapientes para que restablezcan el orden jurídico turbado" (fls. 2 a 3).

Cita como disposiciones violadas los artículos 26 y 30 de la Constitución Política y los artículos 28, 29 y siguientes, 73 y 74 del Código Contencioso Administrativo, y expone, en respaldo de ello, el siguiente concepto de violación:

"Como 'garantía social' en la Constitución Política de Colombia se establace en el artículo 26, la institución jurídica base del orden jurídico democrático 'el debido proceso', mediante el cual nadie puede ser juzgado sino conforme al acto imputable y a la legislación vigente y con las formalidades legales propias de cada juicio o proceso y así mismo en el artículo 30 la de los derechos adquiridos con justo título. Pues bien en el caso *sub júdice* mis poderdantes mediante acto volitivo y facultativo legal del Consejo Académico de la Universidad de Cartagena según consta en Acta número 10 de 29 de mayo de 1984 y en cumplimiento del Decreto 80 de 1980, recomendó la vinculación docente y así tuvo su efecto por la Resolución número 345 de 30 de mayo de 1984 del señor Rector de la Universidad, creando una situación subjetiva, concreta y de carácter particular no revocable ni modificable sino por expreso y escrito consentimiento de sus beneficiados, como lo estatuye y precisa el Código Contencioso Administrativo en su artículo: 73 e indicando en el

siguiente, el 74, el 'procedimiento para la revocación de actos de carácter particular y concreto', cuestión no hecha por el señor Rector de la Universidad de Córdoba, por lo cual se pone de presente la violación ostensible del artículo 26 de la Constitución Nacional, que como en antes dije, establece el 'debid (sic) proceso' máxima garantía del hombre para subsistir en una sociedad civilizada.

"No obstante, mis poderdante, oportunamente, el día 13 de junio de 1985 a las 4:10 horas, interpusieron directamente ante el señor Rector el correspondiente recurso de reposición contra la Resolución número 366 de junio 6 de 1985, cuyos argumentos deberán considerarse como incorporados a este *concepto de violación* y al efecto allego la copia auténtica presentada en la antes dicha fecha. El señor Rector como un buen 'BORBON' y siguiendo las recomendaciones de sus 'ilustres asesores jurídicos', resolvió repetir los mismos argumentos manidos y en Resolución número 495 de 5 de agosto de 1985, resolvió 'no acceder a la revocatoria de la Resolución número 366 de fecha 6 de junio de 1985 por medio de la cual se revocó la Resolución número 345 de 30 de mayo de 1984 y se declaró insubsistentes los nombramientos como docentes de tiempo completo de los doctores Carlos Simancas Narváez y Hugo Iguarán Cotes', la antes dicha resolución fue notificada a mis poderdantes como consta en la copia auténtica anexa, el día 13 de agosto de 1985 por lo cual estamos dentro del término legal para incoar la presente acción. Cabe anotar que en la resolución que resuelve el recurso nada se dice de la facultad que tiene el Rector para dictar providencias en contravía del artículo 73 del Código Contencioso Administrativo y sin cumplir los presupuestos del 74 *ibídem*, aquí es donde precisamente quiero situar esta acción para que sea decretada la *nulidad* del *acto acusado*" (fls. 3 y 4).

La sustentación de la apelación dice lo siguiente:

"I. Mediante Resolución número 345 de mayo 30 de 1984 la Universidad de Córdoba, nombró en propiedad al doctor Hugo Iguarán Cotes en el cargo de profesor de tiempo completo, en la categoría de Asociado III, adscrito al Departamento de Biología por período de cuatro (4) años, con asignación mensual de ochenta y cuatro mil quinientos quince pesos ($ 84.515.00). Y al doctor Carlos Simancas Narváez, profesor de tiempo completo categoría Agregado III adscrito al Departamento de Economía Agrícola, por período de tres (3) años, con asignación mensual de setenta y ocho mil cuatrocientos veintinueve pesos moneda legal ($ 78.429.00).

"Los docentes tomaron posesión de sus cargos oportunamente y en legal forma.

"La anterior resolución fue revocada por el Rector de la Universidad, por medio de la Resolución número 366 de junio 6 de 1985 (doce meses después).

"Por considerar: 'Que los mencionados nombramientos se hicieron por recomendación del Consejo Académico con violación del procedimiento legal establecido en el Decreto 080 de 1980 y del Acuerdo 007 de 7 de octubre de 1974'.

"Y en consecuencia fueron declarados insubsistentes los nombramientos de mis poderdantes.

"Contra la anterior resolución se interpuso el recurso de reposición habiéndose por lo tanto agotado legalmente la vía gubernativa y la Universidad profirió la Resolución número 495 de agosto 5 de 1985 confirmando la Resolución 366 de junio 6 de 1985, mencionada.

"II. *La sentencia del Tribunal.*

"El Tribunal Administrativo de Córdoba en la sentencia impugnada consideró para negar las pretensiones de la demanda lo siguiente:

"1. Que en la Resolución 366 de junio 6 de 1985 expedida por el Rector de la Universidad de Córdoba, se dijo en la parte de motivación que los nombramientos de mis mandantes, se hicieron con violación del Acuerdo 007 de octubre 7 de 1974 y del Decreto 080 de 1980.

"2. Que a folio 58 del expediente aparece un comunicado del Departamento de Biología de la Universidad de Córdoba protestando por los nombramientos de profesores en los Departamentos de Biología y Economía.

"3. Consideró además el Tribunal que testimonios que ofrecen serios motivos de credibilidad, son consistentes en afirmar *la violación de las normas contenidas en el decreto y acuerdos mencionados* (El subrayado es mío).

"Y concluye la citada providencia que en cuanto a los períodos para los cuales fueron nombrados los doctores Iguarán y Simancas, que ello no tiene fundamento legal, puesto que ese Tribunal nada encontró sobre períodos en el Estatuto de Profesores de la Universidad de Córdoba (Acuerdo 007 de 1974).

"Con el objeto de demostrar la ilegalidad de la revocación del nombramiento y la sentencia del Tribunal, son procedentes las siguientes aclaraciones:

"Adolece en primer lugar de falta de verdadera motivación la Resolución número 366 de junio 6 de 1985 de la Rectoría de la Universidad, por medio de la cual se revocó la Resolución número 345 y toda vez que se limitó a señalar en los considerandos que el nombramiento de mis poderdantes era violatorio del Acuerdo 007 de 1974 y del Decreto 080 de 1980, sin expresar en forma clara y precisa qué disposiciones normativas y legales fueron las violadas, y como tal, estamos en presencia de una falta de motivación por tratarse de un acto que extingue una situación jurídica creada, lo cual por sí solo genera un defecto de forma que lo hace anulable por expedición en forma irregular.

"De no ser así el administrado se enfrentaría al permanente capricho de la administración sin amparo o protección legal alguna, en el respeto y garantía de sus derechos, por cuanto bastaría el simple arbitrio reflejado en afirmaciones abstractas para revocar un acto de carácter particular y concreto creador de derecho subjetivo, como en el caso que nos ocupa.

"Ahora bien, en cuanto a que el nombramiento como docentes de mis poderdantes por períodos de cuatro (4) y tres (3) años respectivamente fue violatorio a la ley, ello carece de todo fundamento y se trata de una afirmación vaga que tampoco ha sido suficientemente demostrada en el proceso pese a que el Tribunal así lo admitió para fallar.

"*Pero es realmente ilegal el nombramiento de mis poderdantes?* Indudablemente que eso no es cierto por las siguientes razones:

"1. Ni el doctor Iguarán ni el doctor Simancas se encontraban incursos en incompatibilidad para ejercer el cargo de docente como lo dispone la ley.

"2. Para ser incorporado como docente al tenor del artículo 92 del Decreto 080 de 1980 se requiere como mínimo tener título en el área correspondiente, acreditar dos años de experiencia en el ramo profesional respectivo, ser ciudadano en ejercicio; o residente autorizado y gozar de buena reputación. Todos estos requisitos los reunían mis poderdantes a saber: Tanto el doctor Iguarán como el doctor Simancas tenían el título en el área correspondiente, incluso otorgados por la misma Universidad de Córdoba tal como consta en el expediente; ambos habían estado vinculados a

la docencia universitaria por más de dos años antes del nombramiento efectuado mediante la Resolución 345 así: El doctor Iguarán había sido docente de la Cátedra de Genética y Fito-mejoramiento en la facultad de Agronomía hoy Ciencias Agrícolas, además había sido Decano de esta facultad y fue enviado en comisión de estudio en 1972 por cuenta de la Universidad de Córdoba, a la Universidad Nacional de Buenos Aires donde se especializó en Genética de Poblaciones.

"El doctor Simancas había estado vinculado por tres años como auxiliar docente de la Universidad de Córdoba, con anterioridad al nombramiento. Además desde el 24 de febrero de 1977 hasta marzo de 1982 se desempeñó de tiempo completo en la Facultad de Economía de la Universidad de Colombia, donde fue también Rector seccional, Jefe de Planeación y Decano de la mencionada Facultad. Nombramientos estos que constan en las certificaciones expedidas por la Universidad las cuales obran en el expediente. Es decir, se cumplía también ampliamente con el requisito de la experiencia exigida por la ley (Decreto 080 de 1980, art. 92).

"Igualmente mis mandantes son personas que gozan de buena reputación a nivel personal, como en el campo científico e investigativo y sus hojas de vida así lo demuestran y ambos son ciudadanos colombianos en ejercicio, que nunca han perdido este derecho.

"De lo anterior, se concluye que el nombramiento se ajustó a lo preceptuado en el artículo 92 del Decreto 080 de 1980, siendo además garantía para la calidad de la educación en la Universidad de Córdoba, el haber vinculado como docentes a mis poderdantes, para su alto grado de formación en las áreas para los cuales fueron nombrados.

"3. Tampoco es cierto lo afirmado en la absurda sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba al señalar que era ilegal el acto de nombramiento debido a que lo hizo el Rector por recomendación del Consejo Académico, de la Universidad con violación del Acuerdo 007 de 1974 y el Decreto 080 de 1980 sin precisar nuevamente las disposiciones específicas sobre la materia. Pero al respecto es oportuno hacer las aclaraciones respectivas a la luz de las normas citadas por el Tribunal para concluir, que la sentencia en mención antes que acoger el acuerdo y el decreto señalados, los viola y desconoce abiertamente así:

"El Acuerdo 007 de octubre 7 de 1974 del Consejo Directivo de la Universidad de Córdoba, estableció en ese entonces el estatuto de profesores de la Universidad Nacional

de Córdoba (hoy Universidad de Córdoba) y consagró en su artículo 22 lo siguiente:

"*Artículo 22*. (De los nombramientos): El proceso de vinculación de personal docente a la Universidad Nacional de Córdoba será el siguiente:

"'1. El Consejo de Facultad estudiará las necesidades que existan de personal.

"'2. Se convocará por los diversos medios de comunicación la inscripción de candidatos, previa autorización del Consejo Directivo.

"'3. Una vez que el Consejo de Facultad determine el nombre o nombres éstos serán sometidos a consideración *del Consejo Directivo quien realizará el nombramiento*' (El subrayado es mío).

"Obsérvese que ésta es una disposición expedida antes de la vigencia del Decreto-ley 080 de 1980 que es actualmente y lo era en el momento que fueron nombrados como docentes mis poderdantes (mayo 30 de 1984) y en la fecha en que se revocó dicho nombramiento (junio de 1985), el Estatuto Básico de la Educación Postsecundaria en Colombia al cual tenía que someterse la Universidad por su carácter de establecimiento público del orden nacional.

"Con la expedición del Decreto 080 de 1980 (norma de superior jerarquía), la disposición del artículo 22 del Acuerdo 007 de 1974 quedó insubsistente o fue derogada y como tal perdió vigencia e inaplicabilidad porque el procedimiento para el nombramiento de los docentes se estableció de la siguiente manera: Es el Rector quien tiene la facultad legal para nombrar y remover al personal de la institución (art. 61, literal F, Decreto 080 de 1980), y no el Consejo Directivo como lo estableció el Acuerdo 007 de 1974 de la Universidad de Córdoba.

"Además el mismo Decreto 080 de 1980, en su artículo 56 estableció la organización de las instituciones universitarias así: Consejo Superior, Rector y Consejo Académico con sus correspondientes funciones. Por esta circunstancia a partir de 1980, los nombramientos de los docentes en la Universidad de Córdoba los hace el Rector previa recomendación del Consejo Académico que es el organismo de naturaleza asesora del Rector y en el cual participaban los decanos de las diferentes facultades que son también asesores del Rector en la selección del personal docente. Artículos 63, 64 y 65 del Decreto 080 de 1980. Es decir que la potestad

omnímoda que tenía el Consejo de Facultad de determinar el nombre o nombres de las personas que podían ser nombradas como docentes, la perdió por virtud de la ley, para ejercer dicho Consejo funciones meramente asesoras en asuntos administrativos (art. 66 *ibídem*). Así lo constatan las Resoluciones números 134, 135, 136, 137 de marzo 2 de 1984, 1985, 1986 de marzo 26 de 1984, 282 y 285 de mayo 2 y 3 de 1984 y 391 de junio 18 de 1984, 534 de agosto 10 de 1984 y 573 de agosto 22 de 1984 por medio de los cuales se nombraron veintidós docentes.

"De lo antes expuesto se concluye de manera clara y precisa que si el nombramiento lo hizo el Rector con la recomendación del Consejo Académico de la Universidad como organismo asesor con participación de los Decanos, estamos en presencia de la correcta aplicación de las disposiciones legales establecidas en el Decreto 080 de 1980 que regulan la materia. Y no como lo sostiene arbitrariamente el Tribunal, al afirmar que los nombramientos fueron violatorios del ordenamiento legal.

"En cuanto al 'famoso' comunicado del Departamento de Biología es por demás absurdo sustentar una providencia de esta naturaleza en ese hecho que carece de significado en el proceso porque lo que se analiza y cuestiona es si se daban las causales establecidas en el artículo 69 del Código Contencioso Administrativo para que la rectoría pudiera revocar la resolución de los nombramientos de los dos docentes.

"No se entiende entonces, porqué el Tribunal oculta los verdaderos motivos que tuvo para negar las pretensiones de la demanda y considera que el Rector no podía nombrar a los docentes doctores Iguarán y Simancas porque había un comunicado de un Departamento que de conformidad con el Decreto 080 de 1980 y Acuerdo 007 de 1974, artículo 22, no tiene competencia legal para intervenir en el procedimiento de nombramiento de los docentes.

"Pues bastaría preguntar para desvirtuar tal fundamento del Tribunal, en qué disposición legal está establecido que cuando un minúsculo grupo de personas pertenecientes a un Departamento integrado por veintiún (21) profesores de trescientos dos profesores que tenía en ese momento la Universidad, de un total de doce (12), departamentos y dos (2), centros de investigación, no están de acuerdo con un nombramiento, el nominador debe abstenerse o pierde la competencia de nombrar? Compartir este descabellado criterio, sería anteponer el mezquino capricho de cualquier persona, frente a los intereses y necesidades académicos y científicos que deben caracterizar a todo centro

universitario. Sin embargo vale anotar que a pesar del extemporáneo comunicado del Departamento de Biología ninguno de los organismos competentes (Consejo Superior, Consejo Académico, Decanos), se pronunciaron en contra del nombramiento.

"De lo que se concluye que el Tribunal de Córdoba ni siquiera consultó el Decreto 080 de 1980 y el Decreto 2448 de octubre 1º de 1984, que aprobó la estructura orgánica de la Universidad para proferir la sentencia acusada.

"En suma el comunicado del Departamento de Biología no refleja sino un rechazo al procedimiento establecido para el nombramiento por el Decreto 080 de 1980 que fue el aplicado por el Rector de la Universidad en sus facultades y además porque el Decreto 080 de 1980 en su artículo 109 limita la estabilidad, de acuerdo con la categoría del docente.

"4. En cuanto a los supuestos testimonios que en criterio del Tribunal ofrecieron credibilidad y consistencia para afirmar la violación del Decreto 080 de 1980 y Acuerdo 007 de 1974 con el nombramiento de mis poderdantes es oportuno señalar:

"A diferencia de la motivación establecida en la Resolución 366 de junio 6 de 1985, en la cual se señala que los nombramientos del doctor Iguarán y Simancas se hicieron con violación del procedimiento legal establecido en el Decreto 080 de 1980 y del Acuerdo 007 de 1974 en su testimonio el doctor Petro Betancur habla ahora solamente del 007 de 7 de octubre de 1974 sin especificar como ha sido característico en todos los alegatos del proceso, qué artículo o artículos en particular se violaron.

"El doctor Petro quien solo estuvo vinculado a la Universidad durante los siete primeros meses de 1985, lo único que ha demostrado, con sus conceptos, para que el Rector revocara la Resolución 345 de mayo de 1984 y el testimonio a folio 71, del expediente es su desconocimiento total de la legislación acerca de la educación postsecundaria, especialmente el Decreto 080 de 1980 y sus reglamentarios.

"Veámos: Tal como quedó expuesto en el recurso de reposición y en los presentes alegatos el Acuerdo 007 de 1974 se refiere a los nombramientos en su artículo 22. En el mismo se observa que el Consejo de Facultad prácticamente tiene el poder omnímodo, al determinar los nombres de las personas que podían ser nombradas como docentes por el Consejo Directivo. Esta situación fue completamente modificada por el Decreto 080 de 1980 tal como lo expusimos anteriormente.

"No es gratuito entonces que tanto la defensa, como el testimonio del doctor Petro Betancur y el honorable Tribunal Administrativo se limiten a generalizar sobre la violación del Acuerdo 007 de 1974 al producirse el nombramiento de mis poderdantes y se reitere el quebrantamiento de la ley cuando en la Resolución 495 de agosto 5 de 1985, resolvió el recurso de reposición, apoyada en los conceptos jurídicos, del doctor Petro Betancur se afirma que: 'El Acuerdo 007 de 1974 o estatuto de profesores en su artículo 22, el cual no siendo contrario al Decreto 080 de 1980, no se puede considerar derogado al tenor del artículo 194 del mencionado decreto'.

"Pero como ha quedado plenamente demostrado, en estricto rigor jurídico, el artículo 22 del Acuerdo 007 de 1974 que trata de los nombramientos, sí fue derogado por el Decreto 080 de 1980 toda vez que éste último Estatuto, reglamentó lo relativo al nombramiento de docentes en las universidades públicas del orden nacional como es el caso de la Universidad de Córdoba.

"Afirmar lo contrario como lo hace el doctor Petro Betancur en su testimonio, es desconocer la Ley 153 de 1887 en sus artículos 1º, 2º y 3º y el artículo 194 del Decreto 080 de 1980.

"Adicionalmente afirma el doctor Petro Betancur en su testimonio '...pero hay algo más, existían unos comunicados de directivos de esos Consejos de Facultad donde manifestaban que no se requería de nombramiento de ningún profesor para la época que se nombraron a Iguarán y Simancas'.

"Tal como se puede constar en el expediente, no existió pronunciamiento alguno por parte de los cuatro (4) Consejos de Facultad existentes en la Universidad en ese momento, razón por la cual no fue posible allegar al proceso prueba de los susodichos comunicados. Existe sí a folio 58 un comunicado de un grupo de profesores del Departamento de Biología que como lo establece el Decreto 2448 de 1984 no es más que uno de los tres (3) Departamentos de la Facultad de Ciencias.

"No creemos que haya actuado el doctor Petro Betancur de mala fe, pero sí ha demostrado con este testimonio, una vez más su absoluto desconocimiento de la estructura orgánica de la Universidad confundiendo Facultad con Departamento y Consejo de Facultad con un grupo de profesores del Departamento de Biología.

"En igual confusión incurre el doctor Mora Vélez en su testimonio ya que como ha quedado plenamente demostrado los Departamentos Académicos carecen de competencia en cuanto a la determinación del nombramiento de docentes. Tampoco es cierto que se haya pronunciado el Departamento de Economía o la Asociación Sindical de profesores y esto no está probado en el proceso.

"Es decir que los testimonio *per se* no prueban en absoluto la conclusión absurda del Tribunal de que el nombramiento sí fue violatorio del Acuerdo 007 de 1974 y el Decreto 080 de 1980.

"Por el contrario cuando el doctor Joaquín Canabal dice en su testimonio 'como secretario general de la Universidad en esa época estuve presente en la sesión del Consejo Académico el día 29 de mayo de 1984 y como secretario de ese organismo me tocó elaborar el acta de ese día en la cual se recogió lo referente a los nombramientos como docentes de los doctores Hugo Iguarán Cotes y Carlos Simancas Narváez. Y recuerdo además que la única persona que se abstuvo de votar fue el profesor Víctor Fernández representante de los profesores en el Consejo Académico' lo que se demuestra evidentemente es que, para el nombramiento de mis poderdantes se aplicó el procedimiento consagrado en el Decreto 080 de 1980, como correspondía hacerlo por ser el estatuto legal vigente en este momento aplicable a esta materia y no el Acuerdo 007 de 1974 como erróneamente lo invocó la Universidad y el Tribunal al fallar.

"Considera igualmente el honorable Tribunal Administrativo de Córdoba en la sentencia apelada, en forma por demás absurda e ignorante como lo demostraré a continuación, lo siguiente: 'Podría argumentarse si y como derecho adquirido pero no fue objeto de debate en este proceso el hecho de que el profesor Iguarán fue nombrado por cuatro (4) años en el Departamento de Biología y Simancas en el Departamento de Economía por tres (3) años; pero lo cierto es que los períodos asignados a dichos profesores en la Resolución número 345 de 1984, no tienen fundamento legal, pues el Tribunal nada encontró sobre períodos en el Acuerdo número 007 de 1974, Estatuto de Profesores de la Universidad Nacional de Córdoba, por consiguiente tampoco podría decirse legalmente que se violó un derecho adquirido, precisamente por no conocerse por el Tribunal la disposición legal en que se apoyó el Rector para asignarle dichos períodos'.

"En primer lugar, sí fue objeto de debates en este proceso, alegando como derecho adquirido el hecho de que mis poderdantes fueron nombrados por períodos de cuatro (4)

años al doctor Iguarán y por tres (3) años al doctor Simancas. Ello se puede comprobar con lo expuesto especialmente en el hecho cuarto de la demanda, desarrollado en el concepto de violación y reiterado en el alegato de conclusión presentado ante el Tribunal.

"En segundo lugar, de acuerdo con el artículo 109 del Decreto 080 de 1980 la calidad de profesor asociado otorga estabilidad por períodos sucesivos de cuatro (4) años calendario y la calidad de profesor asistente, que es equivalente en la Universidad de Córdoba a la de profesor agregado, según lo estableció el Consejo Superior al determinar las equivalencias internas para clasificar los docentes, basándose en el artículo III del Decreto 080 de 1980, otorga estabilidada de períodos sucesivos de tres años, categorías estas en las cuales fueron clasificados mis poderdantes previa constatación de que cumplían los requisitos exigidos para ello por el Comité docente, lo que originó la Resolución número 687 de 1984 del Consejo Académico mediante la cual se incorporaron y/o se clasificaron en el escalafón docente a 34 profesores de las diferentes Facultades de la Universidad y entre ellos se encontraban mis poderdantes.

"Entonces, si el honorable Tribunal de Córdoba, nada encontró sobre períodos fue porque no tuvo a bien buscarlo en el estatuto supuestamente violado, el Decreto-ley 080 de 1980, lo que a su vez indica el desconocimiento de este Decreto-ley por parte de ese Tribunal, llegando así a desconocer la legalidad del nombramiento y el derecho adquirido que con justo título consagró la Resolución 345 de mayo 30 de 1984 a favor de mis poderdantes.

"Así también se desvirtúia lo expuesto por el apoderado de la Universidad cuando afirma a folio 115 del expediente, que mis poderdantes 'eran directivos que podían ser declarados insubsistentes discrecionalmente por el Rector'. Pues si bien los doctores Iguarán y Simancas ejercían al momento de la revocación de la Resolución número 345 mencionada, los cargos de Vicerector académico y Jefe de Planeación respectivamente, cargos estos de libre nombramiento y remoción, ellos eran ejercidos en *comisión* tal como consta en la Resolución número 761 de noviembre de 1984 y 352 del mismo año, de la Rectoría de la Universidad y en los certificados que reposan en el expediente expedidos por la jefatura de personal de esa entidad.

"Es claro al tener (sic) del artículo 112 del Decreto 080 de 1980 y del artículo 76 del Decreto 2400 de 1968 que por esta circunstancia, los docentes no pierden su calidad de tal ni se extingue el derecho adquirido de estabilidad para el

período para el cual fueron nombrados, como lo entiende erróneamente el apoderado de la Universidad al distorcionar el efecto jurídico de la comisión.

"En conclusión, ha quedado plenamente demostrado que el nombramiento de mis poderdantes no es violatorio del Acuerdo 007 de 1974 ni el Decreto 080 de 1980 y se ajustó íntegramente a derecho la Resolución 345 de mayo 30 de 1984 de la Rectoría de la Universidad de Córdoba, constituyendo un verdadero derecho adquirido con justo título y en legal forma, y como tal fue violatorio (sic) del ordenamiento jurídico su revocación directa por cuanto no existía el fundamento legal para ello y en consecuencia el honorable Consejo de Estado debe acceder a las pretensiones de la demanda y revocar en su totalidad la sentencia apelada" (fls. 134 a 141).

A su turno, la Fiscal Quinta del Consejo de Estado, al emitir su concepto de ley, conceptúa:

"El Tribunal Administrativo de Córdoba en la sentencia apelada negó las súplicas de la demanda aduciendo que el señor Rector de la Universidad de Córdoba podía expedir la Resolución número 366 de 6 de junio de 1985 revocando la Resolución número 345 de 30 de mayo de 1984 que se había expedido contrariando normas legales.

"Señala también que no hubo violación del artículo 73 del Código Contencioso Administrativo porque los actos de nombramiento de los demandantes son actos condición que quedan por fuera del alcance de la norma citada. Que no es posible alegar derecho adquirido cuando el título es ilegal.

"Para sustentar el recurso de apelación el señor apoderado de los actores, en escrito que obra a folios 126 a 127, afirma que el acto administrativo que vinculó a sus representados con la entidad demandada creó una situación jurídica particular y concreta que conforme a lo que dispone el artículo 73 del Código Contencioso Administrativo no podía ser revocada por la administración.

"Luego de señalar el contenido del artículo 74 del Código Contencioso se dice que el señor Rector de la Universidad de Córdoba violó la norma mencionada y por ende el principio del debido proceso consagrado en el artículo 26 de la Constitución Nacional.

"Analizando los elementos de juicio que obran en el proceso la Fiscalía opina lo siguiente:

"En la demanda se controvierte el acto acusado aduciendo que se violó el artículo 73 del Código Contencioso Administrativo al haber sido revocado sin el consentimiento de los titulares del derecho.

"Es indudable y así aparece probado en el expediente, que el señor Rector de la Universidad de Córdoba expidió la Resolución número 366 de 6 de junio de 1985 al encontrar que la Resolución número 345 de 30 de mayo de 1984 mediante la cual fueron nombrados como profesores de tiempo completo los señores Hugo Iguarán Cotes y Carlos Simancas Narváez, no se ajustaba a derecho.

"El artículo 69 del Código Contencioso Administrativo establece las causales de revocación de los actos administrativos, dispone:

" 'Los actos administrativos deberán ser revocados por los mismos funcionarios que los hayan expedido o por sus inmediatos supervisores, de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos:

" '1. *Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley.*

" '2. Cuando no estén conformes con el interés público o social o atenten contra él.

" '3. Cuando con éstos se cause agravio injustificado a una persona' (Subrayas de la Fiscalía).

"No hay duda ninguna que al expedirse la Resolución número 345 de 30 de mayo de 1984 se violaron las normas tanto del Acuerdo número 007 de 1974 expedido por el Consejo Directivo de la Universidad de Córdoba como del Decreto 080 de 1980.

"En efecto, el artículo 22 del citado Acuerdo número 007 de 1974 reza:

" 'El proceso de vinculación del personal docente a la Universidad Nacional de Córdoba será el siguiente:

" '1. El Consejo de Facultad estudiará las necesidades que existan de personal.

" '2. Se convocará por los diversos medios de comunicación la inscripción de candidatos, previa autorización del Consejo Directivo.

" '3. Una vez que el Consejo de Facultad determine el nombre o nombres éstos serán sometidos a consideración del Consejo Directivo quien realizará el nombramiento.

" 'Los concursos están sujetos a las reglamentaciones emanadas del Consejo Directivo' (fl. 82).

"A su vez, el artículo 92 del Decreto 080 de 1980 establece:

" 'Para ser incorporado como docente se requiere como mínimo, tener título en el área correspondiente, acreditar dos años de experiencia en la rama profesional respectiva, ser ciudadano en ejercicio o residente autorizado y gozar de buena reputación.

" 'En los casos de las ciencias básicas el Consejo Superior podrá determinar que se prescinda del requisito de experiencia, y en el campo de las bellas artes y determinados aspectos de la técnica, del requisito del título'.

"No se ha demostrado que los actores hubieran sido nombrados como docentes de tiempo completo de conformidad con lo que dispone el Acuerdo número 007 de 1974, Estatuto de Profesores de la Universidad de Córdoba, ni que hubieran acreditado los requisitos establecidos en el artículo 92 del Decreto 080 de 1980.

"Igualmente se observa que a los folios 53 a 57 y 65 a 70 se encuentran diversas declaraciones que permiten afirmar, como se ha venido diciendo, que los nombramientos de los demandantes en los cargos de docentes no fueron legales.

"A folios 103 a 109 obra copia del Acta número 010 de 30 de mayo de 1984 del Consejo Académico en la cual consta que los señores Hugo Iguarán Cotes, siendo Vicerrector Académico de la mencionada Universidad, y Carlos Simancas actuando como Decano de la Facultad de Agronomía fueron recomendados para ser nombrados como docentes de la institución. Sin embargo, se observa que tal acto no fue firmado por el Rector en su calidad de Presidente del Consejo Académico.

"Así las cosas, a juicio de este Despacho, el acto de nombramiento de los actores fue expedido contrariando las normas legales existentes por lo que la decisión tomada mediante el acto acusado fue acertada.

"Podía entonces revocarse la Resolución número 345 de 30 de mayo de 1984 y de conformidad con lo que para el

efecto dispone el numeral 1 del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo ya citado.

"En cuanto a la violación del artículo 73 del Código Contencioso Administrativo por haber sido revocado tal acto sin el consentimiento de los actores, no es posible que se configure tal violación ya que como bien lo afirma el *a quo* los señores Iguarán Cotes y Simancas Narváez no habían adquirido su derecho con justo título.

"En razón de lo expuesto, esta Agencia del Ministerio Público se permite conceptuar solicitando se confirme la sentencia apelada" (fls. 144 a 147).

Teniendo, pues, en cuenta los anteriores prolegómenos, y como no se observa causal alguna de nulidad que invalide la actuación procesal seguida en esta instancia,

Para resolver, se considera:

El punto a dilucidar, entonces, como ya lo hizo el *a quo* y como lo analizan desde sus respectivas posiciones la parte actora y la Agente del Ministerio Público ante la Corporación, es lo atinente a la revocatoria unilateral que hizo la Universidad de Córdoba del acto mediante el cual se designó a los señores Hugo Iguarán Cotes y Carlos Simancas Narváez como profesores de tiempo completo de la institución. Según se ha visto, el acto acusado en el *sub lite*, conformado por las Resoluciones 366 de 1985 y 495 del mismo año, revocó directamente aquél, por estimar que esos nombramientos se hicieron violando el procedimiento legal establecido en el Decreto 080 de 1980 y en el Acuerdo 007 de 7 de octubre de 1974.

Ahora bien, es incontrovertible que al tenor antiguamente el artículo 24 del Decreto legislativo 2733 de 1959 y hoy el artículo 69 del Código Contencioso Administrativo vigente (Decreto-ley 01 de 1984), prohíbese de manera general a la administración revocar sus propios actos cuando hayan creado situaciones jurídicas individuales o reconocido un derecho de igual categoría, sin que medie el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular. Mas obviamente, los derechos así amparados, a la luz del artículo 30 de la Carta, *son aquellos adquiridos* CON JUSTO TITULO Y CON ARREGLO A LAS LEYES. En otras palabras, tanto el artículo 24 del hoy derogado Decreto-legislativo 2733 de 1959 como el artículo 69 del Código Contencioso Administrativo (Decreto-ley 01 de 1984), en armonía con el citado artículo 30 de la Constitución, han de entenderse, para efectos de su aplicación por la autoridad administrativa o del Juez —al resolver sobre la legalidad de un acto de revocación directa en el que no se haya dado cumplimiento estrictos a los requisitos formales en ellos estipulados— en forma aislada, sino teniendo en cuenta si el derecho de que se trata

es apenas supuesto o si en verdad cumple los elementos básicos del derecho adquirido con justo título y con arreglo a las leyes vigentes en ese momento. Si no fuere así, se llegaría a conclusiones absurdas, ilógicas y contrarias ostensiblemente con el ordenamiento jurídico.

La administración debe conformar objetiva y formalmente sus actos a la Constitución en primer lugar, y a la ley. Sus actos deben guardar correspondencia estrecha con el *interés público y social,* y por ello, ante ciertas circunstancias, tiene el poder, incluso, de desconocer, en aras del mantenimiento del orden público y jurídico y del interés social, *aparentes* derechos adquiridos de los administrados, sin que ello implique que los titulares de los supuestos derechos lesionados por esas actuaciones administrativas, no puedan acudir, como en efecto sí pueden, a incoar las acciones pertinentes para obtener la nulidad del acto y el consiguiente restablecimiento del derecho en defensa de esos supuestos derechos adquiridos, a fin de que se analice por el Juez la legalidad de la medida.

Significa todo lo anterior que la Administración debe conformar sus actuaciones objetiva y formalmente, a la ley; por eso, si con esas actuaciones, objetiva y formalmente, desconoce la ley, está obligada a propender por su restablecimiento si en el juicio contencioso administrativo resulta destruida la presunción de legalidad. Pero, al lado de esas pautas de tipo genérico, ante circunstancias en las cuales se envuelven aspectos atinentes al interés público o social, tiene también el poder y la obligación de revocar unilateralmente y en cualquier tiempo sus propias decisiones, por motivos de ilegalidad manifiesta, sin que esto signifique el desconocimiento de derechos subjetivos que en verdad no se adquirieron, que en verdad no entraron al patrimonio del sujeto.

En el caso más concreto de la revocación de un nombramiento, como es el caso del acto acusado en este juicio, es indispensable también dilucidar qué clase o tipo de situación jurídica se crea o se establece para esa persona como empleado público; si ese acto de investidura crea una situación jurídica individual y concreta, si crea un derecho adquirido, o si, por el contrario, se trata de una situación impersonal y objetiva.

Ya ha tenido ocasión la Sala de estudiar este tópico. Aquí, pues, reitera el análisis que tuvo oportunidad de exponer en sentencia de 13 de julio de 1982 (Expediente 5735, actor: Luis Francisco Pineda Pineda; Consejero ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello; *"Anales"*, 2º semestre, 1982, según "Diccionario Jurídico", A-Z, Tomo IV, págs. 817 a 820; María Elena Giraldo Gómez y Nubia González Cerón), en el cual se dijo, entre otros puntos:

> "Es evidente que del acto de nombramiento de una persona para ejercer un cargo público se desprenden varios efectos jurídicos que se insertan unos en la órbita de los inte-

reses de la comunidad y otros en la de los intereses particulares de la persona investida, es decir, en la de los intereses generales y en la de los derechos subjetivos, como los relativos al sueldo y a las prestaciones sociales en el último caso.

"Pero, ¿cuál es la finalidad de un nombramiento? O más exactamente, ¿para qué se crea y se provee un empleo público?

"No para beneficio de la persona llamada a desempeñarlo o de las personas que sucesivamente son investidas de las funciones públicas inherentes al cargo, sino de la sociedad, cuyas necesidades deben ser atendidas mediante el ejercicio de aquéllas. No se crea y provee un empleo para dar trabajo o suministrar ingresos a una persona sino para satisfacer necesidades de la comunidad, necesidades colectivas. Por eso dice el artículo 2º del Decreto extraordinario 2400 de 1968, modificado por el artículo 1º del Decreto también extraordinario 3074 del mismo año, que 'se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural'.

"No hacen parte de los elementos de dicha definición ninguna situación individual ni *derecho adquirido* alguno, ni ella apunta en esa dirección.

"Más descriptivamente el Decreto extraordinario 1042 de 1978 define como empleo 'el conjunto de funciones, deberes y responsabilidades que han de ser atendidos por una persona natural, para satisfacer necesidades permanentes de la Administración Pública. Los deberes, funciones y responsabilidades de los diferentes empleos son establecidos por la Constitución, la ley o el reglamento, o asignados por autoridad competente'. Dentro de una definición integral dice el artículo 6º del Decreto reglamentario 1950 de 1973: 'Se entiende por empleo el conjunto de deberes, atribuciones y responsabilidades establecidos por la Constitución, la ley, el reglamento o asignados por autoridad competente, para satisfacer necesidades permanentes de la Administración Pública, y que deben ser atendidas por una persona natural'.

"Esas necesidades permanentes de la Administración Pública no se refieren a otra cosa que a la atención permanente de necesidades colectivas mediante la prestación de servicios públicos.

"Cabe anotar que tampoco en las anteriores definiciones aflora o está implícita la noción de derecho subjetivo, o de situación de la misma índole.

"Ahora, la persona que trabaja en ejercicio de esas funciones dirigidas a satisfacer necesidades colectivas debe tener una contraprestación, la cual consiste en un salario y unas prestaciones sociales, pero también debe gozar de otros derechos y garantías que en buena parte buscan el mejoramiento de sus servicios y el buen funcionamiento de la Administración Pública, como la capacitación, la Carrera Administrativa, con sus derechos anexos de estabilidad y ascenso.

"La finalidad de un nombramiento es entonces colocar a una persona natural en una situación de servicio público a la comunidad, mediante el ejercicio de funciones públicas, con los correspondientes deberes y responsabilidad. Lo que ese acto crea de manera directa y fundamental, en primerísimo lugar, es una situación objetiva e impersonal, que no corresponde a la designación que hace el artículo 24 del Decreto 2733 de 1959. En otros términos, es un acto-condición en virtud del cual se le aplica el estatuto del empleado público y crea respecto de ella, una situación objetiva e impersonal, como es la de empleo público.

"Si con el objeto de sostener la legitimidad del interés de quien ha sido designado para un cargo en la acción instaurada por quien fue retirado de él, contraponiendo únicamente intereses de carácter subjetivo se afirma que del nombramiento emana 'una situación jurídica concreta, de carácter individual', no se entra en un terreno de contradiciones. Como se dijo antes, el nombramiento de una persona para ejercer un empleo público produce también efectos jurídicos individuales, pero lo que sucede es que el efecto que se coloca en primer orden es la creación de una situación objetiva impersonal, de la cual derivan situaciones subjetivas.

"No es la situación objetiva impersonal a que nos hemos referido la que está subordinada a las situaciones jurídicas individuales, sino al revés, pues la una es principal y las otras son accesorias y, por consiguiente, corren la suerte de aquélla, como sucede cuando se declara la insubsistencia de un nombramiento o se destituye a un empleado público.

"Existen, pues, situaciones subjetivas subsumidas en la objetiva de empleo público; situaciones subordinadas a esta última, que prevalece sobre ellas. Si entre los intereses a la una y a las otras se presenta algún género de colisión, deben ceder los particulares del empleado a los generales, conforme lo establece el artículo 30 de la Constitución Nacional, sin violar desde luego la misma norma que garantiza los derechos adquiridos *con justo título,* ni las disposiciones legales que la desarrollan; como tampoco aquéllas que establecen y garan-

tizan ciertas situaciones o determinados derechos, como se verá más adelante.

"Ahora, si para la revocación de un nombramiento fuera indispensable el asentimiento del empleado, no se podría declarar la insubsistencia de aquél sin su autorización. Los fundamentos, las causas de uno y otro medio pueden ser diferentes; pero el fin que se busca, el efecto que se produce en ambos casos (la revocación y la declaración de insubsistencia de un nombramiento) son los mismos; la desinvestidura del funcionario, la extinción de su situación de empleado público.

"Precisamente, por tratarse de una situación que no es de carácter individual, subjetivo, ni contractual, es posible extinguirla mediante la declaración de insubsistencia del nombramiento, sin que se oponga ningún derecho adquirido, sin necesidad de invocar una justa causa, ni llenar requisito, ni cumplir un procedimiento, como tampoco de obtener el imposible consentimiento del titular del cargo.

"Con el solo retiro de un funcionario público del servicio no se vulnera ningún derecho subjetivo, no se quebranta ilegalmente ninguna situación jurídica individual y concreta. El funcionario público *no tiene derecho al empleo*. No existe norma legal que establezca que no puede ser desvinculado del empleo que desempeña.

"La cuestión que interfiere en algunos casos es de causa, requisito y procedimiento para retirarlo del servicio, para desinvestirlo de un empleo público, del ejercicio de una función pública. De esos casos se señalan dos. Uno es el de la carrera administrativa, pero es porque la misma ley ha establecido *la garantía* de la estabilidad (relativa), que consiste en que el empleado que ha ingresado en ella no puede ser retirado del servicio sino por causas legales y para la declaración de insubsistencia de su nombramiento, que debe ser motivada, es indispensable adelantar el correspondiente procedimiento. Otro caso es el de la destitución de un empleado público, de libre nombramiento y remoción o de carrera, acto que implica una sanción disciplinaria, que no se puede imponer sino por una causa legal y mediante el procedimiento prescrito por la ley, pues de lo contrario se estaría violando el artículo 26 de la Constitución Nacional. En ambos casos existe el amparo de una garantía; en el primero, la de la Carrera Administrativa, y en el segundo, la del derecho de defensa frente a la imputación de una falta que debe ser comprobada, y la aplicación de una sanción, que no puede ser injusta. La misma garantía de estabilidad existe para el em-

pleado de período fijo, que mientras éste no se haya vencido, no puede ser removido sino por una causa legal y previo procedimiento para la comprobación de la misma, lo que implica el ejercicio del derecho de defensa".

Entonces, como el acto acusado, que es el único que puede juzgar la Sala en este momento, revocó directamente aquél por el cual se designó a los demandantes para desempeñar unos empleos públicos, porque este último se hizo con manifiesta violación de normas legales que cita y ello no ha sido controvertido en la demanda; como con esto dicho acto no desconoció derechos adquiridos con justo título porque el justo título es aquel que se amolda a la ley; como el empleo público es ante todo una situación objetiva en aras de altos intereses generales de la comunidad y no significa *per se* derecho adquirido alguno, y como, finalmente, en esencia, estos fueron los motivos para que el Tribunal de Córdoba denegase las peticiones de la demanda, pensamiento que, por demás, comparte el Ministerio Público a través de su distinguida agente ante la Corporación, habrá de confirmarse el pronunciamiento recurrido, como en efecto, se hará.

Por las razones expuestas, 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 5 de febrero de 1987, proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba 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 14 de abril de 1989.

Alvaro Lecompte Luna, Aydée Anzola Linares, Ausente; *Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro.*

Miguel A. Perilla P., Secretario.

ACTO ADMINISTRATIVO. Determinación.

Los actos acusados no son más que notificaciones o reiteraciones de lo que se dispuso a través de resolución. En otras palabras, que ellos per se, *ni aislada ni conjuntamente producen efectos jurídicos y no reflejan de modo directo o inmediato la voluntad de la administración, dado que el querer de ésta se emitió en la resolución, verdadero acto administrativo que no fue acusado de nulidad.*

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., veintiuno de abril de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente número 699. Autoridades departamentales.

Actor: Juan Bautista Flórez Moreno.

Decídese el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de siete (7) de septiembre de mil novecientos ochenta y cinco (1985) proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío, en la cual se resolvió:

"1. Declárase probada la excepción de caducidad de la acción de restablecimiento del derecho de carácter laboral, ejercitada contra el memorando general número 1527 de mayo 14 de 1984, emanado de la Secretaría General de la Universidad del Quindío.

"2. Niéganse las peticiones formuladas en la demanda como subsidiarias contra el memorando citado en el numeral anterior.

"3. Declárase incompetente el Tribunal, por falta de jurisdicción, para resolver lo pedido en la demanda con relación con el oficio número 106-2634 de diciembre 10 de 1984, emanado de la Secretaría General de la Universidad del Quindío y el oficio número 603-2692 de diciembre 13 de 1984, expedido por el Director del Programa de Física de la misma Universidad, por no ser constitutivos de actos administrativos.

"4. Condénase al demandante a pagar, en favor de la entidad demandada, las costas causadas en esta instancia.

"5. Una vez en firme esta providencia, archívese el expediente".

Quepa anotar que el proceso, destruido durante los aciagos acontecimientos de 6 y 7 de noviembre de 1985 en el Palacio de Justicia de Bogotá, ha sido objeto de reconstrucción a la luz de las disposiciones extraordinarias dictadas para tales efectos, y así fue declarado por auto de veintidós (22) de octubre de mil novecientos ochenta y seis (1986).

I. De la demanda:

El libelo demandatorio que dio origen a este asunto impetró la declaratoria de nulidad "del acto administrativo que separó al licenciado Juan Bautista Flórez Moreno del cargo de *profesor de tiempo completo* al servicio de la Universidad del Quindío". Planteada así la primera súplica del *"petitum"*, agregó a manera de explicación: "Este acto administrativo fue expedido por el Secretario General de la Universidad y está integrado por los siguientes oficios dirigidos al licenciado Flórez Moreno, cuya nulidad solicito como pretensión principal: Memorando general número 1527 de 14 de mayo de 1984, firmada (sic) por José Antonio Báez Báez como Secretario General; oficio número 106-2634 de diciembre 10 de 1984, firmado por Rodrigo Osorio Belalcázar como Secretario General; oficio número 603-2692 de diciembre 13 de 1984 firmado por Jesús Antonio Cocuy Gómez como Director del Programa de Física".

Dice seguidamente que, como pretensión subsidiaria de la anterior y solamente para el remoto caso en que se considere caducada la acción relativa al memorando número 1527 de 14 de mayo de 1984, que se declare la nulidad de los oficios números 106-2634 de diciembre 10 de 1984 y 603-2692 de diciembre 13 de 1984, ya citados en la pretensión principal y que "el memorando número 1527 de 14 de mayo de 1984 firmado por José Antonio Báez Báez como Secretario General de la Universidad del Quindío, dirigido a mi poderdante, perdió toda vigencia el treinta (30) de agosto de 1984 por decisión tácita de la Universidad del Quindío, decisión por medio de la cual mi poderdante conservó y aceptó su calidad de Profesor de tiempo completo y continuó en servicio activo con vigencia de un (1) año más".

A manera de restablecimiento del derecho, la parte actora solicita que se ordene el reintegro del profesor Flórez Moreno al cargo que ejercía o a otro de igual o superior categoría, de conformidad con su especialidad "y con derecho a permanecer en el cargo y en todo caso mientras se decide su solicitud de ingreso al escalafón"; que se declare que, para todos los efectos legales, que no se ha producido

interrupción en el tiempo de los servicios prestados por el licenciado Flórez Moreno a la Universidad mencionada, desde la fecha de su retiro hasta el día en que se produzca el reintegro; que se diga que tiene derecho a tramitar su ingreso al escalafón y que la Universidad están en la obligación de atender y resolver su solicitud con sujeción a las normas legales vigentes, en especial el Decreto presidencial número 1863 de julio 27 de 1984; que se condene a la Universidad a pagarle al mandante los sueldos, primas, vacaciones, subsidio familiar, cesantías y demás prestaciones sociales y beneficios consagrados por la Constitución Nacional y las leyes y/o los reglamentos en favor de los profesores de tiempo completo de la Universidad del Quindío, junto con los reajustes correspondientes; que se declare que el profesor Flórez tiene derecho al pago del sueldo correspondiente a los servicios prestados desde el 1º hasta el 12 de diciembre de 1984 y a las vacaciones y prima de vacaciones correspondientes a las causadas desde el 29 de agosto del mismo año; por último, que se condene igualmente a la Universidad del Quindío al pago de los emolumentos acabados de mencionar.

II. De las excepciones propuestas por la parte demandada:

Fueron tres, a saber:

A) *Incompetencia,* porque el memorando general número 1527 de 14 de mayo de 1984 del Secretario General de la Universidad; el oficio número 106-2634 de 10 de diciembre de 1984, también del Secretario General, y el oficio número 603-2692 de 13 de diciembre del mismo año, firmado por el director del programa de física, no son verdaderos actos administrativos, sino que dieron cumplimiento a aquellos que sí desvincularon realmente al licenciado Flórez Moreno, o sea, la Resolución número 1533 de 28 de septiembre de 1983 y el oficio 110-1061, de 1º de julio de 1984 proferidos por el Rector;

B) *Caducidad de la acción* respecto al memorando 1527 de 14 de mayo de 1984 del Secretario General, al tenor de lo dispuesto en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo;

C) *Inepta demanda* por estimar que se han debido acusar de nulidad los verdaderos actos administrativos que desvincularon al demandante de sus servicios y que, al no haberlo sido, están vigentes con la consiguiente presunción legal que los ampara.

III. Sustentación del recurso de apelación:

Son argumentos para impetrar que se revoque la sentencia de primera instancia, los siguientes, tal como fueron resumidos en la vista fiscal:

"1. Que el acto administrativo demandado es de los llamados complejo conformado con el memorando general número 1527 de mayo 14 de 1984, el oficio número 106-2634 de diciembre 10 de 1984, y el oficio número 603-2692 de diciembre 13 del mismo año, por lo tanto se debían demandar todos los actos como lo hizo en la demanda. Señala que el acto complejo es aquel que reúne unidad de contenido y de fin, fusión de voluntades de los órganos que incurren a la formación del mismo, interacción de dos o más funciones y los actos que lo integran no hacen existencia separada o independiente.

"El acto administrativo impugnado está conformado por una sola y férrea unidad, porque aunque la voluntad administrativa está enlazada por varios pasos, es palmar que el primero, sin el segundo, o sin el último carece de eficiencia, y por lo tanto no producen ningún efecto (fl. 131 vto.) cita una sentencia de 1978, de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativa con ponencia del doctor Reyes Posada, y otra de la misma Sala pero de la Sección con ponencia del doctor Jacobo Pérez.

"Señala que si se acepta lo sostenido por el Tribunal que al demandar solamente los oficios números 2634 de diciembre 10 y 2692 de diciembre 13 de 1984, quedaría intacto el acto administrativo contenido en el memorando número 1527 de mayo 14 de 1984, y 'la relación laboral entre el profesor Juan B. Flórez Moreno y la Universidad del Quindío seguirá en pleno vigor; porque el oficio número 1527 de mayo 14 de 1984 no produjo ningún efecto desvinculante ni lo podía producir ya'.

"2. El Tribunal en la sentencia apelada sostuvo:

" 'La pretensión subsidiaria también es impróspera porque como equivale a declarar que la Universidad revocó de manera tácita el contenido del memorando número 1527 de mayo 14 de 1984, al aceptar que el demandante continuará conservando la calidad de profesor de tiempo completo y seguirá en servicio activo, revocación que debe ser expresa al tenor de lo dispuesto por los artículos 69 a 74 del Decreto 01 de 1984. No teniendo operancia la tácita pedida por el actor, como recurso extraordinario que es, por lo cual, esta petición tampoco podrá prosperar' (fl. 133 vto.).

"3. En lo relacionado con la afirmación de la sentencia que la acción contra el único acto administrativo acusado estaba caducada, señala el actor que no es así, no se puede analizar aisladamente el memorando 1527 de 1984, sino inte-

gralmente, con los dos actos o sea, los oficios 2634 y 2692 de 1984, y por lo tanto la demanda fue presentada oportunamente.

"Señala además que la caducidad se debe contar a partir del momento en que se ejecutó el acto, por cuanto el memorando antes aludido no fue notificado en la forma establecida en el Capítulo X, Título I, Libro I del Código Contencioso Administrativo, en razón de que el agraviado no se enteró de la decisión desvinculante" (fls. 239 a 240).

IV. Concepto del Ministerio Público:

Expresa la señora Fiscal Quinta de la Corporación:

"Consta en autos, que el actor se vinculó a la Universidad mediante contrato de trabajo. En septiembre 28 de 1983, fue nombrado como profesor de tiempo completo por un (1) año a partir de agosto de 1983, y tomó posesión el 10 de octubre del mismo año. Por medio del memorando 1527 de 14 de mayo de 1984, el Secretario General de la Institución le comunicó la determinación de separarlo del cargo a partir de 29 de agosto de 1984. Llegada esa fecha, el actor siguió laborando hasta diciembre 13 de 1984, en que se le envió la siguiente comunicación:

" 'Por medio de la presente me permito comunicarle que: De acuerdo a oficio número 2634 de diciembre 10 de 1984, proveniente de la Secretaría General de la Universidad y en la cual se le notifica la desvinculación de la Universidad; por este motivo a partir de 10 de diciembre se le ha suspendido la carga académica en el Departamento de Física' " (fl. 75).

Seguidamente pasa la Fiscalía a analizar los actos acusados.

"El memorando general 1527 de mayo 14 de 1984.

"Dice así:

" 'Con los agradecimientos por la colaboración prestada a la entidad y debido a las especiales circunstancias por las cuales atraviesa la Universidad del Quindío, me permito comunicarle que su vinculación como profesor de tiempo completo, adscrito al Departamento de Física, cesará a partir del día 29 de agosto del presente año, fecha en la cual vence el período para el cual fue nombrado, mediante Resolución de Rectoría número 1533' (fl. 73).

"De este acto no existe constancia de su notificación, pero como el actor interpuso recurso de reposición y subsidiario el de apelación, el día 18 de mayo de 1984 (fl. 95, 2º cuaderno), esta fecha se tendrá como la de notificación del memorando a términos del Decreto 01 de 1984.

"La administración le contestó mediante oficio de fecha junio 11 de 1984 (fl. 98, 2º cuaderno), en el cual en la parte final expresa refiriéndose al acto 1527 de mayo 14 de 1984 que, 'un memorando de notificación no es susceptible de recursos por lo tanto, este Despacho se abstendrá de dar el trámite correspondiente'. Por lo tanto, a partir de 12 de junio de 1984 se empezará a contar el término de caducidad, si se aceptara que este es un acto administrativo.

"La acción de restablecimiento del derecho a términos del artículo 136 *ibídem*, caduca al cabo de los 4 meses contados a partir del día de la publicación, comunicación, notificación o ejecución del acto, y como en el presente caso la demanda se interpuso el 21 de mayo de 1985, y al actor se le resolvió la petición el 11 de junio de 1984 (fl. 98, 2º cuaderno), se presentaría por lo tanto la caducidad de la acción respecto de este acto y por lo mismo no sería susceptible de revisión de legalidad.

"No está de acuerdo la Fiscalía con lo afirmado por el actor de que el término de caducidad se debe contar a partir de la ejecución del acto, o sea la fecha en que quedó desvinculado de la Universidad, porque a éste se le notificó por conducta concluyente el 18 de mayo de 1984, por medio de una de las figuras jurídicas del conocimiento de los actos administrativos por parte de los interesados a términos del artículo 136,2 del Decreto 01 de 1984, y como estas con excluyentes unas de otras, y ya se había producido la notificación del acto, dejaba por fuera la otra posibilidad contemplada en la norma, o sea la de la ejecución del mismo.

"Por lo tanto, en principio, se presentaría la caducidad de la acción, pero considera la Fiscalía que el memorando antes reseñado, es un acto de trámite por cuanto no está manifestando la voluntad de la administración, con el fin de producir un efecto jurídico, como si lo hizo la Resolución número 1533 de 28 de septiembre de 1983 respecto de la desvinculación del actor (fl. 69). Este memorando simplemente está reiterando o recordando el acto administrativo contenido en la resolución de la Rectoría antes señalada. Por lo tanto no sería demandable ante esta jurisdicción.

"En lo relacionado con el segundo acto acusado dice textualmente:

" 'La Secretaría General, le comunica que la decisión de la administración de la Universidad consignada en memorando general 1527 de mayo 14 de 1984 por medio de la cual se le notificaba que la vinculación con la Universidad cesaría a partir del día 29 de agosto de 1984, no ha sido modificada y en consecuencia a la fecha no tiene usted ningún vínculo con la Universidad' (fl. 74).

"Considera la Fiscalía que este es un acto de trámite que no es susceptible de ser demandado ante esta jurisdicción, de conformidad con el artículo 84, en concordancia con el artículo 50 del Decreto 01 de 1984, por cuanto no está manifestando la voluntad de la administración, simplemente está ratificando la decisión contenida en el acto 1527 de 14 de mayo de 1984, que a su vez está reiterando la voluntad de la administración expresada en la Resolución 1533 de 1983, de vincular al actor por el término de un año contado a partir de 29 de agosto de 1983 (fl. 91, 1er. cuaderno).

"Lo mismo se puede predicar del oficio número 603-2692 de diciembre 13 de 1984, proferido por el Director del Programa de Física de la Universidad del Quindío que dice:

" 'Por medio de la presente me permito comunicarle que: De acuerdo a oficio 2634 de diciembre 10 de 1984, proveniente de la Secretaría General de la Universidad; por este motivo a partir de 10 de diciembre se le ha suspendido la carga académica en el Departamento de Física' (fl. 75). Está dando una información y por lo mismo es de mero trámite.

"Se anota también, que el acto por medio del cual fue nombrado como profesor de tiempo completo por el término de un año a partir de agosto 29 de 1983, Resolución 1533 de 28 de septiembre de 1983, expedida por el señor Rector de la Universidad del Quindío, no ha sido controvertido en ese proceso, lo anterior para explicar que el restablecimiento del derecho tal como está solicitado no se daría, por cuanto la resolución antes mencionada, señala término específico de duración del tiempo laborable. Si el actor no estaba de acuerdo ha debido o no aceptar el nombramiento o impugnarlo.

"En cuanto a lo relacionado con la petición de que la Universidad tiene derecho a tramitar su ingreso al escalafón, lo mismo que atender y resolver su solicitud, considera este Despacho que esta es una petición improcedente, por cuanto el actor tiene que solicitarla ante la administración con el fin de agotar la vía gubernativa.

"En lo relacionado con la argumentación de que el memorando 1527 de 14 de mayo de 1984, perdió toda vigencia

el 30 de agosto de 1984, por determinación tácita de la Universidad del Quindío, se considera que ello no es así, por cuanto la decisión de 14 de mayo es el resultado de la resolución de nombramiento del actor que establecía la condición que se cumplió con anuencia de las partes, ya que no fue controvertida por el actor en este proceso.

"En lo referente con la aplicación de la figura jurídica del decaimiento del acto administrativo, planteado en el alegato de conclusión, por el señor apoderado del demandante, se observa que este argumento no fue propuesto en la demanda por lo que no entrará a su estudio por ser ésta una jurisdicción rogada.

"Por lo expuesto esta Fiscalía se permite conceptuar solicitando providencia inhibitoria por falta de jurisdicción, en relación con los actos acusados" (fls. 240 a 244).

Con base, pues, en los prolegómenos anteriores y teniendo en cuenta las argumentaciones del Tribunal en el fallo apelado, no hallando causal susceptible de invalidar lo actuado.

Para resolver, se considera:

La ley colombiana vigente al respecto define los actos administrativos como "las conductas y las abstenciones *capaces* de *producir efectos jurídicos*, y en cuya realización influyen de modo directo e inmediato la voluntad o la inteligencia" (art. 83, segundo inciso, C. C. A.; subraya la Sala). De manera que se hace indispensable, atendiendo dichos parámetros definitorios, para saber cuándo una conducta de la autoridad administrativa del Estado es realmente un acto administrativo, establecer si ella tiene la capacidad de producir, por sí misma, "efectos jurídicos", y de ese modo, la susceptibilidad de ser objeto de los medios de control llamados "acciones" que la propia ley ha demarcado y cuya vocación es obtener o lograr la nulidad de un pronunciamiento de tal categoría, es decir, la acción denominada "de nulidad" (art. 84, C. C. A.) y la acción cuyo nombre actual "de restablecimiento del derecho" (art. 85) obedece más a una de las finalidades o pretensiones buscadas por quien la incoa, es decir, la consecuencia principal del medio de control; que enantes había sido bautizado por la jurisprudencia, inspirada por la doctrina, como "acción de plena jurisdicción".

Pues bien, al examinar detenidamente los textos de todos y cada uno de los escritos que han sido acusados de nulidad en este proceso,

es decir, el memorando general número 1527 de 14 de mayo de 1984 (fl. 73), el oficio 106-2634 de 10 de diciembre de 1984 (fl. 74) y el oficio número 603-2692 de 14 de los mismos mes y año (fl. 75), no son más que notificaciones o reiteraciones de lo que dispuso el Rector de la Universidad a través de su Resolución 1533. En otras palabras, que ellos *per se*, ni aislada ni conjuntamente, producen efectos jurídicos y no reflejan de modo directo e inmediato la voluntad de la administración, dado que, como lo expresan, recuerdan o reiteran el querer de ésta de separarlo del servicio, querer que se emitió por la nombrada Resolución 1533 de 1983, verdadero acto administrativo que no ha sido acusado de nulidad. El memorando general número 1527, el oficio 106-2634 y el oficio número 603-2692 ostentan el carácter de *realizadores de la operatividad ejecutoria* del acto, contenido, como se ha indicado, en la Resolución 1533 de 1983, que existe y que es presumiblemente válido. El memorando y los oficios no hacen a la esencia de un cabal acto administrativo —la Resolución 1533 de 1983—, sino que son algo inductivo y contingente. O para decirlo en otra forma, son ellos —el memorando y los oficios— simples actos de mero trámite. Y de allí que no puedan ser objeto de acción contencioso administrativa de nulidad en sí considerados. Y si no son actos administrativos con plenos alcances; si no pueden ser objeto de la pretensión de las dos grandes clases de acción de nulidad previstas en la ley, mal pueden ser tenidos como equivocadamente lo hace el recurrente, como actos *complejos* que, obviamente, han de ser conjuntos de verdaderos actos administrativos.

En estas circunstancias, no habiéndose demandado de nulidad acto administrativo alguno, la Sala habrá de revocar la sentencia del *a quo* en cuanto declaró probada la excepción de caducidad respecto al memorando general que tuvo como acto definitivo, porque, como se ha anotado, en realidad no lo era, y en su lugar habrá que declarar la inhibición de la jurisdicción por incompetencia, puesto que no se demandó acto administrativo alguno; igual cosa se hará en lo que atañe al punto dos de la parte resolutiva del proveído.

En mérito de lo expuesto y compartiendo el concepto de su colaboradora fiscal, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Primero: Revócase la sentencia de 7 de septiembre de 1985 del Tribunal Administrativo del Quindío, y en su lugar, declárase inhibido para decidir en el fondo por sustracción de materia e ineptitud sustantiva de la demanda.

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 14 de abril de 1989.

Alvaro Lecompte Luna, Aydée Anzola Linares, Ausente; *Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro.*

Miguel A. Perilla P., Secretario.

SUSPENSION PROVISIONAL EN PREVENCION.

El inciso 4 del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo se remite al artículo 153, *o sea, al que habla de la "suspensión provisional en prevención" de donde se deduce que ésta no es un incidente autónomo, no accesorio de una impugnación de un acto administrativo, según lo han venido entendiendo otras Salas que han decidido asuntos similares al* sub lite. *Por el contrario, para que pueda proceder una* "suspensión provisional en prevención" *es indispensable que se haga uso de una de las dos acciones definidas por los artículos 84 y 85 —bien de la nulidad, bien de la de restablecimiento del derecho— enfocando la demanda contra los actos preparatorios o de trámite "cuando se dirijan a producir un acto definitivo o ilegal que no sería susceptible de ningún recurso" (ordinal 1) o 'contra los actos de ejecución cuando el definitivo no haya sido notificado legalmente, cuando los recursos interpuestos contra él no hayan sido resueltos ni siquiera en forma presunta o cuando las autoridades hayan impedido que se recurra" (ordinal 2). Además el artículo 154 se ocupa del procedimiento a seguir para ambas modalidades de suspensión provisional (arts. 152 y 153) cuando conoce de ellas el Consejo de Estado.*

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Sala Unitaria.— Bogotá, D. E., cuatro de mayo de mil novecientos ochenta y nueve.

Referencia: Expediente número 4231. Autoridades nacionales.

Actores: Javier Ojeda Jurado y otros.

Tiénese al doctor José Francisco Delgado Maya, abogado inscrito, portador de la tarjeta profesional número 9615 y de la cédula de ciudadanía número 5.203.013 expedida en Pasto, como apoderado judicial en este asunto de los doctores Javier Ojeda Jurado, Felipe Folleco Gómez, Roberto Hernando Santacruz, José Antonio Bolaños Muñoz, Santiago Apráez Villota, Gonzalo Muñoz Izquierdo, Jaime Narváez Dulce, Alvaro Alfredo O'Byrne, Adhiela Córdoba de García, Germán Vicente Torres Mesías, Alvaro Ramiro Chamorro Arcos, Gloria Oviedo de Burbano, Hernando Delgado Maya, Guillermo Rosero García, Bo-

lívar España Benavides, Hernando Enríquez Cortés, Alberto Chamorro Rivas, Ricardo Chávez Zambrano, Hermes Yekla, Edgar Varela, Manuel María Muñoz, Alvaro Medina Morillo y María Cristina Bucheli, identificados como aparece al pie de sus respectivas firmas en el memorial-poder que aparece a folios 1 y 2 del expediente y para los efectos fines consignados en el mismo.

II

En escrito presentado por el mandatario judicial de los señores arriba enumerados, se solicita la *suspensión provisional en prevención* (art. 153 del C. C. A.) de la opción 1 del Acuerdo número 42 de 6 de octubre de 1988 expedido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, que "en forma conjunta con el Consejo Seccional de la Carrera, convoca a concurso de la Carrera Judicial para ingreso o ascenso a cargos de Jueces de la República", y de la opción 1 del Acta de Acuerdo número 19 de 19 de octubre de 1988 emanado del Consejo Seccional de la Carrera Judicial de Pasto "en forma conjunta con el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto". Las nombradas opciones 1, de igual tenor en ambos actos, dicen a la letra:

> "Los aspirantes podrán inscribirse al concurso en una de las siguientes opciones:
>
> "OPCION 1: Juez escalafonado que sólo aspire a ser reelegido en su propio cargo.
>
> "....."

Estímase por procurador judicial que los actos, calificados por él como preparatorios por ser dirigidos a unos definitivos —los de elección de Jueces—, que serían ostensiblemente ilegales, porque vulnerarían los derechos de quienes ya están inscritos en el escalafón de la Carrera, dado que el Decreto-ley 52 de 1987 instituyó la estabilidad de ellos al vencimiento del período constitucional "con el derecho a ser reelegidos; y para dicha reelección se requiere no haber tenido dos calificaciones insatisfactorias (art. 51); es por eso que se dispuso la calificación, una vez por año, de los funcionarios (art. 50) y que se determine la convocatoria al vencimiento de los períodos (art. 23), para la provisión de cargos que queden vacantes por la no reelección motivada en dichas calificaciones; pero lo que está vedado es convocar a los Jueces inscritos en la Carrera a que concursen de nuevo para sus propios cargos, por la razón suficiente de que el vencimiento del período, con el establecimiento de la Carrera, no es causal de vacancia".

Igualmente plantea como causal para la suspensión provisional en prevención, la existencia de un vicio de incompetencia, por cuanto el

acto de convocatoria sólo debe emanar del correspondiente Consejo Seccional de la Carrera Judicial, por disponerlo así el ordinal 2º del artículo 17 del citado Decreto-ley 52 de 1987, precepto que se repite en el numeral 3º del artículo 8º del Acuerdo número 1 del Consejo Superior de la Administración de Justicia y se reitera en el artículo 2º del Acuerdo número 2 que adiciona la regla, determinado que el Tribunal Superior únicamente dará "instrucciones" al Consejo para la dicha convocatoria, lo mismo que por el artículo 2º del Acuerdo número 3 y por el artículo 5º del Acuerdo número 16.

Para resolver, se considera:

Han visto otras Salas Unitarias del Consejo de Estado que la denominada "suspensión provisional en prevención" (art. 153 del C. C. A.) es un incidente independiente y autónomo, no accesorio a una acción de impugnación de un acto administrativo, "porque el definitivo, una vez expedido (hipótesis del numeral 1º), estará sometido a los controles ordinarios (gubernativo y jurisdiccional); y en este último, a las reglas de suspensión contempladas en el artículo 152 del Código Administrativo; y porque en el evento de su numeral 2º, la acción que se instaura contra el definitivo que se quiere ejecutar, gobernará los efectos ejecutorios del mismo y enervará la decisión del incidente preventivo". Tal interpretación se halla, entre otros, en los proveídos de 13 de agosto de 1987, 23 de marzo de 1986 y de 4 de abril del mismo año.

Ahora bien, al tenor de lo dispuesto por el artículo 30 del Código Civil, "el contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía", agregando que "los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto". Siguiendo, pues, los nortes del método de interpretación sistemática, es de colegir que el espíritu del artículo 153 del Código Contencioso Administrativo no puede entenderse aisladamente como si no hiciera parte de un gran conjunto de normatividades, que es el Código Contencioso Administrativo adoptado mediante el Decreto-ley número 1 de 1984, y, también, de la normatividad procedimental colombiana que, con la serie de reenvíos que señala el artículo 267 de este último, se percibe claramente cómo su tendencia es formar una dinámica armónica.

Obsérvese entonces cómo los artículos 135 y 136 del Código Contencioso Administrativo enseñan que el único modo de que disponen los particulares para ocurrir ante los organismos de esta jurisdicción es por medio de las acciones previstas en el mismo, ordinarias o especiales, lo que se hace a través de una demanda en regla, dando así origen *al proceso*. Y si se leen cuidadosamente los artículos 75, 76, 77, 84, 85, 86, 87, etcétera, del Código de Procedimiento Civil, conclúyese que no otra es la tendencia del derecho adjetivo patrio en lo que

atañe a las llamadas "jurisdicciones rogadas", es decir, aquellas que no pueden actuar "de oficio".

En lo atinente a los medios de control que establece el Código Contencioso Administrativo, adviértase que tanto los actos como los hechos de la administración están sujetos a ellos y que, pese a que *por lo general, sólo los actos definitivos* pueden ser objeto de las acciones en que se impugnen (arts. 84 y 85, acción de nulidad y acción de restablecimiento del derecho, en su orden), *"excepcionalmente"* también pueden serlo *"los preparatorios, de trámite y de ejecución en los casos de los artículos* 50, 88 y *153 de este código"*.

Esta Sala Unitaria ha subrayado la anterior frase del cuarto inciso del artículo 84 para que se note cómo la normatividad en cuestión se remite al *artículo 153*, o sea, al que habla de la "suspensión provisional en prevención", de donde se deduce que ésta no es un incidente autónomo, no accesorio de una impugnación de un acto administrativo, según lo han venido entendiendo otras Salas que han decidido asuntos similares al *sub lite*. Por el contrario, para que pueda proceder una *"suspensión provisional en prevención"* es indispensable que se haga uso de una de las dos acciones definidas por los artículos 84 y 85 —bien de la nulidad, bien de la de restablecimiento del derecho— enfocando la demanda contra los actos preparatorios o de trámite "cuando se dirijan a producir un acto definitivo o ilegal que no sería susceptible de ningún recurso" (ordinal 1) o "contra los actos de ejecución cuando el definitivo no haya sido notificado legalmente, cuando los recursos interpuestos contra él no hayan sido resueltos ni siquiera en forma presunta o cuando las autoridades hayan impedido que se recurra (ordinal 2). Es más: El artículo 154, que se ocupa del procedimiento a seguir para ambas modalidades de suspensión provisional (arts. 152 y 153) cuando conoce de ellas el Consejo de Estado, dice a la letra: "En los *procesos* ante el Consejo de Estado, la solicitud de suspensión provisional se resuelve por el *sustanciador* en el mismo auto *en que la demanda se admita*. Contra la providencia que la conceda o deniega podrá ocurrirse en súplica por las partes o el Ministerio Público para ante la Sala de Decisión" (Subrayas fuera del texto).

Quepa agregar a lo anterior que en el caso de que la suspensión provisional en prevención se solicite contra actos preparatorios o de trámite, el proceso continuará hasta la sentencia definitiva, y que en el evento de que se impetre contra actos de ejecución, "el proceso y la suspensión terminará cuando se cumpla con los requisitos omitidos" (parte final del ordinal 2 del art. 153).

Dado, pues, que en el caso *in exámine*, el peticionario, a pesar de que sus mandantes le otorgaron poder para incoar la acción de restablecimiento del derecho, y la suspensión en prevención únicamente ha solicitado y sustentado esta última respecto de los actos que él llama "preparatorios"; ha de concluirse entonces, por esta Sala

Unitaria que ha de rechazarse *in límine* el escrito en cuestión, dado que, por dicha razón y las demás que se han explicado en las presentes consideraciones, se carece de jurisdicción para conocer de este asunto.

En virtud de las razones expuestas, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sala Unitaria,

Resuelve:

1º *Recházase in límine* la solicitud de suspensión provisional en prevención que se formula respecto de la opción 1 del Acuerdo número 42 de 6 de octubre de 1988 expedido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, y de la opción 1 del Acta de Acuerdo número 19 de 19 de octubre de 1988 emanada del Consejo Seccional de la Carrera Judicial de Pasto "por medio de las cuales se convoca a concurso para la provisión de cargos de Jueces en el período que se iniciará el primero de septiembre de 1989".

Devuélvanse los anexos sin necesidad de desglose.

Cópiese, notifíquese y ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente. Cúmplase.

Alvaro Lecompte Luna.

Miguel A. Perilla P., Secretario Sección Segunda.

EMPLEADOS DEL SERVICIO SECCIONAL DE SALUD. SERVICIO SECCIONAL DE SALUD.

El Jefe del Servicio Seccional de Salud tiene competencia para nombrar y remover al personal del servicio, como lo hizo en los actos acusados, conforme al artículo 5º del Decreto número 0350 de 1975, que señaló entre sus funciones la de "nombrar el personal de la sede del Servicio de acuerdo con el estatuto de personal de salud".

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., diecisiete de mayo de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

Proyectó: *Doctor Antonio José Arciniegas Arciniegas,* Abogado asistente.

Referencia: Expediente número 2673.

Actora: Ibeth Stella David Zabala.

Ibeth Stella David Zabala, por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Córdoba, contra ese Departamento y la Nación, impetrando la declaración de nulidad de las Resoluciones números 1484 y 1485 de 10 de julio de 1985, expedidas por el Jefe del Servicio Seccional de Salud de Córdoba, por las cuales se declaró insubsistente el nombramiento de la actora como Jefe de la División Administrativa de ese Servicio y se nombró en el mismo cargo a Alirio Argel Regino Otero, y la declaración de nulidad de la Resolución número 11522 de 31 de julio de 1985 del Ministerio de Salud, por la cual fueron aprobadas las anteriores resoluciones y que, como consecuencia de esas nulidades, se ordene el reintegro de la demandante al mencionado cargo, con el pago de los sueldos y prestaciones dejados de devengar más los intereses y la devaluación monetaria, declarando la no solución de continuidad de sus servicios.

Los hechos fundamentales de la acción se relacionaron en la demanda a folios 2 y 3.

En el libelo se citaron como normas violadas los artículos 181 y 182 de la Constitución Nacional; la Ordenanza número 01 de 16 de junio de 1975 y los artículos 4º, 8º, 9º, 10 y 11 del Decreto ordenanzal de la Gobernación de Córdoba número 892 de 21 de julio de 1975.

El concepto de violación se concretó como sigue:

> "...el *acto administrativo* contenido en las Resoluciones números 1484 y 1485 de 10 de julio de 1985 proferidas por el Jefe del Servicio de Salud de Córdoba, la primera por medio de la cual se declaró insubsistente a la doctora Ibeth Stella David Zabala, en el cargo de Jefe de la División Administrativa de dicho Servicio y la segunda, por la cual nombró para el mismo cargo al doctor Alirio Argel Otero y la 11522 de 31 de julio de 1985 emanada del Ministerio de Salud, por medio de la cual se aprueba las anteriores (sic), está viciada de *nulidad* por cuanto se suplantó u omitió la aprobación del Jefe de la Administración que lo es el señor Gobernador del Departamento.
>
> "Cabe anotar, que el acto administrativo por medio del cual fue nombrada la doctora Ibeth Stella David Zabala, Resolución número 4541 proferida el día 26 de diciembre de 1979 por el Jefe del Servicio de Salud de Córdoba, lleva la aprobación del Gobernador, en su carácter y como Presidente de la Junta Seccional de Salud. Como antes dije, el *acto administrativo* cuestionado en esta demanda carece de tal aprobación de consiguiente es *nulo* y así debería el honorable Tribunal declararlo para restablecer el orden jurídico turbado.
>
> "Cabe así mismo anotar, que el Decreto ordenanzal número 892 de julio 21 de 1975, lo dictó el suscrito como Gobernador del Departamento de Córdoba, para precisamente acabar con la corruptela que se había entronizado en el Servicio de Salud, el cual se había constituido como una rueda suelta de la Administración Departamental, parece que hemos vuelto a las andadas.
>
> "Consideramos que la conducta del Jefe del Servicio de Salud de Córdoba debe ser cuestionada por extralimitación y omisión de sus funciones al remitir al Ministro de Salud las resoluciones acotadas sin la debida aprobación del Jefe de la Administración, que como lo estatuye la Constitución Política, lo es el señor Gobernador y no el Ministro de Salud. La facultad aprobatoria en segunda instancia la tiene el señor Ministro de Salud en virtud de un contrato celebrado al efecto con el Gobernador del Departamento de Córdoba, contrato este de integración de salud adicionado en repetidas ocasiones" (fl. 5).

El Tribunal del conocimiento se declaró inhibido para fallar de fondo, en sentencia de 10 de marzo de 1987, por considerar que en la demanda se incurrió en la indebida acumulación de las acciones de restablecimiento del derecho y de simple nulidad, la primera contra la resolución que declaró insubsistente el nombramiento de la actora y la segunda contra la resolución de nombramiento del doctor Alirio Argel Regino Otero en el cargo que desempeñaba la actora (fls. 95-98).

Esta sentencia fue apelada por la parte actora, quien sustentó el recurso con las razones siguientes:

> "*Prima facie* se pone de presente, que estamos ante un acto administrativo de carácter complejo, aparentemente las dos resoluciones proferidas por el Director de Salud de Córdoba son diferentes y autónomas, pues *no*, ellas no surgen a la vida jurídica sin la debida aprobación por parte del Ministerio de Salud Pública, las tres *resoluciones* son partes de *un solo acto administrativo de carácter complejo*. Si solamente hubiera demandado la resolución que declaró insubsistente a la doctora David Zabala y la resolución ministerial en cuanto a su aprobación, hubiera quedado con vida el acto jurídico de nombramiento del doctor Regino Otero y así mismo coleando el acto jurídico de aprobación por parte del Ministerio de Salud, el referido nombramiento...
>
> "La sentencia recurrida desconoce la realidad procesal, no he ejercitado la acción de nulidad sino la de restablecimiento del derecho,...
>
> "No hay 'indebida acumulación de acciones que impida al Tribunal un pronunciamiento de fondo'. Solamente en la mente del ponente doctor Virgilio Muñoz Pineda, surgió la acción de nulidad supuestamente impetrada" (fls. 108 y 109).

El señor Fiscal Cuarto de la Corporación conceptuó de fondo solicitando la revocatoria de la sentencia apelada, para que se falle en el fondo denegando las súplicas de la demanda (fls. 128-130).

Cumplido el trámite de ley y no observándose causal alguna de nulidad procesal, se decide mediante las siguientes

Consideraciones:

La decisión inhibitoria apelada carece de soporte jurídico, habida consideración de que en la demanda no hubo indebida acumulación de acciones, sino ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho

persiguiendo la anulación de dos actos administrativos individualmente diferenciados y autónomos que la accionante creyó lesivos de su derecho a permanecer en el cargo del cual fue removida.

Estos actos son: a) La Resolución número 01484 de julio 10 de 1985 del Jefe del Servicio Seccional de Salud de Córdoba, declaratoria de la insubsistencia del nombramiento de la actora, aprobada por la Resolución número 11522 de 31 de julio de 1985 del Ministro de Salud; b) La Resolución número 01485 de julio 10 de 1985 del mismo Jefe del Servicio Seccional de Salud, por la cual se nombró al señor Alirio Argel Regino Otero en el cargo que desempeñaba la actora, aprobada por la Resolución número 11522 de 31 de julio de 1985 del Ministerio de Salud.

Ambos actos eran demandables por la actora, como lo fueron, con la finalidad de restablecer su derecho al cargo en el cual fue removida y reemplazada.

Consecuentemente, es procedente estudiar a continuación el mérito de las pretensiones de la demanda. En la demanda se impugnan las resoluciones citadas, argumentándose que están viciadas de nulidad "por cuanto se suplantó u omitió la aprobación del Jefe de la Administración que lo es el señor Gobernador del Departamento" (fl. 5), con violación del artículo 11 del Decreto ordenanzal 892 de 1975 que reza:

> *"Artículo 11. Del Gobierno Departamental.* El Gobierno Departamental lo constituyen el Gobernador y el Secretario del ramo en cada caso, en consecuencia ningún acto administrativo tendrá valor jurídico alguno sin las respectivas firmas.
>
> *"Parágrafo.* De la disposición anterior se exceptúan los actos administrativos que competen exclusivamente al Gobernador, o emanan de su despacho" (fl. 52).

Pero en este decreto se da tratamiento distinto al de una Secretaría y plena autonomía al Servicio de Salud de Córdoba, al conferirle la facultad de regirse por el contrato de integración.

En efecto, el artículo 10 de este decreto dispuso:

> *"Artículo 10.* El Servicio Seccional de Salud continuará funcionando de conformidad con el contrato celebrado entre el Gobierno Departamental y el Ministerio de Salud Pública, mientras se adelantan los estudios de reorganización en cumplimiento de las autorizaciones dada (sic) al Gobernador por la Ordenanza número 1 de 1975" (fl. 52).

En el contrato de constitución del Servicio de Salud de Córdoba, celebrado entre el Ministro de Salud Pública, a nombre de la Nación y, el Gobernador, a nombre del Departamento de Córdoba, el 6 de julio de 1974, adicionado el 22 de abril de 1975, se da plena autonomía administrativa en el manejo de personal al Jefe del Servicio de Salud frente al Departamento. En efecto: En la cláusula novena del contrato se establece entre las funciones del Jefe del Servicio la de "nombrar y remover y ejercer todas las demás funciones, en relación con el manejo de personal del servicio" (fl. 91) y, en tratándose de funcionarios técnicos, con estudios en salud pública, se requiere para la validez del nombramiento y remoción el ulterior visto bueno del Ministerio, lo cual fue cumplido en el caso presente con los actos acusados. La cláusula sexta del acta adicional al contrato dice: "Los nombramientos y actos de remoción de personal profesional especializado en salud pública requieren para su validez, aprobación previa del Ministerio de Salud Pública" (fl. 81).

En dichos estatutos no se dispuso la aprobación del Gobernador del Departamento sobre los nombramientos y remociones del personal del Servicio Seccional de Salud.

Además, el Jefe del Servicio Seccional de Salud tenía competencia para nombrar y remover al personal del Servicio, como lo hizo en los actos acusados, conforme al artículo 5º del Decreto número 0350 de 1975, que señaló entre sus funciones la de "nombrar el personal de la sede del Servicio de acuerdo con el estatuto de personal de salud".

Tampoco se demostró que la actora estuviera inscrita en Carrera Administrativa, ni que el señor Alirio Argel Regino Otero careciera de los requisitos legales para ejercer el cargo de Jefe de la División Administrativa del Servicio Seccional de Salud de Córdoba.

De acuerdo con lo anterior, las Resoluciones números 1484 y 1485 de 10 de julio de 1985, expedidas por el Jefe del Servicio de Salud de Córdoba, y la número 11522 de 31 de julio de 1985 del Ministro de Salud, aprobatoria de aquellas, aparecen conformes a derecho, no habiéndose demostrado que hubieran infringido las normas a las cuales debían estar sujetas, citadas en la demanda y por los conceptos de violación en ésta indicados.

No habiéndose demostrado las afirmaciones de la demanda contra los actos acusados, éstos permanecen amparados por la presunción de legalidad y debe revocarse la sentencia apelada para denegar las súplicas de la actora.

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:

Revócase la sentencia apelada.

Deniéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 12 de mayo de 1989.

Alvaro Lecompte Luna, Aydée Anzola Linares, Ausente; *Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro.*

Miguel A. Perilla P., Secretario.

DOCENTES DE CATEDRA. ESCALAFON DOCENTE.

El artículo 98 del Decreto-ley 80 de 1980 claramente define que los docentes de cátedra no tienen el carácter de empleados públicos ni el de trabajadores oficiales y que su vinculación se hace por el mecanismo del contrato de prestación de servicios. Pero es también evidente que la forma de vinculación no se presenta allí como incompatible con la condición de docente escalafonado. Muy al contrario, la norma contempla la posibilidad de que tales docentes estén inscritos en el escalafón, el cual se ha de tomar en cuenta para efectos de la remuneración.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., primero de junio de mil novecientos ochenta y nueve.

Referencia: Expediente número 2031. Unica instancia. Suspensión provisional.

Consejero ponente: *Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

Actor: Luis Andrade Ríos.

En ejercicio del contencioso de nulidad, se ha demandado el Acuerdo número 36 de julio 15 de 1985 por el cual el Consejo Superior de la Universidad del Cauca aclaró el artículo 6º del Acuerdo 83 de 10 de abril de 1980 en la siguiente forma:

"Artículo primero. El artículo 6º del Acuerdo 83 de 1980 quedará así:

"Los docentes de cátedra no pertenecen al escalafón docente, sin embargo, para su remuneración se clasificarán en categorías iguales a las de los profesores escalafonados, teniendo como criterio para equivalencia del tiempo la siguiente escala:

"Horas semanales de clase dictadas	*Vinculación reglamentaria equivalente*
"1 a 5	Tiempo parcial 10 horas
"6 a 9	Tiempo parcial 20 horas

"Artículo segundo. El presente acuerdo rige a partir de la fecha de su expedición y produce efectos de orden fiscal desde el primero (1º) de enero de mil novecientos ochenta (1980).

"Se expide en Popayán, en el salón de sesiones del honorable Consejo Superior de la Universidad del Cauca, a los quince (15) días de julio de mil novecientos ochenta y cinco (1985).

"Víctor Acosta David *Luz Helena Cajiao de Cohen*

Presidente Secretaria General"

La demanda fue admitida mediante providencia de octubre 3 de 1986, en la cual se dispuso, además, la suspensión provisional del acto enjuiciado (fls. 10-14).

Agotado el trámite de rigor y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes

Consideraciones:

Alega el accionante que el acto que demanda es violatorio del artículo 98 del Decreto-ley 80 de 1980, norma que define la categoría de los docentes de cátedra expresando que su remuneración se determinará *según su categoría en el escalafón, si la tiene*, y, por lo tanto, "reconoce el escalafón docente para estos servidores ... es decir, que el docente de cátedra tiene derecho a pertencer al escalafón —ingresar— y tiene también la posesión de su categoría en el escalafón —permanecer en él— ... O sea que, es un derecho surgido de la ley, que en manera alguna puede ser violado por norma de inferior categoría, como lo ha hecho el Acuerdo 36 de 1985" (fls. 4-9).

Para sustentar la solicitud de suspensión provisional, hizo notar cómo el artículo 98 del Decreto-ley 80 de 1980 señala que para los docentes de cátedra su remuneración se determinará *según su categoría en el escalafón*, y *sus prestaciones sociales* serán proporcionales a las establecidas para los docentes de tiempo completo, en tanto que el Acuerdo 36 que se acusa expresa que "los docentes de cátedra *no pertenecen al escalafón docente*", dejando así sin efecto lo prescrito en la ley (fls. 4-9).

En la providencia sobre suspensión provisional se dijo, entre otras cosas:

"Según se expresa en la demanda, entre las funciones del Consejo Superior de las instituciones universitarias está la de 'expedir, a propuesta del Rector, el reglamento acadé-

mico y los del personal docente, administrativo y estudiantil', de conformidad con la facultad otorgada para el efecto en el artículo 59, literal c), del citado decreto.

"...

"En el *sub lite*, el acto acusado despoja a los docentes de cátedra del derecho de acceder al escalafón tratando de modificar en ésto el artículo 6º del Acuerdo 83 de 1980, expedido por la misma institución, pero dejando vigentes las demás disposiciones, entre ellas el artículo 4º, que expresa:

" 'La remuneración del profesor de cátedra se efectuará con base en el número de horas oficialmente programadas para la asignatura del pénsum a su cargo, *de acuerdo con su categoría en el escalafón* del profesorado y la jornada ordinaria de trabajo de la respectiva unidad docente...'

"Hay en ello una evidente contradicción. Y también se presenta contradicción con la norma de superior jerarquía invocada en la demanda, la cual contempla la posibilidad de ingreso al escalafón para los profesores de cátedra" (fls. 10-14).

La norma de superior jerarquía (art. 48 del Decreto-ley 80 de 1980) invocada por el actor expresa en su primer inciso:

"Los docentes de cátedra no son empleados públicos ni trabajadores oficiales y su vinculación a la institución se hará mediante un contrato administrativo de prestación de servicios, el cual se celebrará por períodos académicos.

"Su remuneración se determinará según su cátedra en el escalafón, si la tiene, y con base en las horas efectivamente dictadas. Sus prestaciones sociales serán proporcionales a las establecidas para los docentes de tiempo completo".

Es claro, pues que la norma preinserta prevé la posibilidad de que los docentes de cátedra estén inscritos en el escalafón, mientras que el acuerdo demandado cierra las puertas a tal posibilidad al expresar en forma perentoria:

"Los docentes de cátedra no pertenecen al escalafón docente".

Cierto es que el precepto que se dice violado claramente define que los docentes de cátedra no tienen el carácter de empleados públicos ni el de trabajadores oficiales y que su vinculación se hace por el mecanismo del contrato de prestación de servicios. Pero es también evidente que la forma de vinculación no se presenta allí como incom-

patible con la condición de docente escalafonado. Muy al contrario, la norma contempla la posibilidad de que tales docentes estén inscritos en el escalafón, el cual se ha de tomar en cuenta para efectos de la remuneración.

En cambio, el acuerdo enjuiciado corta a cercén toda posibilidad de que el docente esté escalafonado. Quizás no fue éste el propósito del Consejo Superior sino más bien el de señalar que la vinculación por cátedra no da derecho a escalafonamiento en esa Universidad: Si tal es el caso, así debió decirlo.

Por otra parte, cómo podría compaginarse esta exclusión planteada en términos perentorios con la previsión del artículo 4º del Acuerdo 83 de 1980 de que "la remuneración del profesor de cátedra se efectuará ... de acuerdo con su categoría *en el escalafón* del Profesorado"?

Téngase en cuenta que la referencia que aquí se hace al escalafón es solamente para efectos de determinar la remuneración, lo cual armoniza perfectamente con la norma invocada, que tiene el mismo sentido e idéntico alcance, sin duda alguna. En tal virtud, la exclusión del escalafonamiento en el acto acusado, está fuera de lugar.

Dijo, a este respecto, el señor Fiscal Cuarto de la Corporación:

> "En el entendimiento de esta Fiscalía son suficientes los razonamientos expresados como soporte motivo de la providencia que decretó la suspensión provisional de la norma acusada para llegar a la conclusión de que ésta debe ser declarada nula, pues resulta evidente, de manera palmaria, el desbordamiento del contenido del artículo 98 del Decreto-ley 80 de 1980 por el texto del artículo 1º del Acuerdo 36 de julio 15 de 1985. Basta el cotejo de las dos normas para que aparezca de manera relevante la contradición de la del acuerdo de la de ley: mientras ésta permita el escalafón de los docentes cuando expresa respecto a ellos '...su remuneración se determinará según su categoría en el escalafón si la tiene...', aquélla estatuye que 'los docentes de cátedra no pertenecen al escalafón docente...'
>
> "No se requiere, entonces, abundar en análisis adicional, para que esta Agencia del Ministerio Público llegue a la conclusión de que el pedimento formulado en el libelo inicial en el sentido de declarar la nulidad del Acuerdo número 36 de 15 de julio de 1985, tiene vocación de prosperidad" (fl. 47).

Estima la Sala que estos planteamientos se ajustan a derecho y que, por lo mismo, es el caso de acceder a la pretensión del demandante.

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 la nulidad del Acuerdo número 36 de julio 15 de 1985, expedido por el Consejo Superior de la Universidad del Cauca.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 22 de mayo de 1989.

Alvaro Lecompte Luna, Aydée Anzola Linares, Ausente; *Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro.*

Miguel A. Perilla P., Secretario.

ACTO DE EJECUCION.

Siendo de ejecución el acto acusado, cuya existencia jurídica es transitoria, de los que de denominan internos de la administración y que se cumplen cada mes, no es susceptible de control jurisdiccional.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., veintinueve de junio de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja.*

Expediente número 1119.

Actor: José Jesús Laverde Ospina.

Decide la Sala la apelación interpuesta por el actor contra el auto de 15 de diciembre de 1988 proferido por el Tribunal Administrativo del Quindío, por medio del cual se inadmitió la demanda por no haberse enmendado el defecto anotado conforme a las previsiones del artículo 143 del Código Contencioso Administrativo, dentro de término concedido para el efecto, consistente en la falta de la constancia de publicación del acto acusado, es decir, del acuerdo mensual de gastos de octubre de 1988.

Fundamentos del recurso:

Expone el recurrente que tal exigencia del *a quo* no tiene respaldo normativo y por lo mismo no obliga su presentación. Para probar su afirmación aporta una certificación de la misma entidad demandada —Caja Departamental de Previsión Social del Quindío—, en la cual se hace constar lo siguiente: "Que los acuerdos mensuales de gastos son actos internos de ejecución inmediata, que afectan el presupuesto aprobado para la vigencia respectiva en doceavas (12) partes, por lo tanto no son sometidos a publicación en la Gaceta Departamental y por lo tanto se reitera que su ejecución es inmediata dentro del respectivo mes para el cual ha sido expedido" (fl. 23).

Por otra parte expone el apelante la extrañeza que le causa el hecho de haberse cambiado la fecha del auto por el cual se resolvió la reposición interpuesta contra el auto que no dio curso a la demanda y se ordenó corregir los defectos antes anotados, en el cual aprecia que la fecha inicial era de noviembre primero y se borró para colocar la de diciembre primero, no obstante haberse notificado con la fecha inicial, y solicita sean sometidos a un peritazgo grafológico con el objeto de comprobar su aseveración.

Consideraciones de la Sala:

El acto acusado en acción de nulidad —acuerdo mensual de gastos para el mes de octubre de 1988—, como lo expresa la certificación aportada por el apelante, es un acto de ejecución, y por lo mismo, no es susceptible de control jurisdiccional conforme lo reglado en el inciso 4º del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, el cual establece las excepciones allí consagradas, atinentes a los artículos 50, 88 y 153 *ibídem*, que no son del caso aplicar aquí.

Se trata de un simple acto de ejecución cuya existencia jurídica es transitoria, es decir, tiene vigencia sólo por un tiempo determinado; de los que se denominan internos de la administración y que se cumplen cada mes, los cuales no requieren de la publicación exigida equivocadamente por el Tribunal.

Por consiguiente la demanda no es admisible; no por la circunstancia anotada por el Tribunal sino porque el acto acusado no era susceptible de control por esta jurisdicción como se dijo al principio. La inadmisión proviene entonces de la naturaleza del acto, y en todo caso por el decaimiento del mismo (art. 66, C. C. A.) en virtud, de haberse agotado plenamente al vencimiento del mes respectivo.

En cuanto al dictamen grafológico solicitado por el apelante, en relación con la fecha de un auto del Tribunal es cuestión totalmente improcedente, sobre todo en esta instancia.

Por lo anteriormente expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

Resuelve:

Confirmar el auto apelado.

Ejecutoriado el presente proveído, vuelva el 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 veintinueve de junio de mil novecientos ochenta y nueve.

Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Con aclaración de voto; *Samuel Buitrago Hurtado,* Con aclaración de voto; *Simón Rodríguez Rodríguez,* Con aclaración de voto.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

ACTO ADMINISTRATIVO (Aclaración de voto).

Las disposiciones especiales aplicables al caso no hacen cosa distinta de señalar pautas destinadas a la configuración de un acto administrativo de trascendental importancia para el buen funcionamiento presupuestal, y por ende económico, de los departamentos. Es indiscutible la naturaleza de acto administrativo completo que ostenta el denominado "acuerdo mensual de gastos". La inadmisión de la demanda debe mantenerse pero porque el acto perdió su vigencia, por agotamiento de su contenido.

Magistrado ponente: *Doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja.*

Referencia: Expediente número 1119.

Actor: José Jesús Laverde Ospina.

Los suscritos Consejeros nos permitimos aclarar el voto en los siguientes términos referidos a la parte motiva de la providencia en mención:

Cuando se produjo el acto acusado (acuerdo mensual de gastos —mes de octubre de 1988—, con destino a la Caja de Previsión Social del Quindío), regían las disposiciones del Decreto-ley 294 de 1973 y por tanto, en virtud de lo dispuesto por el artículo 8º de aquel Estatuto, para el caso presente se aplican las normas del Decreto 2407 de 1981, sobre elaboración, presentación y ejecución de los presupuestos departamentales. Ese decreto dedica 20 de sus artículos (del 60 al 79) a regular todo lo relativo a la ordenación de gastos y específicamente se refiere en varios de ellos al "acuerdo mensual de gastos", indicando cómo él es indispensable para mantener el equilibrio presupuestal, cuál es su contenido, término dentro del cual debe ser expedido y necesidad de su refrendación por parte de la Contraloría Departamental. Todas esas normas, desde el punto de vista estrictamente jurídico no hacen cosa distinta de señalar pautas destinadas a la configuración de un "acto administrativo" de trascendental importancia para el buen funcionamiento presupuestal, y por ende económico, de los departamentos.

La lectura de los artículos 61 y 70 son demostrativos de la indiscutible naturaleza de acto administrativo completo que ostenta el denominado "acuerdo mensual de gastos". En efecto, el primero, que trata del contenido del acuerdo, dispone que éste tenga dos secciones: Una para los gastos que se cancelen con el producto de las rentas y los recursos del balance del tesoro, y otro para las apropiaciones que deban atenderse con los fundos provenientes de empréstitos. Y agrega el inciso segundo:

"A fin de garantizar el equilibrio presupuestal, sin perjuicio del normal cumplimiento de los programas, los acuerdos mensuales de ordenación de gastos se someterán a las siguientes normas: ...E indica con rigorismo, ocho de ellas".

A su turno, el artículo 70 atribuye a la Contraloría facultad de objeción sobre los acuerdos cuando éstos no se ciñan a la reglamentación contenida en el estatuto legal, lo cual evidencia un control fiscal destinado a garantizar que el contenido del acuerdo responda a las exigencias que las normas legales establecen y regulen la aplicación de las disposiciones presupuestales, siguiendo los principios estampados en la respectiva ordenanza presupuestal. Ese es, pues, un acto administrativo. Lo que ocurre con él es que se halla sujeto a un control fiscal previo, expreso o presunto, según la actividad que despliegue la Contraloría, sin el cual la administración no puede llevar a cabo su respectivo programa de gastos, control que, efectuado da lugar a la ejecución inmediata del acuerdo, sin más trámites.

En el caso de autos, la providencia materia de esta aclaración de voto es correcta y la inadmisión de la demanda debe mantenerse, pero por una razón distinta a la consignada en la parte motiva del auto de segunda instancia: El acto administrativo contenido en el acuerdo mensual de gastos del mes de octubre de 1988 perdió su vigencia (C. C. A., art. 66, numeral 5), por agotamiento de su contenido, como lo acepta expresamente el actor en el escrito por medio del cual interpone el recurso de apelación contra el auto inadmisorio de la demanda dictado por el *"a quo"*, y lo prueba mediante certificación del Gerente de la Caja de Previsión Social del Quindío, agregada con otro fin, que dice: "...los acuerdos de gastos son actos internos de ejecución inmediata, que afectan el presupuesto aprobado para la vigencia respectiva en doceavas partes, por lo tanto no son sometidos a publicación en la Gaceta Departamental, y por tanto se reitera que su ejecución es inmediata dentro del respectivo mes para el cual ha sido expedido" (fl. 14).

De manera que, como se ha dicho, por agotamiento del acto y de conformidad con los principios sobre pérdida de fuerza ejecutoria consagrados en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo,

debe concluirse que, si bien se trata en este caso de la acusación contra un acto administrativo, tal demanda no puede tener curso legal.

Bogotá, D. E., veintiocho de julio de mil novecientos ochenta y nueve.

Samuel Buitrago Hurtado, Simón Rodríguez Rodríguez, Guillermo Benavides Melo.

TITULO IV

ORDEN MUNICIPAL

CAPITULO I

CONCEJOS MUNICIPALES

CONTRIBUCION DE VALORIZACION. FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL.

No puede el Concejo Municipal establecer una obligación para financiamiento de las obras "como impuesto de valorización", sin violar el artículo 1º del Decreto 1604 de 1966; ni establecer la contribución en forma general e indiscriminada a cargo de toda la ciudad", ni "con base en el avalúo catastral" porque la esencia del sistema indica que debe hacerse con base en el beneficio individual de los predios.

No puede el Concejo Municipal establecer la contribución en forma general e indiscriminada a cargo de "toda la ciudad", ni "con base en el avalúo catastral" porque la esencia del sistema indica que debe hacerse con base en el beneficio individual de los predios.

Ordena suspender provisionalmente el artículo 3º del Acuerdo número 29 de 1982 (diciembre 7) expedido por el Concejo Municipal de Cartagena por cuanto ordenó pagar a "toda la ciudad" el costo de las obras de ampliación de la Avenida Pedro de Heredia y otras, "como impuesto de valorización con base en el avalúo catastral".

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., veinte de enero de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente número 0384. Apelación interlocutorios. Auto.

Actor: Rosa Ignacia Martínez de Vergara.

Una vez reconstruido el expediente original, que fue destruido en el nefando asalto al Palacio de Justicia en noviembre de 1985, la Sala procede a resolver el recurso de apelación contra el auto de 1º

de febrero de 1985 dictado por el Tribunal Administrativo de Bolívar en cuanto no accedió a decretar la suspensión provisional del artículo 3º del Acuerdo número 29 de 1982 (diciembre 7), de la ciudad de Cartagena.

El acto acusado hace parte del acuerdo de autorización dada al Alcalde para pignorar unas rentas municipales y para acometer unas obras. El artículo 3º dispone:

> "El costo de las obras de ampliación de la Avenida Pedro de Heredia, Avenida Pedro Romero hasta el Paseo de Bolívar, Crisanto Luque y Jacobo del Valle Recuerdo, lo pagará toda la ciudad como impuesto de valorización con base en el avalúo catastral".

El actor de una larga lista de disposiciones que consideró violadas, concretó su solicitud de suspensión en los artículos 2, 4 y 5 del Decreto 862 de 1956; los artículos 1º a 9º del Decreto 1604 de 1966 y el Acuerdo 41 de 1971 (orgánico de la Valorización en Cartagena) que el Tribunal transcribió y examinó para concluir que no existía contradicción con el artículo 3º materia de acusación bajo la consideración de que las manifestaciones hechas por la parte actora (respecto al estudio de la plusvalía previo al cobro y a que se impuso con base en el avalúo catastral) no están respaldadas con prueba alguna, siendo necesario "esperar a que se abra el debate probatorio para que dentro de él se demuestre que no se dio cumplimiento a lo dispuesto por las normas que se dicen violadas".

El señor apoderado del Municipio respalda esta interpretación y el actor amplía su concepto apoyado en el estatuto de valorización municipal contenido en el Acuerdo 41 de 1971 (septiembre 6).

Se considera:

En el segundo inciso del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo se dan los presupuestos para ordenar la suspensión provisional: "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".

Hay diferencia con el inciso tercero en que al referirse a acciones distintas a las de nulidad, debe comprobarse el perjuicio actual o potencial.

En el presente caso el actor calificó su acción como de nulidad y así lo aceptó el Tribunal, pues de otra manera sería inadmisible por incumplimiento de los requisitos de la acción individual del restablecimiento del derecho.

Por tratarse de acción de simple nulidad, no fundó la solicitud de suspensión en hechos que sería necesario comprobar, sino en la comparación del contenido normativo del acuerdo del Concejo Municipal con el del Estatuto de Valorización contenido en las diversas disposiciones legales que allí se citan y analizan en exposición un tanto desordenada.

Pero la esencia de la demanda y del alegato del actor se resumen en que la citada orden del artículo 3º del Acuerdo 29 de 1982, contradice "todas las normas legales de valorización vigentes, al crear una contribución de valorización especialísima para toda la ciudad de Cartagena, con base en el avalúo catastral".

Sin que sea necesario examinar todas las normas legales que rigen la materia, es suficiente considerar que comparada la norma acusada con algunas de las que gobiernan esta materia existe contradicción evidente en los siguientes aspectos:

1º No podía el Concejo Municipal establecer una obligación para financiamiento de las obras "como *impuesto* de valorización" sin violar el artículo 1º del Decreto 1604 de 1966 que ordenó que "en adelante se denominará exclusivamente *contribución* de valorización".

Y tampoco podía ni denominarse ni establecerse como "impuesto" amparado en el artículo 43 de la Constitución, como lo afirma el defensor del Municipio, porque sabido es que tal artículo no le da autonomía impositiva a los municipios, los cuales están subordinados a lo que les permita la ley y las ordenanzas departamentales según lo dispone el ordinal 2º del artículo 197 de la Constitución Nacional.

2º Podía si establecerse como "contribución de valorización" para lo cual goza de facultades conforme a los artículos 16, 17 y 18 del Decreto 1604 de 1966 y al Estatuto Municipal para Cartagena contenido en el Acuerdo 41 de 1971.

3º Como contribución de valorización no podía el Concejo establecerla en forma general e indiscriminada a cargo de "toda la ciudad" como dice la norma acusada.

Esta expresión que abarca en forma indiscriminada un gravamen a cargo de las zonas rurales por obras localizadas en el sector urbano, contradice al artículo 1º del citado Decreto 1604 de 1966 que limita los sujetos a "las propiedades raíces que se beneficien con la ejecución de obras de interés local", norma que tiene su desarrollo en el artículo 2º del Acuerdo 41 de 1971 (Régimen General de Cartagena), conforme al cual "la contribución de valorización se exigirá a los propietarios de bienes raíces que se beneficien con la ejecución de las obras" y éstos deben precisarse dentro de las llamadas zonas de influencia para lo cual están determinados los procedimientos legales y técnicos. La imposición indiscriminada a cargo de "toda la ciudad", resulta ilegal.

4º Y, finalmente, la expresión del acusado artículo 3º que se pagará "con base en el avalúo catastral" también es contraria a las normas legales y reglamentarias que han conservado como esencia del sistema que la distribución se haga con base en el *beneficio* individual de los predios, según la fórmula consagrada en el artículo 9º del Decreto 1604: "Para liquidar la contribución de valorización se tendrá como base impositiva el costo de la respectiva obra, *dentro del límite del beneficio que ella produzca* a los inmuebles que han de ser gravados,..." (subraya la Sala).

Por ello, mal puede servir de base de distribución el avalúo catastral.

Por las consideraciones anteriores el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

Resuelve:

Revócase el numeral 1º del auto de 1º de febrero de 1985 dictado por el Tribunal Administrativo de Bolívar y en su lugar ordénase la suspensión provisional del artículo 3º del Acuerdo número 29 de 1982 (diciembre 7) expedido por el Concejo Municipal de Cartagena.

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, Ausente; *Jaime Abella Zárate, José Ignacio Narváez García, Carmelo Martínez Conn.*

Jorge A. Torrado T., Secretario.

CONCEJO MUNICIPAL. Prohibiciones. VIA PUBLICA. Encerramiento.

Le está vedado al Concejo Municipal facultar el encerramiento previsto en el acuerdo demandado, en que se incluyen vías públicas. No le está dado tampoco a las autoridades enajenarlas, ni reducirlas, ni permitir ocupación permanente. Confirma la NULIDAD del Acuerdo 08 de 1983 expedido por el Concejo Municipal de Purificación (Tolima).

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., enero veintiocho de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Simón Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Proceso número 724.

Demandante: Luis Angel Martínez Sendoya.

Se decide el recurso de apelación interpuesto, por el Municipio de Purificación (Tolima) mediante procurador judicial, contra la sentencia de julio 31 de 1987, del Tribunal Administrativo del Tolima, dentro del proceso de nulidad del Acuerdo número 008 de 1983, expedido por el Concejo Municipal de Purificación (Tolima).

Para decidir en torno del recurso intentado, se procede a un examen completo de los antecedentes procesales, análisis que se hace en los siguientes términos:

La demanda:

El señor Luis Angel Martínez Sendoya actuando en su propio nombre, demandó la nulidad del Acuerdo 008 de 1983, del Concejo Municipal de Purificación (Tolima), Alcalde Municipal que es del siguiente tenor:

"ACUERDO NUMERO 008 DE 1983
"(mayo 10 de 1983).

"Por medio del cual se dan unas atribuciones al Alcalde y se dictan otras disposiciones.

"EL CONCEJO MUNICIPAL DE PURIFICACION TOLIMA, en uso de sus atribuciones legales que le confiere el artículo 197, numeral 1º de la Constitución Nacional, la Ley 97 de 1913 y numeral 18 del artículo 169 de la Ley 30 de 1969, y

"CONSIDERANDO:

"1. Que las leyes antes citadas autorizan a los Concejos Municipales para disponer lo conveniente acerca de la manera como debe hacerse uso de los terrenos comunales de los municipios.

"2. Que la empresa de *'parador turístico Villa de Las Palmas'*, es la obra de mayor embergadura (sic) y de beneficio para los pueblos aledaños a Purificación, que se haya construido en esta región ya que complementa el 'Complejo Turístico de la Represa de Hidro Prado', que es desde todo punto de vista insuficiente para atender la gran afluencia turística nacional de que goza esta región.

"ACUERDA:

"ARTICULO PRIMERO: Autorízase al Alcalde para determinar el tramo alinderado así: Por el Oriente, con el Parador Turístico Villa de las Palmas; por el Occidente, con el mismo Parador Turístico Villa de las Palmas; por el Norte, *con calle pública* y por el Sur, también con *calle pública,* lo aquí alinderado tiene una extensión de 40,00 metros de largo por 6,00 metros de ancho, ubicado en la parcelación Laguna de los Patos de este Municipio, con efecto de encerramiento con el fin de prestar mejores servicios al 'Parador Turístico Villa de las Palmas' Zona de gran afluencia Turística Nacional, Departamental y Municipal (se subraya).

"ARTICULO SEGUNDO: El Ejecutivo Municipal queda ampliamente autorizado para llevar a efecto lo ordenado en el presente Acuerdo. Gozará de estas atribuciones por el término de seis (6) meses a partir de la fecha de la sanción del acuerdo por parte del Alcalde Municipal.

"ARTICULO TERCERO: El Alcalde queda facultado para hacer los movimientos presupuestales que sean necesario (sic) del caso.

"ARTICULO CUARTO: Este Acuerdo rige a partir de la sanción gubernamental.

"ADOPCION: El anterior proyecto, fue adoptado como Acuerdo por el honorable Concejo Municipal de Purificación, en su sesión ordinaria el día 6 de mayo de mil novecientos

ochenta y tres (1983), una vez surtidos los tres debates reglamentarios.

"El Presidente del Concejo, *Ricardo Villegas Ruenes.*

"La Secretaria, *Hermilda Ortiz Gaitán".*

Fundamentó su pretensión en los siguientes hechos:

Primero: A iniciativa del Alcalde Municipal, el día 16 de abril de 1983, se presentó un proyecto de acuerdo de autorizaciones, para la modificación del plano urbanístico de la parcelación "Laguna de los Patos" y la concesión de la facultad de sellar una calle de aproximadamente cincuenta (50) metros de longitud que separa las dos construcciones del Parador Turístico Villa de las Palmas. El proyecto se sometió entonces a los debates de ley y luego de expedido se pudo constatar que disponía el "encerramiento" de un tramo que determinó el actor en debida forma. Luego el acuerdo fue sancionado por el Alcalde Municipal.

Segundo: El propietario del Parador Turístico Villa de las Palmas, llevó a cabo el sellamiento de la calle pública intermedia entre las construcciones del Parador, con muro de ladrillo, impidiendo así el paso de los vecinos de la parcelación "Laguna de los Patos" y la siembra de plantas ornamentales en las márgenes oriental y occidental de la vía sellada; el área que según el demandante hacía parte de la vía pública accedió a la propiedad del dueño del Parador.

Como fundamentos de derecho de las pretensiones, señalamiento de las normas violadas y el concepto de la violación el actor especialmente destacó los someramente referidos como enseguida se hace:

1º Según la Constitución Política, la soberanía reside esencial y exclusivamente en la Nación, de la cual emanan los poderes públicos que deben ejercitarse en los términos que la misma Constitución establece; los funcionarios incurren en responsabilidad por violación de la ley, por extralimitación de funciones y por omisión con ocasión de su ejercicio.

2º Las atribuciones de los Concejos Municipales son taxativas y deben ejercerse conforme a la ley.

3º El acuerdo acusado quebrantó preceptos constitucionales y legales porque:

Dispuso de una vía de uso público en provecho de un particular, contra expresa prohibición legal (Ley 4ª de 1913, arts. 208 y 338).

Los propietarios del Parador Turístico Villa de las Palmas quienes, según la demanda resultaron beneficiados con el mandato del

acuerdo demandado, procedieron a tomar la zona de vía pública para unir dos tramos de la edificación que antes aquella separaba.

Es facultad de los Concejos Municipales proveer en relación con la planeación municipal y para ello disponen de las facultades necesarias para tales fines.

Es obligación del Alcalde Municipal llevar a cabo la restitución de toda zona de terreno que un particular haya ocupado, o usurpado, a las vías públicas urbanas o rurales.

La conducta irregular pública por las prohibiciones antes mencionadas pueden dar lugar a las siguientes situaciones penales:

1. Prevaricato por acción, cuando se profiere decisión manifiestamente ilegal.

2. Prevaricato por omisión, cuando el funcionario deja de actuar como le corresponde legalmente.

3. Abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto.

Y para el actor hubo de parte de las autoridades administrativas involucradas las siguientes conductas censurables:

Violación de la ley, porque las vías públicas no pueden enajenarse ni reducirse en ningún caso.

Incompetencia, porque las facultades legales del Concejo Municipal sólo se relacionan con el trazado, apertura o ensanche de las vías públicas, pero en el caso de autos se llegó incluso hasta la supresión, inutilización o privatización de una vía pública, que es competencia exclusiva de las autoridades del orden nacional.

Falsa motivación, porque las consideraciones previas al acto de resolución del acuerdo acusado no corresponden a los que debían haberse tenido en cuenta si se hubiera conformado con las previsiones legales; a las claras se buscaba únicamente beneficiar a algunas personas particulares con perjuicio de los intereses comunitarios de la vecindad municipal; a lo anterior agrega la irregularidad del acuerdo acusado en citar una disposición que no existe como es el artículo 169 (sic) de la Ley 30 de 1969, que únicamente consta de doce (12) artículos.

La sentencia apelada:

El Tribunal Administrativo del Tolima, por sentencia de julio 31 de 1987, acogió las pretensiones del actor previas las siguientes consideraciones:

1ª El acuerdo acusado permitió que un particular, con la complacencia de las autoridades municipales, sellara una zona correspondiente a vía pública y la ocupara con fines y usos que a él solo le interesaban; con lo anterior el Tribunal estimó que se habían quebrantado normas de carácter constitucional y legal que se relacionan con la garantía de la propiedad privada pero también con la inalienabilidad de los bienes de uso público.

2ª La prueba pericial decretada dio lugar a que se dijera en el experticio que es un hecho cierto la existencia de la calle, si se tiene en cuenta las observaciones del Juzgado que llevó a cabo la diligencia de inspección judicial y el plano facilitado por el señor Personero Municipal, "aunque existe una proyección de calle que no cumple con ciertas especificaciones para darle una verdadera categoría de calle, como son su ancho de vía" (fl. 73 del cuaderno número 1).

3ª Por la práctica de la inspección se pudo comprobar que, por el dicho de los peritos, se hace necesario el despeje de dicha vía, "ya que si este despeje no ocurre los residentes del barrio La Gaitana ('Laguna de los Patos', según el actor) tendrían necesidad de recorrer prácticamente dos cuadras para proceder a llegar a la vía central" (fl. 74 del cuaderno número 1).

4ª En síntesis, procesalmente se comprobó que existen cerramientos de ladrillo en la proyectada calle que va en medio de dos bloques que conforman el establecimiento comercial Parador Turístico "Villa de las Palmas", con lo cual se halla en la actualidad obstruida o cerrada y que es imperioso despejarla para llegar al centro de la ciudad, "sin los largos e incómodos rodeos que ahora tienen que realizar, y teniendo en cuenta el desarrollo y progreso en cuanto a construcción y poblamiento de dicho sector" (fl. 75 del cuaderno número 1).

5ª El Acuerdo número 008 de 1983, proferido por el Concejo Municipal de Purificación (Tolima) violó la ley pues las vías públicas no pueden enajenarse ni reducirse en ningún caso; y de otra parte, que los Concejos Municipales solamente están autorizados para trazar, abrir o ensanchar las calles de las poblaciones, por tanto el honorable Concejo Municipal de Purificación se excedió en sus funciones al autorizar el cierre de la vía cuestionada, por medio del acuerdo impugnado (fl. 76 del cuaderno número 1).

Con base en las anteriores consideraciones, el Tribunal decidió anular el acto administrativo acusado, atendiendo así a las súplicas de la demanda.

El recurso de apelación:

El Municipio de Purificación (Tolima), por apoderado judicial, intenta contra la sentencia del Tribunal, recurso de apelación que basa en las siguientes consideraciones:

1ª Según el apelante lo que se debate en el proceso anulatorio es la legalidad formal del Acuerdo número 008 de 1983, del Concejo Municipal de Purificación (Tolima) porque la supuesta autorización que él contiene no tuvo ningún desarrollo práctico sobre el área supuestamente afectada con el cerramiento del paso para determinadas personas.

2ª El Código de Régimen Político y Municipal, que el actor señaló como norma violada, no lo fue efectivamente, según sus palabras, "por lo menos al momento de proferir el fallo, como quiera que las normas de la Ley 4ª de 1913 (Código de Régimen Político y Municipal) han dejado de tener vigencia y las contenidas en el nuevo estatuto de Régimen Municipal nada dicen sobre prohibición a los Concejos Municipales de autorizar cerramiento ni reducción, como sí lo establecían los artículos 208 y 338 de la mencionada Ley 4ª de 1913. Y el artículo 40 del nuevo Código de Régimen Municipal atribuye a los Concejos Municipales las facultades para disponer '...lo conveniente sobre trazado, apertura, ensanchez (sic) y arreglo de las calles de las poblaciones y caseríos' ".

3ª No es cierto que se haya autorizado el cierre de una vía pública aunque agrega que si lo hubo, la calle no era aún vía pública y consecuencialmente "de bienes de la Unión".

4ª La ausencia en el proceso de licencia de la urbanización "Laguna de los Patos", o "La Gaitana", como se llama el proyecto en la actualidad da como resultado que se trata sólo de loteos no aprobados aún por las autoridades municipales, y que los aspectos involucrados sólo pueden ser materia de regulación por las normas civiles.

5ª El acuerdo anulado es inocuo "porque no recae sobre la precisa materia de disponer de vías públicas, toda vez que el cerramiento que se considera como tal no tiene la calidad de bien de la Unión, de uso público pues como ya se vio se trata de una urbanización privada cuyas obras de urbanismo no habían sido aún entregadas formalmente al patrimonio de la municipalidad" (fl. 80, cuaderno principal).

Concepto del Ministerio Público:

Concedido y tramitado el recurso de apelación en debida forma, el honorable Fiscal Primero ante esta Corporación descorrió el traslado expresando que en relación con el régimen legal aplicable no cabe duda era la Ley 4ª de 1913, antiguo Código de Régimen Político y Municipal y no el Decreto-ley 1333 de 1986, estatuto este que fue expedido mucho después de haberse producido el acto administrativo acusado. En lo que hace al cargo de no ser pública la zona en cuestión el señor Fiscal sugiere acudir a la diligencia de inspección judicial decretada y practicada en la primera instancia para comprobar que

tradicionalmente la zona en cuestión ha sido considerada como una vía pública, si se tiene en cuenta que ese sector municipal se halla en proceso de desarrollo. Además, agrega, fue evidente que las necesidades de la comunidad hacen imperioso que sea una vía de fácil acceso para todos y que nada justifica que mediante la decisión administrativa demandada se pretenda favorecer a un particular en detrimento de los intereses comunitarios. Concluye recomendando la confirmación de la decisión apelada pues los autos dejan comprobada la ilegalidad de la decisión de cuya acusación se trató.

Consideraciones de la Sala:

Las calles son bienes de uso público, según la definición del artículo 674 del Código Civil y por ello están fuera del comercio, son inenajenables e imprescriptibles (art. 2519 *ibídem*).

Previenen los artículos 208 y 338 de la Ley 4ª de 1913:

> "Artículo 208. Las vías, puentes y acueductos públicos no podrán enajenarse ni reducirse en ningún caso. Toda ocupación permanente que se haga de estos objetos es atentatoria a los derechos del común, y los que en ello tengan parte serán obligados a restituir, en cualquier tiempo que sea, la parte ocupada y un tanto más de su valor, además de los daños y perjuicios de que puedan ser responsables".
>
> "Artículo 338. Ninguna autoridad podrá conceder permiso para encerrar dentro de cercados u ocupar con cultivos o habitaciones porción alguna de las vías públicas".

Arguye el apelante que el Código de Régimen Municipal o sea, el Decreto 1333 de 1986 que sustituyó a la Ley 4ª de 1913 no contiene la prohibición expresada en los textos pretranscritos, luego no es dable aplicarlos.

Observa la Sala:

Primeramente debe decirse que el Acuerdo número 008 se dictó en plena vigencia de la Ley 4ª de 1913, luego no es sensato alegar la aplicación de un ordenamiento expedido con posterioridad, esto es, el Código de Régimen Municipal.

De otro lado, dispone el artículo 385 del Decreto 1333 que "conforme a lo dispuesto en el artículo 76, literal b) de la Ley 11 de 1986, están derogadas las normas de carácter general sobre *organización y funcionamiento* de la Administración Municipal no codificadas en este estatuto" (se subraya).

Así que los artículos 208 y 338 de la Ley 4ª, que no se refieren a la organización y funcionamiento del Municipio no caen dentro de la órbita de lo derogado y continúan vigentes.

De tal suerte que a términos de dichos preceptos al Concejo le estaba vedado facultar el encerramiento previsto en el Acuerdo 008 de 1983, acusado, en que se incluyen vías públicas según se lee expresamente en su artículo 1º. No le es dado tampoco a las autoridades enajenarlas, ni reducirlas ni permitir ocupación permanente.

Al haber procedido en contra de tal prohibición, debe anularse dicho acuerdo, tal como lo resolvió el *a quo*.

Además, a través de la inspección judicial practicada en el lugar donde se levanta el "Parador Turístico Villa de las Palmas", con intervención de peritos, se pudo comprobar fehacientemente el cerramiento y obstrucción de que han sido objeto las vías públicas a que se refiere el Acuerdo 008, de lo cual obviamente se deriva —como se pudo constatar— también, que está entorpecido el paso normal de los transeúntes por ellas, desvirtuándose así su destino normal, que es el uso común de todos los ciudadanos, en desmedro del bien de la comunidad (fls. 36 a 60 del cuaderno del Tribunal).

Debe resaltarse además el siguiente hecho: Con la sola autorización ahora cuestionada y encontrada ilegal, se procedió, según lo verificado en la inspección judicial, a efectuar el cerco en cuestión, y sin que mediara al menos el acto del Alcalde —no aparece prueba de ello en el proceso— que desarrollara tal autorización como lo disponía el Acuerdo. Es decir que se fue actuando por el camino del medio y se procedió "por la derecha" como se diría gráficamente en el lenguaje popular. Obviamente que una actuación del Alcalde en tal sentido también sería ilegal por las razones anotadas.

Por último anota la Sala que no puede servir de sustento al proceder injurídico del Concejo el artículo 40 del Decreto 1333 de 1986 que a su vez es reproducción textual del artículo 4º de la Ley 97 de 1913, conforme al cual corresponde a dichos entes "disponer lo conveniente sobre trazado, apertura, ensanche y arreglo de las calles de las poblaciones y caseríos, y conceder permiso para ocuparlas con canalizaciones subterráneas y postes para alambres y cables eléctricos, rieles para ferrocarriles, torres y otros aparatos para cables aéreos y en general con accesorios de empresas de interés municipal", ya que del simple contenido de este proyecto se deduce que nada tiene que ver con la situación anómala a que preveyó el Acuerdo número 008.

En suma: El Tribunal estuvo acertado en su decisión y por ello habrá de sostenerla esta superioridad.

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 apelada de 31 de julio de 1987 dictada por el Tribunal Administrativo del Tolima.

2º Envíese texto de esta providencia al señor Alcalde del Municipio de Purificación (Departamento del Tolima), al señor Presidente del Concejo Municipal y a la Personería Municipal.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia que el presente fallo fue discutido y aprobado en sesión de veintiséis (26) de enero de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

Luis Antonio Alvarado Pantoja, Ausente; *Samuel Buitrago Hurtado, Guillermo Benavides Melo, Simón Rodríguez Rodríguez.*

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

ACCION DE NULIDAD. ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.

Dado que el interés para pedir la nulidad del Acuerdo municipal en virtud del cual se ordena ceder a título gratuito acciones de la municipalidad en una sociedad comercial, la tienen los ciudadanos que intentan con su acción el amparo del orden jurídico transgredido, la acción es la de simple nulidad y no la de restablecimiento del derecho.

BIENES MUNICIPALES. DONACION. Improcedencia.

Según el parágrafo del artículo 455 del Código Fiscal del Departamento del Valle del Cauca, se prohíbe a los municipios la donación de bienes municipales, trátese de muebles o inmuebles.

Decreta la NULIDAD del Acuerdo número 020 de septiembre 5 de 1985 expedido por el Concejo Municipal de El Cerrito (Valle).

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., catorce de febrero de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja.*

Expediente número 321.

Actor: Griceldino Reyes Triana.

Se decide el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en el proceso adelantado, para que se declare la nulidad del Acuerdo número 020 de 5 de septiembre de 1985 expedido por el Concejo Municipal de El Cerrito.

Antecedentes:

I. La demanda:

La acción incoada bajo la vigencia del Código Contencioso Administrativo anterior, persigue la nulidad del Acuerdo número 020 de

5 de septiembre de 1985 expedido por el Concejo Municipal de El Cerrito por medio del cual el Municipio cede a título gratuito al Hospital San Rafael el 48.9% de sus acciones en el Hotel Club El Paraíso del mismo lugar, facultando al Alcalde para efectuar la respectiva "transacción", según los términos de aquel acto.

Como hechos se refieren los siguientes que se sintetizan: Comienza por retomar los considerandos del acuerdo en los cuales se expresa que las acciones cedidas no le han producido al Municipio ninguna renta desde la fundación del Hotel Club El Paraíso, por lo que siendo un deber de la municipalidad amparar una institución útil a los asociados transfiere ese bien a la entidad hospitalaria de carácter oficial, destinada a prestar un servicio público. Y en orden a justificar la legalidad de la cesión agrega:

"En efecto, el artículo 454 del Código Fiscal Departamental del Valle del Cauca, Ordenanza número 128 de 1967, diciembre 30 es del siguiente tenor:

"Los bienes raíces de los municipios no podrán ser enajenados sino en virtud de acuerdos del Concejo en cuya expedición y ejecución se observarán las reglas fijadas en el artículo 204 del Código de Régimen Político y Municipal.

"La venta, para su validez, necesita la aprobación previa del Gobernador del Departamento *'y éste, para darla, oirá los informes del Personero Municipal y del Alcalde a fin de cerciorarse sobre la necesidad de la enajenación'* (Se subraya).

"Y el artículo 455 del mismo Código Fiscal Departamental del Valle del Cauca o sea la Ordenanza número 128 de 1967 antes citada, expresa que: 'Cuando la enajenación de los bienes raíces municipales no puede someterse a las formalidades de la subasta porque la naturaleza del contrato lo impida, podrá celebrarse sin esta formalidad, *pero previo avalúo judicial de los bienes* y aprobación del Gobernador en los términos del artículo anterior.

" 'Parágrafo: *Sólo a título de compraventa, arrendamiento o permuta podrán los Municipios deshacerse de un bien de su propiedad, y en ningún caso por comodato, mutuo o donación'* (Subrayo)".

Aduce también la demanda que el Concejo de El Cerrito despojó a la sociedad denominada Hotel Club El Paraíso de un bien que le correspondía, sin que previamente se hubiese efectuado su liquidación conforme a la ley.

Refiere al respecto el contenido de las escrituras número 130 de 4 de junio de 1954 de la Notaría de El Cerrito por medio de la cual se constituyó la sociedad comercial anónima denominada "Hotel El Paraíso", domiciliada allí mismo cuya finalidad, según los socios fun-

dadores sería la de dotar a la ciudad de un establecimiento social y de servicio público "de fomento al turismo y de desarrollo comercial de la población". Entre las disposiciones estatutarias se relacionan los nombres de las entidades y personas naturales que figuran como socios señalándose en los primeros al Departamento del Valle y al Municipio de El Cerrito. Como término de duración de la sociedad se establece el de 20 años; su capital de $ 300.000.00 dividido en 30.000 acciones de valor nominal. En la cláusula undécima se aclara que las acciones son nominativas y que su negociabilidad se sujetará a *los estatutos y a la ley*. En la décimotercera se expresa el valor pagado de las acciones suscritas así: "El Departamento del Valle ha pagado la cantidad de $ 50.000.00 en dinero efectivo o sea la tercera parte del valor de cada una de las acciones suscritas. El Municipio de El Cerrito, ha pagado la cantidad de $ 50.000.00 en dinero efectivo a buena cuenta del valor de cada una de las acciones, Rafael Navia Varón, ha pagado en dinero efectivo la cantidad de $ 10.00 o sea el total de la acción suscrita". En cuanto al saldo de las acciones se dice que se pagarán dentro de los dos años siguientes y finalmente sobre venta de acciones se prevé que su adquisición comporta el sometimiento a los estatutos y decisiones de la Asamblea General, así como que la enajenación de los derechos nominativos se perfeccionan por el solo consentimiento de los contratantes, requiriéndose la solemnidad del registro, el cual "se verificará en virtud de un documento que el tradente le envía mediante carta de traspaso".

Los hechos 6º y 7º refieren que la escritura de constitución fue registrada en la Cámara de Comercio correspondiente oportunamente y que la cesión de las acciones se efectuó por medio de la escritura pública número 388 de 8 de septiembre de 1975 de la Notaría de El Cerrito, suscrita en representación de este Municipio por el Alcalde.

En el capítulo correspondiente al concepto de la violación se citan el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo anterior, por no haberse elevado todos los requisitos para su expedición contenidos especialmente en el Código Fiscal Departamental del Valle —Ordenanza 128 de 1967 y en el Código de Régimen Político y Municipal— Ley 4ª de 1913, razonando de la siguiente manera:

"En efecto, el artículo 454 del Código Fiscal Departamental del Valle del Cauca, Ordenanza número 128 de 1967, diciembre 30 es del siguiente tenor: 'Los bienes raíces de los municipios no podrán ser enajenados sino en virtud o acuerdos del Concejo en cuya expedición y ejecución se observarán las reglas fijadas en el artículo 204 del Código de Régimen Político y Municipal.

" 'La venta, para su validez, necesita la aprobación previa del Gobernador del Departamento *y éste, para darla, oirá los informes del Personero Municipal y del Alcalde a fin de cerciorarse sobre la necesidad de la enajenación*' (Se subraya).

"Y el artículo 455 del mismo Código Fiscal Departamental del Valle del Cauca o sea la Ordenanza número 128 de 1967 antes citada, expresa que: 'Cuando la enajenación de los bienes raíces municipales no puedan someterse a las formalidades de la subasta porque la naturaleza del contrato lo impida, podrá celebrarse sin esta formalidad, *pero previo avalúo judicial de los bienes* y aprobación del Gobernador en los términos del artículo anterior.

" 'Parágrafo. *Sólo a título de compraventa, arrendamiento o permuta podrán los Municipios deshacerse de un bien de su propiedad, y en ningún caso por comodato, mutuo o donación*' (Subrayo)".

Cita también como transgredido el artículo 200 de la Ley 4ª de 1913 por haberle dado a las acciones cedidas un destino distinto al original; el artículo 202 y el 12 de la Ley 71 de 1916 en el mismo concepto se extiende al artículo 98 del Código de Comercio que estima quebrantado porque según lo afirma: "Si el Municipio de El Cerrito Valle al constituirse la sociedad anónima de que se trata hizo el aporte correspondiente, suscribiendo las acciones que alude la escritura de constitución de dicha sociedad y de que se ha hablado anteriormente, es evidente que ya no puede disponer libremente de dicho aporte porque ya no es de él ese aporte o dinero con que contribuyó a la constitución de la susodicha sociedad anónima Hotel Club El Paraíso sino que ese aporte o acciones pertenecen como es obvio a la referida sociedad anónima y para transferirlos a otra persona distinta debe entonces el Municipio llenar determinados requisitos legales".

II. El acuerdo del Concejo demandado:

"Acuerdo número 020.

"Por el cual se ceden las acciones de propiedad del Municipio, al Hospital 'San Rafael'.

"El honorable Concejo Municipal de El Cerrito, en uso de sus facultades legales y,

"Considerando:

"a) Que el Municipio de El Cerrito tiene el 48.9% del valor total en acciones en el Hotel Club El Paraíso;

"b) Que dichas acciones no le han producido al Municipio ninguna renta desde la fundación del Hotel Club 'El Paraíso' hasta la fecha;

"c) Que es deber del Municipio amparar una institución que es útil a los asociados, y que con mayores recursos podrá prestar un mejor servicio de salud;

"d) Que sería inadecuado pensar que no puede transferirse un bien municipal a otra entidad oficial que se dirija a prestar servicio público, porque ello bien podría paralizarlo;

"e) Que el artículo 455 del Código Fiscal se debe entender como una norma restrictiva para los particulares ya que éstos no son indudablemente servicio público;

"f) Que el artículo 204 de la Ley 4ª de 1913 exige avalúos judiciales para la enajenación de bienes raíces solamente, y no para valores como el del caso, y

"g) Que concordando la norma de la ley (C. de R. P. y M.) con la ordenanza (C.F.), resultaría que si se trata de que un Municipio vaya a deshacerse de un bien suyo con objeto que no sea servicio público no podrá hacerlo, en ningún caso, a título gratuito: Pero si se trata de prestar un servicio público, directa o indirectamente, sí podrá transcribirlo a otra entidad de derecho público y a título gratuito porque, entre otras cosas, la única justificación de que el Estado posea bienes es la de que ellos tiendan a satisfacer necesidades generales y permanentes, de un modo regular y continuo.

"Acuerda:

"Artículo 1º Cédese a título gratuito, por parte del Municipio de El Cerrito (Valle) al hospital de este mismo Municipio, el 48.9% de las acciones que este Municipio tiene adquiridas en el 'Hotel Club El Paraíso' de esta ciudad.

"Artículo 2º Según lo dispuesto en el artículo anterior, el valor del 48.9% de las acciones equivale en pesos colombianos a la suma de $ 149.860.00.

"Artículo 3º Considérase que el Hospital San Rafael como entidad que presta un servicio público debe utilizar dichos valores en la eficaz prestación del servicio de salud, para la comunidad cerriteña.

"Artículo 4º El Hospital 'San Rafael' quedará como único dueño titular poseedor de dichos valores.

"Artículo 5º Facúltase al Alcalde, para hacer la transación (sic) respectiva a dicha entidad y se logre su perfección.

"Artículo 6º Se deroga toda otra disposición que sea contraria a este acuerdo.

"Artículo 7º El presente acuerdo, rige a partir de su promulgación".

III. Los alegatos de las partes en primera instancia:

El demandante reiteró sus argumentos expuestos en el escrito inicial y la parte demandada representada por el Alcalde Municipal

de El Cerrito, por medio de apoderado dio apoyo a la acción de nulidad de que se ha dado cuenta anteriormente.

IV. La sentencia del Tribunal:

Acogiendo el concepto de la Fiscalía el Tribunal se declaró inhibido para decidir en el fondo de las pretensiones "por ineptitud sustantiva de la demanda, con base en los argumentos que se transcriben en lo pertinente:

"En el caso de autos, el acto administrativo demandado es de carácter particular o subjetivo, puesto que éste, o sea el Acuerdo 020 impugnado, se encuentra cediendo unas acciones de propiedad del Municipio de El Cerrito al Hospital San Rafael de la misma municipalidad, por lo tanto, si se llegara a decretar la nulidad del mencionado acuerdo, de hecho desaparecerían sus efectos, lo que necesariamente implicaría un restablecimiento del derecho pues el Municipio tendría nuevamente sus acciones de las cuales había sido despojado como lo está admitiendo el mismo demandante en el hecho 4º de su demanda (fl. 93).

"(...) Ahora bien, en caso de que el demandante Griceldino Reyes Triana hubiese propuesto la acción procedente como es la de plena jurisdicción tampoco sería de recibo puesto que éste no es el titular del derecho reclamado, requisito indispensable para incoar la acción".

V. El concepto Fiscal:

El señor Fiscal Primero de la Corporación, en su alegato de fondo discrepa de las apreciaciones del Tribunal en su sentencia y sobre la excepción de inepta demanda aduce que si bien el acto demandado se puede calificar, formalmente, de carácter particular, desde ningún punto de vista es admisible desconocer que los bienes del Municipio son bienes de la comunidad, agregando al respecto:

"Así las cosas, un acto como el que es objeto de análisis, con el cual se menoscabó el patrimonio del Municipio, si bien formalmente es de carácter particular, por lo que en principio la legitimación para impugnarlo radicaría en cabeza del Municipio de El Cerrito, por el contenido del mismo, que afecta sensiblemente los intereses de la comunidad, tiene unos efectos generales y por lo tanto cualquier ciudadano puede oponerse a su vigencia ya que con su expedición se pudo haber transgredido la legalidad abstracta; para ello se configuró el 'contencioso popular de anulación o contencioso exclusivo de legalidad' que, en su época, consagró el artículo 66 de la Ley 67 de 1941, hoy contempla el artículo 84 del Decreto 01 de 1984 y del cual acertadamente hizo uso en el caso *sub lite* el ciudadano Griceldino Reyes Triana a través de apoderado.

"Desde otro punto de vista, doctrinariamente siempre se ha entendido que el titular de la acción de restablecimiento del derecho (antigua plena jurisdicción), es necesariamente una administrado cuyo derecho, amparado por una norma jurídica, ha sido lesionado por el acto de la administración; teniendo en cuenta lo anterior, en el caso en comento tampoco sería viable la citada acción por cuanto no existiría el administrado afectado pues el Municipio es la administración misma; sin embargo, como atrás se demostró que sí existe un afectado directo pero éste es genérico, no puede concluirse cosa distinta a que la acción procedente contra el Acuerdo 020 de 5 de septiembre de 1975 expedido por el Concejo Municipal de El Cerrito —Valle—, es la de nulidad que antiguamente consagraba el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo y hoy está prevista en el artículo 84 de la misma obra".

En lo que hace al fondo del asunto la Fiscalía considera imprescindible conocer el certificado de constitución de la sociedad constituida por medio de escritura pública número 130 de 4 de junio de 1954, para establecer la licitud del acto demandado.

Consideraciones de la Sala:

De la inepta demanda:

Corresponde, dilucidar lo concerniente a la decisión del Tribunal de inhibirse para resolver sobre el fondo de las pretensiones de la demanda en virtud de haber encontrado inepta la demanda por considerar que se trata de una situación particular y concreta susceptible de la acción de plena jurisdicción y no de una general y abstracta susceptible de la simple nulidad.

En este orden de ideas precisa ante todo recordar las características que distinguen estas acciones, tanto bajo la vigencia del Código Contencioso Administrativo anterior —arts. 66 y 67— como en el actual, artículos 84 y 85; se ha dicho que la de nulidad persigue simplemente la legalidad del acto objetivamente considerado y puede ser establecida a solicitud de cualquier persona natural o jurídica y se desenvuelve alrededor de la confrontación del acto acusado con la norma superior que se dice quebrantada.

En la de plena jurisdicción o de restablecimiento se pretende fundamentalmente el amparo de un derecho subjetivo que se dice supuestamente quebrantado por el acto censurado de la autoridad correspondiente, para lo cual se busca la nulidad del mismo y como fin el restablecimiento del derecho conculcado o desconocido mediante una declaración de condena.

En cuanto a las personas que pueden accionar, en la de restablecimiento sólo puede hacerlo "quien se crea lesionado en un derecho

suyo, amparado por norma jurídica" (art. 85), o sea, que restringe a quien tenga o demuestre ese interés directo, y la de simple nulidad la puede entablar cualquier persona o entidad.

Con estas premisas se tiene que en el caso *sub lite* en contra de lo dicho por el Tribunal de instancia, fue bien escogida en la demanda la acción de simple nulidad dado que el interés para pedir la nulidad del Acuerdo número 020 de 1985 del Concejo Municipal de El Cerrito —Valle—, lo tienen los ciudadanos que sin duda intentan con su acción el amparo del orden jurídico transgredido con un acto administrativo de la naturaleza indicada en la demanda, mediante el cual, se ordena ceder a título gratuito acciones de la municipalidad en una sociedad comercial que según sus características, trasciende en sus efectos generales para todos los moradores vinculados a la ciudad, que como tal, desde el derecho Romano está regida por un conjunto de garantías jurídicas que regula la vida en común de los habitantes. En los tiempos modernos se traducen esas garantías en la participación de la comunidad en el control y manejo de la cosa municipal ya sea a través del Concejo Municipal, de las asociaciones o de la acción individual de los asociados, siendo la acción popular uno de los medios jurídicos para actuar democráticamente frente a los desvíos de los funcionarios públicos en ese estrato político-administrativo.

Por esto la Sala comparte el concepto emitido por su colaborador Fiscal, cuando dice:

"Así las cosas, un acto como el que es objeto de análisis, con el cual se menoscabó el patrimonio del Municipio, si bien formalmente es de carácter particular, por lo que en principio, la legitimación para impugnarlo radicaría en cabeza del Municipio de El Cerrito, por el contenido del mismo, que afecta sensiblemente los intereses de la comunidad, tiene unos efectos generales y por lo tanto cualquier ciudadano puede oponerse a su vigencia ya que con su expedición se pudo haber transgredido la legalidad abstracta; para ello se configuró el 'contencioso popular de anulación o contencioso exclusivo de legalidad' que, en su época, consagró el artículo 66 de la Ley 67 de 1941, hoy contempla el artículo 84 del Decreto 01 de 1984 y del cual acertadamente hizo uso en el caso *sub lite* el ciudadano Griceldino Reyes Triana a través de apoderado".

De la cuestión de fondo:

Es así como la Sala desestima la resolución del Tribunal al declararse inhibido por ineptitud sustantiva de la demanda para pronunciarse en el fondo del asunto en la forma allí concebida.

El acto acusado (fl. 108), como se relaciona al comienzo, dispone en su artículo 1º la cesión a título gratuito por parte del Municipio de El Cerrito (Valle) al Hospital local, el 48.9% de sus acciones en

el Hotel Club Paraíso de dicha ciudad. En los artículos 2º a 4º establece el valor de las acciones, habla de la destinación que se debe dar a los valores objeto de donación, la de prestar el servicio de salud y fija en el Hospital San Rafael la titularidad de tales acciones cedidas.

En los considerandos o fundamentos del acuerdo se dice que las referidas acciones no le han producido al Municipio ninguna renta; se aduce que "sería inadecuado pensar que no se puede transferir un bien municipal a otra entidad oficial que se dirija a prestar servicio público, porque ello bien podría paralizarlo"; en relación con el artículo 455 del Código Fiscal Departamental afirma que vale para los particulares y en cuanto al artículo 204 de la Ley 4ª de 1913 expresa que la exigencia de avalúos judiciales es para la enajenación de bienes raíces y no para valores o acciones.

Al folio 1º del expediente obra copia de la escritura pública número 130 de 4 de julio de 1954 de la Notaría de El Cerrito por medio de la cual se constituyó la sociedad comercial anónima denominada Hotel El Paraíso S. A., siendo su objeto principal el de construir un edificio destinado a un hotel de servicio público. Como principales accionistas en más del 95% del capital figuran el Departamento del Valle y el Municipio de El Cerrito y el término de duración de la sociedad se estipuló en 20 años.

El cargo esencial de la demanda se endereza a afirmar que el Acuerdo 020 del Concejo de El Cerrito al enajenar bienes municipales desconoció varias disposiciones del Código Fiscal del Departamento del Valle aplicable a los municipios que no disponen de estatutos de esa naturaleza, correspondiendo entonces entrar al estudio de este punto básico de la pretensión principal del *petítum* demandatorio.

A este propósito el demandante dice, en resumen, que para la venta de las acciones en cuestión no se llenaron los requisitos que exige tanto el Código Fiscal Departamental del Valle, u Ordenanza número 128 de 1967, cuya copia adjuntó al escrito inicial, así como la Ley 4ª de 1913 o Código de Régimen Político y Municipal, invocando al efecto lo dispuesto en los artículos 454 y 455 del primer ordenamiento citado y los artículos 179, 200, 202 y 204 del último. Se estudiarán entonces, a continuación estas supuestas violaciones de normas superiores.

Además del artículo 66 del Código Contencioso Administrativo anterior a la vigencia del Decreto 01 de 1984, que el demandante entiende objeto de quebranto, se indican estos preceptos del Código Fiscal Departamental del Valle:

"Artículo 454. *Enajenación de bienes.* Los bienes raíces de los Municipios no podrán ser enajenados sino en virtud de acuerdos del Concejo en cuya expedición y ejecución se observarán las reglas fijadas en el artículo 204 del Código de Régimen Político y Municipal.

"La venta para su validez, necesita la aprobación previa del Gobernador del Departamento y éste, para darla, oirá los informes del Personero Municipal y del Alcalde, a fin de cerciorarse sobre la necesidad de la enajenación.

"Artículo 455. *Excepción a la subasta.* Cuando la enajenación de los bienes raíces municipales no pueda someterse a las formalidades de la subasta porque la naturaleza del contrato lo impida, podrá celebrarse sin esta formalidad, pero previo avalúo judicial de los bienes y aprobación del Gobernador en los términos del artículo anterior.

"*Parágrafo.* Sólo a título de compraventa, arrendamiento o permuta podrán los municipios deshacerse de un bien de su propiedad, y en ningún caso por comodato, mutuo o donación.

"Artículo 201. Todo solar pertenece al común, que exista dentro del área de la población y que no sea necesario para algún uso público, se podrá vender con las formalidades aquí prevenidas.

"Artículo 202. Los demás bienes que a juicio del Concejo se hagan más productivos, vendiéndolos a censo que manteniéndolos en arrendamiento, podrán ser enajenados de otra manera. Esta venta no se llevará a efecto sino con la aprobación del Gobierno, quien para darla oirá los informes del Personero Municipal y del Gobernador.

"Artículo 203. Sustituido. Ley 71 de 1916, artículo 13. Cuando un objeto de necesidad o de utilidad pública exija que se aplique a él el valor de algún bien del Municipio, podrá el Concejo acordar la venta de tal bien con el objeto expresado, pero será necesaria la aprobación del Gobernador, en los términos del artículo anterior.

"Del mismo modo podrá el Concejo dar aplicación a los valores que se reconozcan a favor del Municipio.

"El artículo 204 del mismo código establece como se ha dicho las reglas para la venta voluntaria de un bien raíz perteneciente al Municipio y el 200, también mencionado en la demanda como objeto de infracción, ordena que 'los bienes que por su fundación u origen estén destinados a un objeto especial no podrán tener en ningún caso otra aplicación' ".

Como puede verse de esta relación de las normas superiores señaladas por el actor como infringidas en el Acuerdo número 020 demandado, a primera vista cabría pensar que ellos se contraen a las exigencias para que la administración municipal pueda enajenar bienes inmuebles exclusivamente, según lo denotan de manera general los artículos transcritos del Código Fiscal del Valle, dado que en el artículo 454 expresamente se remite al 204 del Código de Régimen Político y Municipal, el cual establece las reglas para la venta en pública subasta de los bienes raíces de los municipios en tanto que el 455 siguiente,

consagra una excepción a esa regla pero siempre refiriéndose a inmuebles. Sin embargo el parágrafo de este último precepto no distingue entre muebles o inmuebles y comprende todos los bienes de propiedad del municipio dando lugar así a su transgresión por parte del acto administrativo demandado.

Precisamente en la demanda en forma equivocada se hace un esfuerzo en orden a demostrar que en el caso controvertido se quebrantaron los artículos 454 y 455 del Código Fiscal en comento, en cuanto se refieren a inmuebles y para sustentar la violación de tales normas por parte del Acuerdo del Concejo de El Cerrito, al ceder las acciones del municipio en la sociedad anónima Hotel El Paraíso, parte del supuesto de la vinculación de inmuebles al capital social de ésta. Sobre el particular debe decirse que las acciones que corresponden a los socios o accionistas, no son bienes inmuebles sino valores incorporales que de acuerdo con nuestra legislación se reputan muebles, y que en todo caso tienen una calidad distinta, cuya transferencia legal se efectúa en forma diferente a las solemnidades exigidas para la enajenación de los inmuebles. Pero esta confusión en que incurre el actor, no desvirtúa el cargo consistente en el quebranto que se aduce del parágrafo del artículo 455, el cual perentoriamente prohíbe la donación de bienes municipales, trátese de bienes muebles o inmuebles, en estos términos ya expresados: "Sólo a título de compraventa, arrendamiento o permuta podrán los municipios deshacerse de un bien de su propiedad *y en ningún caso por comodato, mutuo o donación*".

Vale anotar que este precepto es el mismo que el Código Fiscal premencionado trae para el caso de enajenación de bienes departamentales en su artículo 137; sólo que en uno posterior del mismo capítulo relacionado con la disposición de bienes departamentales —art. 146—, se prevé la posibilidad de donar o ceder gratuitamente a una entidad pública o de beneficencia bienes de aquella entidad dados de baja del inventario respectivo. Esta salvedad no se incluyó en el capítulo que trata de los bienes municipales, lo que indica con mayor claridad la prohibición existente para donar a título gratuito las acciones cedidas por medio del Acuerdo censurado número 020 de 5 de septiembre de 1985 del Concejo de El Cerrito, cuya nulidad se solicita en el presente proceso, máxime cuando se trata de acciones cuya cuantía y valor pueden representar mucho más de la que aparentemente se refleja del informativo. Basta con observar que el Alcalde de El Cerrito al contestar la demanda coadyuvó la acción anulatoria patetizando el perjuicio patrimonial causado a la municipalidad con la donación cuestionada.

Por lo demás, y en relación con la supuesta violación del artículo 200 del Código de Régimen Político y Municipal, cabe decir que la prohibición allí establecida para destinar a un objeto distinto los bienes municipales que por su fundación u origen están asignados a uno especial, guarda relación con el 99 del actual Código de Régimen Municipal (antes 171) al establecer en su numeral 2º como prohibi-

ción de los Concejos el de aplicar los bienes o rentas municipales a objetos distintos del servicio público. Si se observa con algún detenimiento la proyección y destino final de las acciones de que trata el Acuerdo 020 demandado se caerá en cuenta que se les está dando una aplicación diferente a la que originalmente se les asignó como en efecto lo indican los elementos de juicio de que se dispone en el proceso.

Todas estas circunstancias y, particularmente la anotada del parágrafo del artículo 455 del Código Fiscal del Departamento del Valle contribuyen a la prosperidad de los cargos de la demanda y en consecuencia a la nulidad del Acuerdo 020 materia de la censura de la demanda.

No sobra decir, tocante a lo que expresa la demanda sobre la violación del artículo 66 del anterior Código Contencioso Administrativo, que siendo éste el que precisamente confiere a los ciudadanos la posibilidad de acudir a la jurisdicción para entablar esta clase de acciones, carece de fundamento su invocación al respecto, siendo innane, en consecuencia, su señalamiento como norma transgredida.

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

Falla:

1º *Revócase* la decisión contenida en la sentencia de fecha 20 de febrero de 1986, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca objeto del presente recurso.

2º *Decrétase la nulidad* del Acuerdo número 020 de 5 de septiembre de 1985, expedido por el Concejo Municipal de El Cerrito.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha nueve de febrero de mil novecientos ochenta y nueve.

Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Samuel Buitrago Hurtado, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

CONTRALORIA MUNICIPAL. CONTROL FISCAL.

Las Contralorías Municipales a través de un Contralor, son las únicas que pueden ejercer el control fiscal de la Administración Municipal y de sus entes descentralizados. No puede existir un Auditor Fiscal paralelo y autónomo (Revócase el auto del Tribunal de 3 de febrero de 1988 en la parte de su art. 2º: "El nuevo funcionario" y se mantiene la suspensión provisional de la expresión: "Que elija el Concejo" del art. 6º del Acuerdo municipal número 110 de 1987).

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., once de febrero de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Simón Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Proceso número 870.

Demandante: Manuel Gonzalo Mesa Toro.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el señor Alcalde del Municipio de Pereira, mediante procuradora judicial, contra el auto de 3 de febrero de 1988 proferido por el Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda dentro del proceso de nulidad del Acuerdo número 110 de 7 de diciembre de 1987 en algunas expresiones de unos textos suyos, expedidos por el Concejo Municipal de Pereira.

Acto acusado:

Lo es, como se dijo, el Acuerdo número 110 de 7 de diciembre de 1987 "por medio del cual se crean unos cargos en la Auditoría Especial de Empresas Públicas de la Contraloría Municipal de Pereira y se dictan normas para su adecuado funcionamiento".

Y los textos acusados son los siguientes en la parte que se subraya:

"Artículo 3º A partir de la vigencia del presente acuerdo créase el cargo de Auditor Jefe del Departamento de Auditoría Fiscal Especial para las Empresas Públicas Municipales

de Pereira, *de elección por parte del Concejo Municipal,* para períodos de un (1) año, que se empezarán a contar el 1º de enero de 1988.

"Artículo 4º El Departamento de Auditoría Fiscal Especial para las Empresas Públicas Municipales de Pereira, a partir de 1º de enero de 1988, *será independiente de la Contraloría Municipal.* Las transferencias de que trata el Acuerdo número 82 de 9 de septiembre de 1986, mediante las cuales las Empresas Públicas Municipales de Pereira contribuyen al sostenimiento del control fiscal, a partir de 1º de enero de 1988 se aplicarán al sostenimiento del Departamento de Auditoría Fiscal Especial para las Empresas Públicas Municipales.

"

"Artículo 6º Facúltase al Alcalde Municipal por un término de dos (2) meses, contados a partir de la vigencia del presente acuerdo, para que efectúe las operaciones presupuestales que sean necesarias para que el presente acuerdo tenga cumplida ejecución y el nuevo funcionario que elija *el Concejo* para el período que empieza el 1º de enero de 1988, inicie sus labores en esa fecha".

Antecedentes:

El ciudadano Manuel Gonzalo Mesa Toro, en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo demandó la nulidad del Acuerdo número 110 de 7 de diciembre de 1987 en relación con los textos antes señalados y para ello razonó así:

"El inciso segundo del artículo 190 de la Constitución Nacional dice que: 'La vigilancia de la gestión fiscal de los Departamentos y Municipios corresponden a las Contralorías Departamentales, salvo lo que la ley determine respecto a Contralorías Municipales'.

"El artículo 197-6 de la Constitución Nacional señala que: 'Son atribuciones de los Concejos, que ejercerán conforme a la ley, las siguientes:... 6ª Elegir Personeros y Tesoreros Municipales y los demás funcionarios o empleados que la ley determine;...'

"La Ley 11 de 1986 y el Decreto 1333 del mismo año (Código de Régimen Municipal) son los estatutos básicos para el funcionamiento del municipio colombiano. En ellos se señalan específicamente las funciones de los Concejos Municipales.

"En cuanto a las facultades pára elegir o nombrar ciertos funcionarios del orden municipal los Concejos no las tienen amplias, como sí las tienen respecto de estructurar la administración. Por el contrario, son facultades precisas, concretas, particularizadas a determinados cargos. Miremos las normas legales vigentes.

"*Ley 11 de 1986.* Su artículo 38 dice que: 'Corresponde a los Concejos, a iniciativa del Alcalde respectivo, adoptar la nomenclatura y clasificación de los empleos de las Alcaldías, Secretarías y de sus oficinas y dependencias y fijar las escalas de remuneración de las distintas categorías de empleos. Estas mismas funciones serán cumplidas por los Concejos respecto de los empleos de las Contralorías, Auditorías, Revisorías, Personerías y Tesorerías'.

"El artículo 39 señala que: 'La determinación de las plantas de personal de las Alcaldías, Secretarías y de sus oficinas o dependencias, corresponde a los Concejos, a iniciativa de los respectivos Alcaldes. La creación, supresión y fusión de empleos de las Contralorías, Auditorías, Revisorías, Personerías y Tesorerías también corresponde a los Concejos'. El artículo 44 en su inciso segundo dice que: 'La administración del personal subalterno de los funcionarios que elijan los cabildos, corresponde a dichos funcionarios'. El artículo 50 dice que los Concejos de los Municipios cuyo presupuesto anual sea superior a cincuenta millones de pesos '...podrán crear y organizar Contralorías que tengan a su cargo la vigilancia de la gestión fiscal de la respectiva administración'.

"El 52 dice que los Contralores tienen la función de 'vigilar la gestión fiscal y financiera de la administración municipal y de sus entidades descentralizadas'.

"*Decreto 1333 de 1986.*

"Su artículo 92 dice que: 'Son atribuciones de los Concejos, que ejercerán conforme a la ley, las siguientes: ...6ª Elegir Personeros y Contralores Municipales cuando las normas vigentes lo autoricen, y los demás funcionarios que la ley determine...'

"El 93 manifiesta que: 'Son atribuciones legales de los Concejos:...

"'...2ª Nombrar los Personeros y Tesoreros Municipales'.

"Son normas claras, concretas, que confieren taxativas facultades y que por esa misma naturaleza no son susceptibles de interpretación en extenso ni analógica, pese a que la propia ley, indudablemente por su origen eminentemente en coyuntura poñítica (sic), adolece de imprecisiones, contradicciones, vaguedades y quizá otro número de imperfecciones.

"En materia de facultades para elegir funcionarios, o sea facultad electoral, los Concejos, como todos los otros cuerpos legislativos de nuestro ordenamiento jurídico, las tienen precisas y limitadas, concretas y taxativas.

"Por ello, resalta, aflora, brota, irrumpe, la legalidad del artículo 3º del acuerdo acusado en la expresión 'elección por parte del Concejo Municipal' para el Auditor Fiscal Especial del establecimiento autónomo Empresas Públicas de Pereira, pues dicha facultad no se la confiere a esa Corporación ni la Constitución ni la ley, como vimos. Estas no pueden ser modificadas por una norma de inferior categoría, como el acuerdo demandado.

"Si bien los Concejos tienen la atribución de determinar la estructura de las Contralorías y de las Auditorías, no tienen la de elegir sino a los Personeros y Contralores ya no a los Tesoreros 'y los demás funcionarios que la ley determine' (entre los cuales no están esos auditores, como el especial al cual nos hemos venido refiriendo).

"Respecto de la independencia que el artículo 4º acusado da a la Auditoría respecto de la Contraloría Municipal, debemos decir que ella es abiertamente inconstitucional e ilegal pues como vamos a ver, en explicación jurisprudencial, es de la misma Carta Magna de donde dimana la función fiscalizadora, sin excepciones, de las Contralorías Municipales.

"La justicia contencioso-administrativa ya tuvo oportunidad de referirse al tema que debatimos, con argumentos que debemos reproducir, en razón de que fundamentalmente las disposiciones legales sobre las facultades electorales de los Concejos, y las constitucionales sobre lo mismo y sobre la capacidad fiscalizadora de las Contralorías Municipales, no han variado con las nuevas normas que en 1986 reformaron el régimen político municipal. Resulta sólo anecdótico —que algunos legisladores municipales— en su afán de maquillar el malabarismo político —jurídico— hayan pretendido hacerle creer a sus confiados compañeros de arrogancia y a la claque 'aplaudente' otra cosa".

Sentencia del Tribunal:

Accedió a admitir la demanda y a decretar la suspensión provisional de los actos acusados. A este último efecto razonó de este modo:

"Afirma el actor que los preceptos acusados, al crear, el primero (art. 3º, Acuerdo 110 de 1987), el cargo de Auditor Jefe del Departamento de Auditoría Fiscal Especial para las Empresas Públicas Municipales de Pereira elegible por el Concejo Municipal, y, el segundo (art. 4º *ibídem*), al establecer para dicha Auditoría 'independencia de la Contraloría Municipal', contrarían ostensiblemente el inciso 2º del artículo 190 y la regla 6ª del artículo 197 de la Constitución Nacional. Veamos si asiste o no la razón al demandante:

"La primera norma en cita encomienda la vigilancia de la gestión fiscal de los Municipios a las Contralorías Departamentales o a las Municipales si es que funcionan, como sucede en el caso *sub júdice*. La segunda norma le atribuye a los Concejos Municipales la elección de Personeros y Tesoreros (hoy, solo Personeros) y 'los demás funcionarios o empleados que la ley determine'. Como resulta que no hay ley alguna que autorice a los Concejos para elegir funcionario distinto al único indicado en la Constitución (el Personero), fácilmente se llega a la conclusión, mediante la sencilla comparación a que se refiere el 2º inciso del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, que las normas acusadas en realidad sí quebrantan, groseramente, los preceptos constitucionales que el actor señala como violados. Por ello, es más que procedente el despacho favorable de la solicitud que nos ocupa. *Pero* hay algo más que el actor enfatiza y el Tribunal percibe también con absoluta facilidad: Las normas acusadas *reproducen*, sin pudor, preceptos ya suspendidos por esta jurisdicción: Pues que este Tribunal, en providencia confirmada por el honorable Consejo de Estado, suspendió provisionalmente los efectos del artículo 16 del Acuerdo número 2 de 1978 proferido por el Concejo Municipal de Pereira, que decía: *'Control fiscal.* El control fiscal estará a cargo de un Auditor, elegido por el Concejo Municipal para período de un año, entre las personas que reúnan los requisitos legales para desempeñar dicho cargo'. Brilla al ojo que esta disposición, *suspendida*, es la misma que, ahora, se reproduce por las normas acusadas, ya que, en esencia, contra los ya citados mandamientos constitucionales, el Concejo Municipal de Pereira pretende asignarle la vigilancia de la gestión fiscal de un ente municipal a un funcionario 'independiente' de la Contraloría *ídem* y elegido por aquella Corporación.

"Tan reprochable es la ilícita reproducción que nos ocupa, que este Tribunal, no sólo suspenderá las normas aquí acusadas en los términos del artículo 158 del Código Contencioso Administrativo ('*Reproducción de un acto suspendido.* 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. Deberán suspenderse provisionalmente los efectos de todo acto proferido con violación de los anteriores preceptos. La orden de suspensión, en este caso, deberá comunicarse y cumplirse inmediatamente, a pesar de que contra ella se interponga el recurso de apelación') sino que, ordenará remitir copia de esta providencia a la Procuraduría Regional a fin de que se proceda a deducir la responsabilidad en que han incurrido los miembros del Concejo Municipal de Pereira y el señor Alcalde Municipal a la luz de las previsiones contenidas en el numeral 11 del artículo 76 y 159 del Código Contencioso Administrativo".

Recurso de apelación del Alcalde de Pereira:

Este funcionario mediante apoderada judicial se opone a la suspensión provisional decretada y para ello esgrime las siguientes razones:

1. De conformidad con el artículo 197, numeral 6º de la Carta Política y su modificación del Acto legislativo número 1 de 1986 corresponde a los Concejos Municipales elegir Personeros y Contralores Municipales cuando las normas vigentes los autoricen y los demás funcionarios que la ley determine.

A los Alcaldes, según el artículo 24 de la Ley 78 de 1986 "que desarrolla parcialmente el Acto legislativo número 1 de 1986 sobre la elección popular de Alcaldes..." corresponde nombrar y remover libremente a los Tesoreros Municipales.

La Ley 11 de 1986 en el capítulo sobre "elección de funcionarios" en sus artículos 62 y siguientes "incluyó además de los Contralores y Personeros a los Auditores Revisores". Luego el Concejo sí estaba autorizado para la fecha del acuerdo (7 de diciembre de 1987) para crear el cargo de Auditor y disponer que éste sería de elección del mismo.

Igual argumento es pregonable del análisis del Código de Régimen Municipal (Decreto 1333 de 25 de abril de 1986) en que se dispone en su artículo 87 que los Personeros, Tesoreros, Contralores, Auditores

o Revisores no podrán nombrar para ningún cargo en las oficinas de su dependencia a los Concejales o suplentes. Y sus artículos 101 y 103 al regular la elección de funcionarios incluye entre sus disposiciones a los Auditores.

Si bien es cierto que las disposiciones que entregaban el control fiscal a un Auditor elegido por el Concejo fueron objeto de suspensión por el Tribunal de Risaralda y el Consejo de Estado, en ocasión anterior, es más cierto que con posterioridad a dicha providencia desaparecieron los fundamentos legales de esa suspensión, por cuanto la ley determinó la categoría del Auditor de elección de los Concejos tal como se ha anotado.

Consideraciones de la Sala:

Son dos los aspectos en relación con los cuales se pide nulidad del acto acusado y a su vez se impetra la suspensión provisional de los efectos de éste, a saber:

a) Se impugna el carácter de independencia que de la Contraloría Municipal se predica en el artículo 4º del Acuerdo número 110 de 1987 del Auditor Fiscal —Jefe de Departamento— creado en el artículo 3º *ibídem* para las Empresas Públicas Municipales de Pereira;

b) Se enjuician los artículos 3º y 6º de dicho acuerdo en cuanto se cuestiona la facultad que puede tener el Concejo Municipal de elegir dicho Auditor.

Se examinarán en su orden, así:

a

No le cabe duda alguna a la Sala que existiendo, como existe, una Contraloría Municipal en el Municipio de Pereira, no se puede crear paralelamente y mucho menos como funcionario independiente —Jefe de un Departamento— a un Auditor Fiscal en empresas descentralizadas del mismo municipio.

En efecto:

Previene el artículo 190 de la Constitución Nacional en su inciso 2º que "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".

A su vez el Título XIV del Código de Régimen Municipal o Decreto 1333 de 1986 repite en su artículo 304 la previsión constitucional anterior.

El artículo 307 del Decreto 1333 señala las funciones de los Contralores Municipales, así:

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

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

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

Es así entonces que las Contralorías Municipales a través de su Contralor elegido para un período de dos años y con los requisitos de que da cuenta el artículo 306 del Decreto 1333 de 1986, son las únicas que pueden ejercer el control fiscal de la Administración Municipal y de sus entidades descentralizadas. No puede existir entonces un Auditor Fiscal paralelo y autónomo en estas últimas.

b

El punto sobre si el Concejo debe o no elegir a dicho Auditor debe resolverse negativamente y en esto concuerda esta Corporación como lo decidió al respecto el Tribunal.

En efecto:

1. Entre las atribuciones constitucionales de los Concejos está, según el artículo 197, facultad 6ª, la de elegir Personeros y Contralores Municipales cuando las normas vigentes lo autoricen, y los demás funcionarios que la ley determine (Acto legislativo número 1 de 1986) atribución que a su vez repite el artículo 92 del Decreto 1333 de 1986.

Es así entonces que ni la Constitución ni la ley contemplan tal potestad en poder del Concejo respecto de los Auditores Fiscales.

La simple alusión o referencia que en la Ley 11 de 1986 (arts. 60 y 62) y el Decreto 1333 de 1986 (arts. 87 y 101) pudiera hacerse indirectamente a "Auditores elegidos" bajo ningún respecto puede entenderse que consagran la facultad materia de controversia porque de todas maneras la misma debe consagrarse clara, expresamente y de manera indubitable.

Se precisa entonces que la suspensión del artículo 6º comprenderá únicamente la expresión "...que elija el Concejo", ya que el aspecto controvertido es precisamente el eleccionario, y, además por-

que existe de un lado el Acuerdo 82 de 9 de septiembre de 1986 del Concejo de Pereira, según el cual el control fiscal en las referidas empresas está a cargo de un Auditor (art. 2º, fl. 82) y el artículo 3º del Acuerdo número 110 demandado crea dicho cargo sin que este mandato hubiera sido enjuiciado.

2. Empalma la apreciación del punto 1 anterior con lo que al principio se dejó establecido, en el sentido de que el Auditor Especial de las Empresas Públicas depende de la Contraloría Municipal de Pereira y por tanto su nombramiento debe provenir del Contralor quien es su superior jerárquico.

Como colofón debe observarse que cabalmente en el artículo 2º del Acuerdo número 82 de 9 de septiembre de 1986 del Concejo de Pereira "por el cual se organiza el control fiscal que debe ejercer la Contraloría Municipal sobre las Empresas Públicas de Pereira" allegado a instancia del Consejero ponente (fls. 75 a 84), se encuentra la legalidad echada de menos en la presente *litis*, así:

> "El Departamento de Auditoría Fiscal Especial para las Empresas Públicas Municipales de Pereira *dependiente* de la Contraloría Municipal, estará a cargo de un Auditor Jefe *nombrado por el Contralor Municipal,* para un período igual al suyo..." (se subraya).

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección Primera), decide lo siguiente:

1º Revócase el auto del Tribunal de 3 de febrero de 1988 en la parte de su artículo 2º que dice: "...el nuevo funcionario...", así que se mantendrá la suspensión de la expresión: "...que elija el Concejo" en relación con el artículo 6º del Acuerdo número 110 de 1987.

2º Confírmase en todo lo demás.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la presente providencia fue discutida y aprobada en sesión de nueve (9) de febrero de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

Luis Antonio Alvarado Pantoja, Samuel Buitrago Hurtado, Guillermo Benavides Melo, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

SUSPENSION PROVISIONAL. CORTOLIMA. Recaudos. CONCEJO MUNICIPAL. Funciones. ALCALDE. Funciones.

Mediante los artículos demandados, el Concejo Municipal de Ibagué autorizó al Alcalde para cobrar el 5% de lo percibido con destino a la Corporación Autónoma Regional del Tolima, por concepto de facturación, liquidación y recaudo de dicho gravamen. No procede la suspensión provisional por no surgir de manera evidente y manifiesta la violación de la norma superior citada como violada. En efecto, la Ley 10 de 1981 creó el impuesto y los artículos demandados establecen una suma a favor del Municipio por concepto de facturación, liquidación y recaudo, y su sola comparación no lleva a la conclusión de que las decisiones del Concejo Municipal sean ilegales o desconozcan la creación misma del impuesto.

REVOCA LA SUSPENSION PROVISIONAL de los artículos 5º del Acuerdo 048 de 6 de mayo de 1987 y el artículo 12 del Acuerdo 060 de 29 de junio de 1987 del Concejo Municipal de Ibagué, decretada por el Tribunal Administrativo del Tolima en auto de noviembre 10 de 1987.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., tres de marzo de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejera ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación número 2054. Apelación auto de noviembre 10 de 1987, en juicio de nulidad y suspensión provisional del artículo 5º del Acuerdo 048 de mayo 6 de 1987 y artículo 12 del Acuerdo 060 de julio 29 de 1987 del Concejo Municipal de Ibagué.

Actor: Corporación Autónoma Regional del Tolima "CORTOLIMA".

Se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por el señor apoderado del Municipio de Ibagué, contra el auto proferido por el Tribunal Administrativo del Tolima mediante el cual suspendió provisionalmente el artículo 5º del Acuerdo 048 de 6 de mayo de 1987 y el artículo 12 del Acuerdo número 060 de 29 de julio de 1987, emanados del Concejo Municipal de Ibagué.

Los actos demandados:

La Corporación Autónoma Regional del Tolima, CORTOLIMA mediante apoderado demandó la nulidad de los artículos 5º del Acuerdo 048 de 6 de mayo de 1987 y 12 del Acuerdo 060 de 29 de julio de 1987 del Concejo Municipal de Ibagué, y solicitó su suspensión provisional por considerarlos violatorios del artículo 12 de la Ley 10 de 1981, por cuanto ordenan retener un porcentaje de lo recaudado con destino a la Corporación Autónoma Regional del Tolima sin que la citada ley lo autorice.

Las normas demandadas dicen textualmente:

Artículo 5º del Acuerdo 048 de 6 de mayo de 1987:

"Autorízase al Alcalde para cobrar, a partir de la vigencia fiscal de mil novecientos ochenta y siete (1987), por concepto de facturación, liquidación y recaudo, el cinco por ciento (5%) de lo percibido con destino a la Corporación Autónoma Regional del Tolima, correspondiente al gravamen de que trata el artículo 12 de la Ley 10 de 1981. Este ingreso se aplicará al pago de la sistematización de impuestos del Municipio".

Artículo 12 del Acuerdo 060 de 29 de julio de 1987:

"El impuesto establecido por el artículo 12 de la Ley 10 de 1981 con destino a la Corporación Autónoma Regional del Tolima (CORTOLIMA), consistente en el tres por mil (3×1.000) sobre el avalúo catastral de la propiedad inmueble, se cobrará de conformidad a lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley 75 de 1986, en armonía con el artículo 74 de la misma ley que modificó el artículo 5º de la Ley 14 de 1983.

"El Municipio cobrará a CORTOLIMA el cinco por ciento (5%) por concepto de facturación, liquidación o recaudo de dicho gravamen, ingreso que se aplicará a la sistematización de los impuestos del Municipio".

El auto recurrido:

El Tribunal Administrativo del Tolima, mediante el auto recurrido, aceptó la demanda y decretó la suspensión provisional de los artículos demandados con base en la siguiente consideración:

"De la simple comparación de las normas transcritas, surge evidentemente su contraposición, sin necesidad de hacer disquisiciones de orden jurídico, por cuanto prevalece la ley sobre los acuerdos dictados por el Concejo Municipal de Ibagué, advirtiendo que cualquier modificación que se hiciere, deberá serlo previa autorización del Con-

greso de la República por medio de otra ley que autorice expresamente a los Concejos Municipales del Tolima, para que mediante acuerdos puedan señalar un porcentaje a retener de lo recaudado por concepto de facturación, liquidación y recaudo del impuesto especial que fuera destinado a CORTOLIMA, surgiendo su abierta contradicción con la Constitución y la ley, por lo que ha de suspenderse provisionalmente las normas acusadas".

El recurso de apelación:

El señor apoderado del Municipio de Ibagué interpuso el recurso de apelación que ahora resuelve la Sala y lo sustenta, en síntesis en los siguientes argumentos:

1. La violación alegada no es manifiesta, ni se advierte a primera vista.

2. Las decisiones impugnadas son decisiones administrativas que buscan obtener de la entidad en cuyo favor se realiza el recaudo (CORTOLIMA), el costo que él mismo origina.

3. Esas decisiones administrativas son de competencia del Concejo Municipal y de conformidad con lo previsto en el artículo 183 de la Constitución Nacional, no es posible recargarle un costo adicional al Municipio, al tener éste que hacer un recaudo de fondos para la Corporación Autónoma Regional del Tolima, sin que exista ningún reconocimiento de sus gastos.

4. Los costos de recaudo deben ser asumidos por la entidad destinataria del ingreso.

5. Las normas que imponen gravámenes no determinan la forma como debe cubrirse los costos de su recaudo.

Para resolver, la Sala

Considera:

El artículo 12 de la Ley 10 de 1981 dice textualmente:

"Establécese con destino a la Corporación, un impuesto especial sobre las propiedades inmuebles situadas dentro de su jurisdicción, equivalente al tres por mil (3×1.000) sobre el monto de los avalúos catastrales.

"Los Tesoreros Municipales cobrarán y recaudarán el impuesto a que se refiere el inciso anterior, simultáneamente con el impuesto predial, en forma conjunta e inseparable, dentro de los plazos seña-

lados por los municipios para el pago de dicho impuesto. La mora en el pago del impuesto especial con destino a la Corporación, causará los mismos intereses moratorios que el impuesto predial, por mes o fracción de mes. El impuesto recaudado será mantenido en cuenta separada y entregado por los Tesoreros a la Corporación.

"*Parágrafo*. Los Tesoreros podrán cobrar el impuesto especial y los intereses moratorios mediante jurisdicción coactiva".

La norma transcrita creó un impuesto del 3 por mil sobre el avalúo catastral de los inmuebles ubicados dentro de la jurisdicción de la Corporación Autónoma Regional del Tolima y ordenó que dicho impuesto fuera recaudado por los Tesoreros Municipales al cobrar el respectivo impuesto predial, dentro de los mismos plazos y con los mismos intereses moratorios, manteniendo los fondos respectivos en cuentas separadas y con facultad para su cobro coactivo.

Por su parte, mediante los artículos demandados, ya transcritos, el Municipio de Ibagué, por decisión de su Concejo Municipal autorizó al Alcalde para cobrar el 5% de lo percibido con destino a la Corporación Autónoma Regional del Tolima, por concepto de facturación, liquidación y recaudo de dicho gravamen.

Considera la Sala que en este caso, no procede la suspensión provisional decretada por el *a quo*, en cuanto de la comparación de las disposiciones, no surge de manera evidente y manifiesta la violación de la norma superior citada como violada.

En efecto la Ley 10 de 1981, creó el impuesto y los artículos demandados establecen una suma a favor del Municipio por concepto de facturación, liquidación y recaudo, y su sola comparación no lleva a la conclusión de que las decisiones del Concejo Municipal sean ilegales o desconozcan la creación misma del impuesto.

El punto central de la controversia, tal como lo plantea la demanda es el relativo a la competencia del Concejo para proferir dicha decisión y establecer una contraprestación por sus servicios de recaudo del impuesto creado por la ley y la posibilidad de retenerla directamente de las sumas recaudadas. Pero este aspecto no puede dilucidarse con la simple comparación de las normas citadas, sino que justamente es el aspecto central a resolver en el fallo de fondo, a través del análisis y estudio detallado de las competencias propias del legislador y de las que corresponden a los Concejos Municipales a la luz de las normas constitucionales y legales sobre la materia.

Observa la Sala, que la decisión del *a quo* afirma que los artículos demandados presentan "...abierta contradicción con la Constitución y la ley..." porque para expedirlos, el Concejo requería "...previa autorización del Congreso de la República por medio de otra ley..."

lo cual no surge de una simple comparación de los artículos impugnados con la citada Ley 10 de 1981, sino que implica el análisis del aspecto de fondo que no corresponde a la presente oportunidad procesal.

Prueba de ello es el hecho de que el auto recurrido, no precisa la violación de la Ley 10 de 1981, sino que afirma de manera general que los acuerdos municipales demandados violan "...*la Constitución y la ley*".

Así las cosas, no habiéndose reunido los requisitos que el artículo 152 del Decreto 01 de 1984 exige para que proceda la suspensión provisional en acciones de nulidad, como la que aquí se ejerce, en cuanto la alegada violación de la ley susperior *no se puede percibir a través de una sencilla comparación,* debe revocarse el auto apelado.

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 10 de noviembre de 1987 en cuanto decretó la suspensión provisional de los artículos 5º del Acuerdo 048 de 6 de mayo de 1987 y 060 de 29 de julio de 1987 del Concejo Municipal de Ibagué.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Carmelo Martínez Conn, Jaime Abella Zárate, José Ignacio Narváez García, Consuelo Sarria Olcos.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

SUSPENSION PROVISIONAL. ACUERDO MUNICIPAL. ALCALDE. Facultades.

Si la ley dice que para efectos de la creación, supresión y fusión de empleos no se pueden hacer traslados ni adiciones presupuestales y el acto acusado faculta al Alcalde para que haga los traslados y contracréditos en el presupuesto respectivo, para darle cumplimiento al Acuerdo, la contrariedad es notoria, pues éste da vía libre a una prohibición contenida en norma superior, resultando imperativo la suspensión provisional.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., diecisiete de marzo de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejera ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente número 3914. Apelación interlocutorios.

Actor: Fabio Bonilla Fernández.

Los ciudadanos Carlos Arturo León Ardila y Fabio Robayo Suárez, a quienes el Tribunal ha debido reconocer como impugnadores en este proceso, solicitan la nulidad del auto admisorio de la demanda proferido por el Tribunal Administrativo del Meta el 20 de junio de 1988 e interponen recurso de apelación contra ese mismo auto, en cuanto decretó la suspensión provisional de los artículos 1º, 2º y 4º del Acuerdo número 106 de 28 de noviembre de 1987, mediante el cual el Concejo Municipal de Villavicencio incrementa y modifica la planta de personal de la Personería Municipal, establecida en el Acuerdo 41 de 1987 y confiere unas facultades al Alcalde.

Aun cuando el Tribunal omitió reconocerlos expresamente como impugnadores, entiende la Sala que al conceder el recurso de apelación, lo está haciendo tácitamente.

Los recursos:

El señor Carlos Arturo León Ardila manifiesta que interpone recurso de apelación "contra fallo suspensión Acuerdo 106 de 28 de noviembre de 1987".

Lo fundamenta invocando causales de nulidad procesal, por cuanto en el auto admisorio de la demanda no se solicitaron los antecedentes administrativos del acto acusado, y también argumentos contra la suspensión misma. Por ejemplo, afirma que no se crearon nuevas obligaciones a cargo del Tesoro Municipal para la vigencia fiscal de 1988, porque el acuerdo acusado entró a regir antes que el que aprobó el presupuesto para dicho año. Termina con una solicitud de pruebas.

El señor Fabio Robayo Suárez solicita expresamente la nulidad del auto admisorio de la demanda y en su defecto, que se le conceda el recurso de apelación contra tal providencia, en cuanto decretó la suspensión provisional solicitada en la demanda.

Expone argumentos casi iguales a los aducidos por el otro apelante.

Para resolver se *considera:*

Se impone en primer término, hacer claridad acerca de lo solicitado.

Un incidente de nulidad de lo actuado en el proceso y un recurso de apelación contra una determinada providencia son dos figuras jurídicas completamente diferentes; por manera que, el recurso de apelación ni puede sustentarse en causales de nulidad procesal, ni debe ser subsidiario del incidente de nulidad.

Tal incidente se propone ante el Magistrado sustanciador del proceso y debe decidirse por él una vez surtido el trámite correspondiente. El Consejo de Estado carece de competencia para decidir incidentes de nulidad en procesos que son de conocimiento de los Tribunales, en primera o en única instancia.

Ahora bien, en cuanto al recurso de apelación, sólo cabe contra el auto que decide la suspensión provisional, mas no en la parte que se refiere a la admisión de la demanda.

Lo anterior indica que la Sala sólo tiene competencia para pronunciarse sobre el recurso de apelación interpuesto contra el auto de 20 de junio de 1988, pero únicamente en cuanto decretó la suspensión provisional pedida en el libelo.

Lo relativo a nulidades corresponde al Tribunal del conocimiento.

La suspensión provisional:

Fue decretada por el *a quo*, sin más argumentos que el siguiente:

> "Después de haber efectuado 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, por cuanto con la creación de los nuevos cargos y la autorización al Alcalde por parte del Concejo Municipal para hacer traslados o contracréditos con esa finalidad, ello acarrea necesariamente una obligación mayor por dicho concepto a cargo del Municipio a lo presupuestado inicialmente para el año de 1988".

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido uniforme al sostener que la suspensión provisional sólo puede decretarse cuando exista una evidente y ostensible violación de la norma superior invocada, por parte del acto que se acusa; es decir, que surja de una simple comparación de textos.

No le es dado al juzgador entrar en el análisis fáctico de situaciones que no arrojen la contradicción mencionada de manera inequívoca; su decisión ha de basarse exclusivamente en lo que resulte de comparar los dos extremos de la controversia: La norma transgredida y la providencia transgresora.

En el caso aquí planteado el demandante sostuvo que los artículos 1º, 2º y 4º del Acuerdo 106 de noviembre de 1987, expedido por el Concejo Municipal de Villavicencio, eran violatorios del artículo 39 de la Ley 11 de 1986, incorporado en el 289 del Código de Régimen Municipal: Los artículos 1º y 2º, por infringir el inciso de la mencionada disposición legal que dice: "...sin que se puedan crear a cargo del Tesorero Municipal obligaciones que superen el monto fijado en el presupuesto inicialmente aprobado"; y el artículo 4º, violatorio de la misma norma en cuanto ésta determina: "...que para estos efectos no se pueden hacer traslados ni adiciones presupuestales".

El texto pertinente del acuerdo demandado es este:

"ACUERDO NUMERO 106 DE 1987.
"(noviembre 28).

"Por el cual se incrementa y modifica, la planta de personal de la Personería Municipal, establecida en el Acuerdo 41 de 1987, y se confieren unas facultades al Alcalde.

"EL CONCEJO MUNICIPAL DE VILLAVICENCIO, en uso de sus facultades legales y en especial las conferidas por el artículo 197 de la Constitución Nacional y el Decreto 1333 de 1986.

"ACUERDA:

"*Artículo primero:* Increméntase el personal de la Personería Municipal, así:

"2 Personeros Delegados en lo Penal, Categoría, Profesional de Justicia 03.

"1 Personero Delegado en lo Policivo, Categoría, Profesional de Justicia 03.

"1 Personero Delegado para la Vigilancia Administrativa Judicial, Categoría, Profesional de Justicia 03.

"3 Secretarias Mecanógrafas Asistenciales, Categoría 10.

"2 Auxiliares se (sic) Servicios Generales, Asistenciales Categoría 01.

"Artículo segundo: El cargo de oficial de inventarios quedará así:

"Jefe de Inventarios Bienes del Municipio, Categoría Técnico 01.

"Artículo tercero: El cargo de Jefe de Vigilancia Administrativa y Judicial quedará así:

"Personero Delegado para la Vigilancia Administrativa y Judicial, Categoría Profesional de Justicia 03.

"Artículo cuarto: Facúltase al Alcalde por el término de seis (6) meses, para que haga los traslados y contracréditos en el presupuesto de 1988 para darle cumplimiento al presente acuerdo".

El texto completo del artículo 39 de la Ley 11 de 1986 (art. 289 del C. de R. M.), que se estima parcialmente vulnerado, es el siguiente:

"La determinación de las Plantas de Personal de las Alcaldías, Secretarías y de sus oficinas o dependencias, corresponde a los Concejos, a iniciativa de los respectivos Alcaldes.

"La creación, supresión y fusión de empleos de las Contralorías, Auditorías, Revisorías, Personerías y Tesorerías también corresponde a los Concejos.

"La función a que se refiere este artículo se cumplirá con sujeción estricta a las normas que expidan los Concejos sobre nomenclatura, clasificación y remuneración de empleos, y sin que se puedan crear a cargo del Tesoro Municipal obligaciones que superen el monto fijado en el presupuesto inicialmente aprobado para el pago de servicios personales, es decir que para estos efectos no se pueden hacer traslados ni adiciones presupuestales".

La Sala al confrontar las disposiciones transcritas encuentra lo siguiente:

Artículo primero del acuerdo demandado. Incrementa la planta de personal de la Personería Municipal. Para hacerlo, el Concejo Municipal de Villavicencio tiene expresa autorización constitucional (art. 197) y legal, consagrada justamente en la ley que se dice vulnerada.

Que esa atribución no se haya cumplido en este caso "...con sujeción estricta a las normas que expidan los Concejos sobre nomenclatura, clasificación y remuneración de empleos, y sin que se puedan crear a cargo del Tesoro Municipal obligaciones que superen el monto fijado en el presupuesto inicialmente aprobado..." no es conclusión que se derive de la simple comparación del proveído del Cabildo con la norma superior. No resulta *prima facie*, ese quebrantamiento, sino al contrario: Que el Concejo está cumpliendo un mandato constitucional y legal.

Que esa decisión del Concejo implique real o virtualmente superación del monto presupuestal ya señalado al efecto, es posible. Pero este examen está reservado al fallo. Por tanto, es forzoso concluir que la medida cautelar solicitada no procede respecto a ese artículo primero.

Artículo segundo del acuerdo demandado. En sí mismo, el contenido de este artículo tampoco se opone abiertamente, ni contradice de manera ostensible, la norma legal que el demandante estima vulnerada. No es asunto que pueda dilucidarse en la suspensión provisional si el cargo modificado por esta decisión del Concejo crea una obligación presupuestal mayor a la ya determinada. Si ello es así, deberá ser conclusión que se obtenga luego del debido debate probatorio; pero su tenor literal no se contrapone flagrantemente al artículo 289 del Código de Régimen Municipal y por esa razón tampoco puede suspenderse provisionalmente.

Artículo cuarto del acuerdo demandado. Distinto es el caso de esta disposición, en donde sí aparece una manifiesta contradicción con la norma que se estima infringida, en lo pertinente.

Si la ley dice que "...para estos efectos (creación, supresión y fusión de empleos) no se pueden hacer traslados ni adiciones presupuestales" y el acto acusado faculta al Alcalde "...para que haga los traslados y contracréditos en el presupuesto de 1988 para darle cumplimiento al presente acuerdo...", la contrariedad es notoria; surge de un simple cotejo: El acuerdo da vía libre a una prohibición contenida en norma superior, resultando imperativa, en consecuencia, la suspensión provisional, porque —en cuanto a este artículo cuarto— se aviene a lo establecido en el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo.

Con fundamento en lo anterior, la Sala de Decisión,

Resuelve:

1º Revócase el auto apelado sólo en cuanto decretó la suspensión provisional de los artículos 1º y 2º del Acuerdo 106 de noviembre 28 de 1987, expedido por el Concejo Municipal de Villavicencio.

2º Confírmase la suspensión provisional del artículo 4º del dicho acuerdo.

Cópiese, notifíquese y envíese el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada el día tres (3) de marzo de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

Alvaro Lecompte Luna, Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL.

Por disposición constitucional y legal, la competencia de los Concejos Municipales para imponer contribuciones no es plena y requiere de autorización previa.

SUSPENDE PROVISIONALMENTE los Acuerdos 42 de 1986 (diciembre 22) y 4 de 1987 (marzo 2); artículos 1º a 3º del Acuerdo 42 de 1986, y 1º al 6º del Acuerdo número 4 de marzo 2 de 1987, expedidos por el Concejo Municipal de Cartagena.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., tres de mayo de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Carmelo Martínez Conn.*

Referencia: Expediente número. 1974. Apelación interlocutorios. Apelación auto de mayo 14 de 1987, proferido por el Tribunal Administrativo de Bolívar, en juicio de nulidad y suspensión provisional de los Acuerdos números 42 de diciembre 22 de 1986 y 4 de marzo 2 de 1987, expedidos por el Concejo Municipal de Cartagena de Indias. Auto. Actor: Alcides Arrieta Meza.

En memorial de 21 de mayo de 1987, el actor interpuso recurso de apelación (fl. 16), contra el auto de 14 de mayo de 1987, por el cual el Tribunal Administrativo de Bolívar, que admitió la demanda y negó la suspensión provisional de los Acuerdos 42 de diciembre de 1986 y 4 de marzo 2 de 1987, emanados del Concejo Municipal de Cartagena, que modificó el anterior. El demandante, que hace uso de la acción pública de nulidad, fundó su demanda en la violación de los artículos 93, literal 1º del Decreto 1333 de 1986, en concordancia con los artículos 171 a 233 del citado Decreto-ley 1333 y 84 del Código Contencioso Administrativo.

El Concejo Municipal de Cartagena gravó en los acuerdos demandados, el servicio telefónico, sin facultad para ello, afirma, violando también el artículo 222 del Decreto 1333 de 1986, el cual destinó el 50% del impuesto de valorización para vivienda obrera.

El Tribunal no suspendió el acuerdo por cuanto le pareció que en el acápite correspondiente a la petición de suspensión provisional,

no se explicó con claridad meridiana el concepto de esa violación, ya que el demandante se limita a manifestar en forma general que no están facultados los Concejos para crear impuestos a los teléfonos, o al servicio público de la telecomunicación, razón por la cual no procede suspender los efectos del acto demandado.

Como la razón para no suspender fue que el actor sólo se limitó a manifestar que los Concejos no estaban autorizados para crear impuestos a los teléfonos, o al servicio público de la telecomunicación, es pertinente transcribir apartes de la demanda.

Se dice en el libelo, acápite Fundamentos de Derecho y Concepto de la Violación:

"Anulación de los acuerdos por violar el artículo 93 del Decreto 1333 de 1986, esto es, que la contribución, impuesto o incremento no está dentro de los límites señalados en la ley".

"Dice el artículo 93 del Decreto 1333 de 1986: 'Son atribuciones legales de los Concejos: La de imponer contribución para el Servicio Municipal, dentro de los límites señalados por la ley y las ordenanzas y reglamentar su recaudo e inversión'. El límite a las atribuciones en materia de impuestos a los Concejos Municipales, son los artículos 171 a 233 del Decreto-ley 1333 de 1986, los cuales excluyen cualquier servicio público para que sea gravado, y por tanto el servicio de telecomunicaciones o teléfonos que no aparece en dichas facultades, ni puede ser gravado, lo que se obtiene sin el mayor esfuerzo mental al leer el artículo mencionado".

"Siendo ello así, llegamos a la conclusión incontrovertible, que el honorable Concejo Municipal de esta ciudad, se apartó de los límites legales; incrementando un impuesto el cual le está prohibido, por no estar dentro de sus atribuciones, luego, si no está facultado para crearlo, menos para incrementarlo o reglamentarlo".

Luego de insistir en que los Concejos Municipales carecen de facultad legal para gravar los servicios públicos, debiendo limitarse a cobrar una tasa por la prestación del servicio, al solicitar la suspensión provisional, alega que los acuerdos cuya nulidad solicita violan disposiciones de superior jerarquía como son los artículos 171 a 233 del Decreto 1333 de 1986, insistiendo en que los Concejos Municipales no están autorizados para gravar el servicio público de teléfonos.

Se considera:

No comparte la Sala el criterio del *a quo*, según el cual en el acápite correspondiente a la solicitud de suspensión provisional "no

se explica con claridad meridiana" el concepto de esa violación, en cuanto puede tratarse de algo relativo al estilo del actor, para el cual seguramente, la violación que alega estaba suficientemente explicada en el texto del libelo, como, en verdad, puede apreciarse, el concepto de la violación lo reitera en distintas oportunidades en el curso de la demanda. Y así dice:

"Según las normas superiores del Decreto 1333 de 1986 los Concejos Municipales están autorizados para imponer los siguientes gravámenes: Predial, industria y comercio y de avisos y tableros, complementarios del anterior, de circulación y tránsito de automotores, parques y arborización, de espectáculos públicos, a las ventas por el sistema de clubes (art. 11, Ley 69 de 1946), de casino, degüello de ganado menor, sobre billetes, tiquetes y boletos de rifas y apuestas y premios (Leyes 12 de 1932 y 69 de 1946) apuestas mutuas, electrificación rural con autorización previa de las Asambleas Departamentales, de extracción de arena, cascajo y piedra de los cauces de los ríos y arroyos dentro de los términos municipales, sin perjuicio de labores y aprovechamientos legítimos de las minas y de las aguas, impuesto de delineación en los casos de construcción de nuevos edificios o reparación de los que existan, el impuesto por el uso del subsuelo. Además, están autorizados por la Ley 25 de 1986, artículo 3º para cobrar la contribución de valorización sobre las propiedades raíces que se benefician por la ejecución de obras públicas de interés local. Tienen, además participación en el impuesto nacional a las ventas desde el 1º de julio de 1986 (art. 245, Decreto 1333 de abril 25 de 1986, cesión autorizada por las Leyes 33 de 1968, 46 de 1971, 22 de 1973, 43 de 1975 y el Decreto 232 de 1983)".

El artículo 93 del Decreto 1333 de abril 25 de 1986, conocido como Código de Régimen Municipal, expedido en cumplimiento de las facultades extraordinarias conferidas al Ejecutivo por la Ley 11 de 1986, a la letra dice: "Son atribuciones legales de los Concejos:

> "1ª Imponer contribuciones para el servicio municipal, dentro de los límites señalados por la ley y las ordenanzas y reglamentar su recaudo e inversión".

Así pues, que por disposición constitucional, artículo 197, atribución 2ª, artículo 92, atribución 2ª, *ibídem* y 171 y 172 del Decreto 1333 de abril de 1986, la competencia de los Concejos Municipales para imponer contribuciones no es plena y requiere de autorización previa.

En el caso que estudia la Sala, el Concejo Municipal de Cartagena en el Acuerdo número 4, de marzo 2 de 1987, en el artículo acusado expresa: "Modificarse los parágrafos 1 y 2 del artículo 1º del Acuerdo 42 de 1986, los cuales quedarán así:

"Parágrafo 1º: El mayor valor producido por el impuesto a los teléfonos, se destinará así:

"a) Veinticinco por ciento (25%) para fondos comunes;

"b) Cuarenta por ciento (40%) para la adquisición de terrenos, construcciones de viviendas, compra de materiales para construcción, infraestructura de servicios públicos, en general para adecuar el terreno o terrenos que se compren para dar solución definitiva a la reubicación de los moradores del barrio San José de la ciudad de Cartagena;

"c) Quince por ciento (15%) para obras públicas;

"d) Veinte por ciento (20%) para deporte.

"*Parágrafo 2º:* Una vez solucionado el problema de vivienda de los habitantes del 'barrio San José', el porcentaje indicado en el literal b) del parágrafo anterior pasará a fondos comunes; y para que no quedara duda de que se trata de un arbitrio rentístico del Municipio en el parágrafo del artículo 3º, se dice: 'El Alcalde de Cartagena de Indias queda facultado para pignorar la renta de que habla el literal b) del artículo 1º de este acuerdo, con cualquier entidad bancaria o crediticia, por el término de cuatro (4) años para atender los objetivos dispuestos en el acuerdo' ".

A su vez el Acuerdo número 42 de diciembre 22 de 1986, el cual modifica el anterior, tiene los siguientes enunciados y contenido: "Por el cual se modifica el artículo 1º del Acuerdo número 8 de febrero 2 de 1983, sobre gravámenes a los teléfonos y se dictan otras disposiciones:

"*Primera categoría:* Teléfonos industriales, comerciales, entidades oficiales, institutos descentralizados, empresas de economía mixta, además de clubes sociales y similares $ 500.00.

"*Segunda categoría:* Teléfonos profesionales y residenciales $ 300.00.

"*Tercera categoría:* Teléfonos para servicio de tele-red, emisoras y otras $ 100.00.

"Parágrafo 1º: El mayor valor producido de este impuesto se destinará a los siguientes conceptos:

"a) 25% para fondos comunes;

"b) 25% para obras públicas;

"c) 25% para junta de recreación y deportes;

"d) 25% para la adquisición de terrenos con el propósito de dar solución de vivienda a los moradores del barrio 'San José'.

"Parágrafo 2º: Una vez solucionada la situación de vivienda de los moradores del barrio 'San José', éste 25% pasará a fondos comunes".

Además, el actor incluyó en su libelo una fotocopia de un recibo por el servicio del teléfono 40057 en el cual se lee nítidamente un cargo de $ 500.00 por concepto de impuesto municipal.

Queda patente que el Concejo Municipal de Cartagena desde la vigencia del Acuerdo número 42 de 22 de diciembre de 1986, estableció y cobra un impuesto municipal con tarifa por el uso de teléfono a cargo del usuario sin autorización legal alguna, violando de ese modo los artículos 93 del Decreto-ley 1333 de 1986, en concordancia con los artículos 171 y 172 *ibídem* y 84 del Código Contencioso Administrativo, inciso 2º.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sección Cuarta, de la Sala Contenciosa,

Resuelve:

Revócase el numeral 2º del auto de fecha catorce (14) de marzo de 1987, en cuanto negó la suspensión provisional de los Acuerdos 42 de 22 de diciembre de 1986, y 4º de marzo 2 de 1987, artículos 1º a 3º del Acuerdo 42 de 1986, y 1º al 6º del Acuerdo número 4 de 2 de marzo de 1987, y en su lugar se decreta la suspensión provisional de las normas con fundamento en lo expuesto en el curso de esta providencia.

En firme esta providencia remítase el expediente al Tribunal de origen para que continúe el trámite.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en la Sala de la sesión de la fecha.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Carmelo Martínez Conn, Presidente de la Sala; *Consuelo Sarria Olcos, Jaime Abella Zárate, Guillermo Chahín Lizcano.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

SUSPENSION PROVISIONAL. FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL.

Decretar la suspensión provisional cuando ella coincide con la pretensión principal, no constituye un prejuzgamiento.
Los Concejos Municipales ni el Alcalde están facultados para gravar con impuestos municipales actividades que lo estén por virtud de la ley.
La Constitución y la ley subordinan la capacidad impositiva de las autoridades municipales y prohiben expresamente gravar con impuestos municipales actividades que lo estén por virtud de la ley.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., diecinueve de mayo de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente número 2475. Nulidad y suspensión provisional del artículo 2º del Acuerdo 36 de 1975, Código 168, literal B, Acuerdo 01 de 1987 ambos del Concejo Municipal de Tuluá y artículo 1º Decreto 063 de 1977 del Alcalde del mismo municipio. Auto.

Actor: Marco A. Moreira contra Municipio de Tuluá.

Se resuelve por la Sala el recurso de apelación interpuesto por el demandante Marco A. Moreira contra el auto de 29 de septiembre de 1988 proferido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en el juicio de nulidad contra el artículo 2º del Acuerdo número 36 de 1975 expedido por el Concejo Municipal de Tuluá, el artículo 1º del Decreto 063 de 1977 de la Alcaldía del mismo Municipio, y el Código 108, literal B del Acuerdo número 01 de 1987 del citado Concejo Municipal. El auto impugnado admitió la demanda pero negó la suspensión provisional.

La apelación:

Se dirige a lograr la revocación del auto impugnado y a que se decrete por esta Corporación la suspensión provisional de los actos

administrativos cuestionados por el demandante como ostensiblemente violatorios de normas superiores.-

La demanda de suspensión provisional no tuvo prosperidad ante el *a quo* pues se consideró que la violación alegada no surgía de la sencilla comparación de normas que exige la ley y que para deducirla era menester realizar un estudio de fondo, propio de la sentencia. Así mismo estimó el Tribunal que la negativa a conceder la suspensión provisional se fundaba en que "la suspensión de (sic) confunde con la pretensión principal de la demanda, lo que implicaría que toda decisión que se tomara en el presente momento sería prejuzgar, es decir, sería el cumplimiento anticipado de una sentencia favorable al actor".

El actor manifiesta su inconformidad y la plantea por la vía del recurso ante esta Corporación, manifestando similares razonamientos a los expuestos en la demanda y apoyándolos en la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Consideraciones para resolver:

Ante todo quiere dejar sentado la Sala que no comparte el criterio esbozado en el auto apelado en el sentido de que decretar la suspensión provisional cuando ella coincide con la pretensión principal equivale a incurrir en prejuzgamiento. Dicha afirmación, así lanzada de manera general, resulta peligrosa por cuanto a la postre conduce a la desaparición por vía judicial de la institución de la suspensión provisional. Por el contrario, ordena la ley que en las acciones de nulidad cuando se haya solicitado la medida preventiva a que se alude, debe el Juez decretarla cuando encuentre que la violación es manifiesta. Si tal cosa implica prejuzgar, se trata de un prejuzgamiento autorizado, ordenado por la propia ley en aras a la preservación del orden jurídico.

No siendo admisible pues, la anterior fundamentación para el rechazo de la suspensión impetrada, cabe analizar entonces si se dan los requisitos y condiciones establecidos por el Código Contencioso Administrativo para su prosperidad, y fundamentalmente, si los actos administrativos que se acusan en verdad violan ostensiblemente las normas superiores que se invocan como transgredidas. A ello procede la Sala.

En el acápite correspondiente a la demanda de suspensión provisional, el actor confronta los textos de los actos acusados de nulidad a saber: El artículo 2º del Acuerdo número 36 de 1975 y el Código 108, literal B del Acuerdo número 01 de 1987 del Concejo Municipal de Tuluá y el artículo 1º del Decreto 063 de 1977 del Alcalde de dicho Municipio, con las siguientes normas superiores que se predican violadas en forma ostensible: Artículos 20 y 197 numeral 2º de la Cons-

titución Nacional, artículo 92, numeral 2 y 93 del Decreto 1333 de 1986; artículo 171 de la Ley 4ª de 1913.

Afirma que es manifiesta la violación aducida por cuanto las normas de carácter municipal crean, ejecutan y reajustan un impuesto denominado sobretasa por boletas de entrada a los espectáculos públicos, frente a disposiciones de la Constitución y de la ley que no le atribuyen esas facultades a los Concejos Municipales ni al Alcalde, que subordinan su capacidad impositiva a las autorizaciones de la ley y que prohíben expresamente gravar con impuestos municipales actividades que lo estén por virtud de la ley.

En verdad que, realizada la confrontación propuesta y efectuado un somero análisis de los extremos normativos, la conclusión a que llega la Sala es la de que asiste razón al demandante y que en efecto, la violación manifiesta fluye de manera sencilla y directa, como ya ha tenido oportunidad de expresarlo la Sala en otros casos, similares al presente, en los que se ha debatido el tema de la competencia que en materia tributaria tienen las autoridades municipales.

En consecuencia, y siendo a criterio de la Sala, ostensible la violación que los actos administrativos acusados irrogan a las normas Constitucionales y legales antes citadas y habiéndose cumplido las exigencias formales establecidas por el artículo 153 del Código Contencioso Administrativo para que tenga viabilidad la medida de suspensión provisional, es pertinente otorgarle prosperidad al recurso y previa la revocación del auto apelado, decretarla.

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

Resuelve:

Revocar el auto de septiembre 29 de 1988 proferido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en cuanto negó la suspensión de los actos administrativos que se mencionan en la parte motiva de esta providencia.

Decretar la suspensión provisional del artículo 2º del Acuerdo número 36 de 1975 y del Código 108, literal B del Acuerdo número 01 de 1987, ambos del Concejo Municipal de Tuluá y del artículo 1º del Decreto 063 de 1977 del Alcalde del mismo Municipio.

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.

Carmelo Martínez Conn, Presidente de la Sala; *Guillermo Chahín Lizcano, Jaime Abella Zárate, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

CONTRALORIA MUNICIPAL. Creación. SUSPENSION PROVISIONAL.

La prueba que sirvió de fundamento para decretar la suspensión provisional del acto acusado, es un documento público que reviste autenticidad y al que debe estarse mientras no se tache de falso. Documento aportado para efectos de acreditar la falta del requisito del artículo 305 del Decreto 1333 de 1986, complementado con la copia del acuerdo que señaló para el año de 1988 el presupuesto de ingresos y gastos del Municipio de Los Patios, en un valor inferior al exigido en aquella norma para crear Contralorías Municipales.

Confirma la SUSPENSION PROVISIONAL del Acuerdo número 19 de noviembre 24 de 1988 expedido por el Concejo Municipal de Los Patios (Norte de Santander).

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., veintiséis de junio de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja.*

Expediente número 1166.

Actor: Francisco Jordán Peñaranda.

Decide la Sala la apelación interpuesta contra el auto de 3 de febrero del año en curso proferido por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, en cuanto en dicho proveído se decretó la suspensión provisional del acuerdo demandado número 19 de 24 de noviembre de 1988 del Concejo Municipal de Los Patios por medio del cual se creó la Contraloría Municipal de este municipio.

El *a quo* argumenta así en su proveído:

"De acuerdo con las pruebas aportadas a la demanda, *prima facie* encontramos que efectivamente el Acuerdo número 19 de 24 de noviembre de 1988, originario del Concejo Municipal de Los Patios viola ostensiblemente lo dispuesto en el artículo 305 del Decreto 1333 de 1986, o sea el Código de Régimen Político y Municipal; pues basta observar que el Municipio de Los Patios, de acuerdo a su presupuesto

para la vigencia de 1988 y conforme a la certificación expedida por el Jefe de la Sección de Examen y Revisión de Cuentas de la Contraloría Departamental, tiene un *monto total de rentas propias* equivalente a $ 16.625.000.00, suma esta que no alcanza a la estipulada en el citado artículo del Código de Régimen Político y Municipal como requisito objetivo para crear la Contraloría Municipal; pues lo restante del presupuesto equivale a transferencias que recibe de la Nación.

"Basta lo anterior para considerar que se debe proceder a decretar la suspensión provisional del citado acuerdo conforme lo solicita el actor, de acuerdo con el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo".

Fundamentos del recurso:

El recurso de apelación se sustenta en dos argumentos básicos, a saber:

1. La violación de la ley que origina la suspensión provisional, debe surgir de la simple comparación entre la norma jurídica y el acto administrativo cuya suspensión se pretende, sin que el razonamiento efectuado vaya más allá de la simple lectura de la norma invocada como infringida y del acto acusado, para que de su confrontación se deduzca a primera vista la violación de aquélla.

Además, el examen de la prueba a que se refiere el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, solamente plantea la posibilidad de examinar elementos formales de la misma. En el presente caso, fueron necesarios para el demandante seis pasos o etapas en que no sólo se tienen que examinar cuestiones jurídicas sino de prueba que harían necesaria la intervención de peritos para determinar con claridad si hubo o no violación de normas superiores, por lo que por ese aspecto no se dan los presupuestos para la suspensión provisional, según la jurisprudencia sentada reiteradamente por la Corporación.

2. Plantea también el apelante que, la suspensión provisional es improcedente en el caso presente porque el Acuerdo número 19 de novimebre 24 de 1988 fue proferido para que la Contraloría que se crea por él, se estructurara y funcionara en el año de 1989, en el que el presupuesto del municipio supera con amplitud los recaudos por rentas propias que exige la ley para que los Concejos Municipales puedan crear las Contralorías Municipales.

Como consecuencia, el Tribunal carecía de elementos de juicio suficientes para decretar la suspensión provisional del acto acusado dado que se basó en el presupuesto de 1988 y no en el de 1989 que no había sido aportado al proceso.

Que en las anteriores condiciones el Tribunal "dictó sentencia sin esperar el trámite del juicio ordinario y sin establecer, realmente el carácter manifiesto del citado acuerdo".

Consideraciones de la Sala:

Sobre la medida precautelativa, sus modalidades y efectos, se ha pronunciado reiteradamente esta Corporación para insistir que cuando se trata de tal petición dentro del ejercicio de una acción de nulidad, ella procederá sólo cuando la infracción se pueda percibir de primer intento y ella sea ostensible, manifiesta y directa y surja de la sola confrontación entre el acto acusado y la norma invocada como violada.

Se ha dicho igualmente que cuando se produzca del examen de las pruebas aportadas, éstas deben estar en relación directa con la expedición del acto cuestionado, es decir, con el proceso de su formación, o con relación a los miembros o funcionarios que lo expidieron; alcance este restringido del inciso 2º del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, y que tiene que ver con el carácter de prueba sumaria que se le asigna en esa norma. Por manera que, dentro de esos parámetros si de la prueba aducida se desprende la contradicción con la norma superior, la suspensión provisional ha de prosperar.

Así las cosas, la Sala encuentra que la prueba examinada por el *a quo* y que sirvió de fundamento para decretar la suspensión del acto acusado, es un documento público que reviste autenticidad y al que debe estarse mientras no se tache de falso. Documento aportado por el demandante para efectos de acreditar la falta del requisito del artículo 305 del Decreto 1333 de 1986, complementado, con la copia del acuerdo que señaló para el año de 1988 el presupuesto de ingresos y gastos del Municipio de Los Patios, en un valor inferior al exigido en aquella norma para crear Contralorías Municipales.

Por lo demás, es lógico entender que el presupuesto que se debe tener en cuenta es el vigente cuando se discutió y aprobó el acuerdo, y no es del 89 como lo pretende el recurrente.

Por lo brevemente expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

Resuelve:

Confirmar el auto apelado, en cuanto hace relación con la suspensión provisional decretada del Acuerdo número 19 de 1988 expedido por el Concejo Municipal de Los Patios (Norte de Santander).

Ejecutoriado el presente proveído, vuelva el 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 veintidós de junio de mil novecientos ochenta y nueve.

Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Ausente; *Samuel Buitrago Hurtado, Simón Rodríguez Rodríguez.*

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

CONTRALORIA MUNICIPAL. CONTROL FISCAL. ENTIDADES DESCENTRALIZADAS MUNICIPALES.

Las Contralorías Municipales a través de su Contralor, son las únicas que pueden ejercer el control fiscal de la administración municipal y de sus entidades descentralizadas. No puede existir un Auditor Fiscal paralelo y autónomo.
REITERACION JURISPRUDENCIAL: Sentencia de febrero 11 de 1989, expediente 870, Ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez, Extracto número 34.
Se confirma la NULIDAD del artículo 8º y sus parágrafos 1, 2 3 del Acuerdo número 39 de 21 de septiembre de 1981 del Concejo de Medellín.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., catorce de junio de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja.*

Expediente número 84.

Actor: Oscar J. Uribe Montoya.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte impugnadora contra la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia en el proceso de nulidad del artículo 8º con sus parágrafos 1º, 2º y 3º, e inciso 2º del Acuerdo número 39 de 21 de septiembre de 1981 del Concejo de Medellín.

I. La demanda:

Como se ha dicho se demandó el artículo premencionado del Acuerdo número 39 de septiembre de 1981 del Concejo de Medellín, por medio del cual se crea el establecimiento público Instituto Metropolitano de Valorización de Medellín "—INVAL—" en virtud de los argumentos que se sintetizan tomados de la demanda:

Parte de la base constitucional (art. 190 de la C. N.) conforme a la cual la vigilancia de la gestión fiscal de los municipios solamente la pueden llevar a cabo las Contralorías Departamentales o la Contraloría Municipal cuando lo disponga la ley. Hace luego un recuento legislativo desde 1886 hasta llegar a la Ley 6ª de 1958 y la reforma constitucional de 1968 y remata dicho escrito de la siguiente manera: "Desde 1958 el país carece de legislación que le permita a los municipios crear contralorías propias. Las creadas antes subsisten con las funciones atribuidas originalmente o con las modificaciones hechas hasta septiembre de 1958", agrega.

Más adelante y en torno al objeto mismo de la demanda, esto es la nulidad del acto acusado del Concejo Municipal de Medellín, en cuanto creó u organizó una auditoría especial dependiente de aquel cuerpo popular, para el control y vigilancia del Instituto Metropolitano de Valorización de Medellín, afirma que si no existen facultades legales siquiera para establecer contralorías municipales, "mucho menos para establecer procedimientos singulares de control fiscal", y cita el caso del Municipio de Bucaramanga donde se quiso crear un régimen de control fiscal de las Empresas Públicas, independientemente del resto del municipio, acto que dio lugar a la suspensión provisional decretada por el Tribunal respectivo y luego confirmada por el Consejo de Estado y razona así sobre el particular:

"Los Concejos Municipales no tienen la función de crear auditorías autónomas, independientes, sueltas, para los entes descentralizados, ejerciendo funciones no otorgadas ni por la Constitución ni por la ley, el artículo 197 de la Constitución señala que las atribuciones de los Concejos se ejercerán conforme a la ley, o sea que los acuerdos que dicten deben estar de acuerdo con ésta; esos acuerdos y esas atribuciones no se hacen caprichosamente, como quieran los Concejos, no, es de conformidad con la ley. Además para el caso concreto según el artículo 190 de la Constitución Nacional, inciso segundo, solamente la ley puede señalar excepciones al Control Fiscal de los Municipios, por parte de las Contralorías Departamentales. A los Concejos les corresponde actuar de conformidad con la ley, no suplantarla, ni querer sustituirla.

"Según el numeral 6º del artículo 197, de la misma Constitución Nacional, corresponde al Concejo, elegir Personero, Tesorero y demás funcionarios o empleados que determine la ley. No existe ley de autorización al Concejo Municipal de Medellín, ni a ningún otro, para elegir esos Auditores independientes de las Contralorías Departamentales y Municipales. El hecho concreto es que no hay determinación de la ley, para que los Concejos hagan elección de tales Auditores. Al no tener esa autorización, esa determinación de la ley, exigida por la Constitución Nacional, el Concejo no puede dársela por sí mismo".

II. La sentencia del Tribunal:

El Tribunal Administrativo de Antioquia en su bien motivada providencia desató la controversia declarando la nulidad del artículo 8º y sus parágrafos 1, 2 y 3 del acuerdo demandado, para lo cual tuvo en cuenta fundamentalmente lo dispuesto en el artículo 190 de la Constitución Nacional, o inciso 2º del artículo 59 del Acto legislativo número 1 de 1968, el cual dice: "La vigilancia de la gestión fiscal de los Departamentos y Municipios corresponde a las Contralorías Departamentales, salvo lo que la ley determine respecto a las Contralorías Municipales". Aquella autoridad cita al respecto varias sentencias de esta Sección del Consejo y concluye expresando que al no existir disposición legal que autorice a los Concejos Municipales para crear organismos de control fiscal especiales o independientes de las Contralorías Municipales, tampoco existe la ley que autorice o faculte a los Concejos para nombrar auditores, igualmente con tareas de vigilancia fiscal en dichas entidades.

III. El recurso:

Después de contar el recurrente la historia del Instituto Metropolitano de Valorización de Medellín, INVAL, y de explicar la filosofía de la Contribución de Valorización "regida por el principio del beneficio con base o fundamento en la equidad que la justifique", así como de la independencia patrimonial de dicho instituto en relación con el Municipio de Medellín, afirma sobre las normas locales acusadas lo siguiente:

"Artículo 48. *Auditor.* El establecimiento tendrá un Auditor, a cuyo cargo estará el control fiscal de las actividades del mismo.

"Por lo antes visto, el patrimonio del Instituto es totalmente independiente del patrimonio del Municipio de Medellín. Ni los dineros de las arcas de *fondos comunes* del Municipio, ni de los fondos especiales del mismo, ingresan al Instituto Metropolitano de Valorización de Medellín, INVAL, para hacer con ellos las obras públicas de interés general, que valorizan los predios hasta donde tenga influencia real en cuanto a plusvalía se refiere la obra referida..."

"...Si los dineros entonces no son del Municipio de Medellín, mal haría la Contraloría Municipal de este ente público, ejercer el control fiscal sobre unos bienes y actividades que están por fuera de su órbita de competencia.

"Esta fiscalización la debe ejercer el organismo al cual el Concejo Municipal, creador del ente público descentralizado, se la haya asignado. En este caso concreto, al Auditor del INVAL".

Concluye el alegato para sustentar el recurso en estudio, sosteniendo que el Concejo tenía competencia para crear organismos fiscalizadores del ente público municipal y de sus institutos descentralizados.

IV. El concepto del Ministerio Público:

El señor Fiscal de la Corporación en su escrito o alegato de conclusión que obra al folio 71, estima, de acuerdo con la jurisprudencia mencionada por el Tribunal en el sentido de que los municipios que no crearon las contralorías antes de la expedición del Acto legislativo de 1968 quedaron sujetos al control fiscal de las Contralorías Departamentales. Sin embargo, expresa que con motivo de la expedición del nuevo Código de Régimen Municipal se producirá aquí el fenómeno de la "supervención" o aparecimiento de nuevo derecho que legalizaría la situación planteada con base en el artículo 305 del nuevo estatuto que autoriza la creación de las Contralorías con base en su presupuesto anual.

V. Consideraciones de la Sala:

Para la recta interpretación de lo que aquí se estudia, precisa conocer previamente el texto de las disposiciones demandadas, que hacen parte del Acuerdo número 39 de 1981 por medio del cual se crea el establecimiento público "Instituto Metropolitano de Valorización de Medellín INVAL", las cuales son del siguiente tenor:

"*Artículo 8º* El control sobre los bienes, y las actividades del Instituto Metropolitano de Valorización de Medellín —'INVAL'— será ejercido por un Auditor nombrado por el Concejo para un período de dos (2) años que empezará a contarse desde el 1º de enero de 1983.

"*Parágrafo 1º* El primer nombramiento lo hará el Alcalde para un período que terminará el 31 de diciembre de 1982.

"*Parágrafo 2º* El Auditor requerirá las mismas calidades que se necesitan para ser Contralor Departamental y su asignación será la misma del Auditor de las Empresas Públicas de Medellín.

"*Parágrafo 3º* La planta de cargos de la Auditoría, así como las funciones, curvas salariales y salarios serán competencia del Concejo Municipal. Los empleados serán de libre nombramiento y remoción del Auditor.

"Facúltase al Alcalde para que dentro de los dos (2) meses siguientes al funcionamiento del establecimiento público, asuma y agote la competencia señalada en el párrafo anterior".

Como puede verse de la anterior transcripción, se trata del control de los bienes y actividades del Instituto Metropolitano de Valorización de Medellín, es decir, de un organismo descentralizado de esta capital, al cual, como es obvio se le debe aplicar el nuevo estatuto establecido en el actual Código de Régimen Municipal como lo asevera el señor Fiscal, pero no para los efectos de la creación del cargo de Auditor nombrado por el Concejo como se desprende de su concepto de fondo, ya que no pueden coexistir dos organismos de control sobre estos entes administrativos municipales tal como lo ha sostenido la Sala ante la existencia de las Contralorías.

Ahora bien: El recurrente insiste en la competencia del Concejo Municipal y en la legalidad del acto acusado en virtud de la naturaleza *sui generis* de la contribución de valorización y en la plena autonomía patrimonial del instituto descentralizado de que trata el Acuerdo número 39 parcialmente demandado.

Para la Sala, bajo ningún pretexto podía crear el Concejo Municipal de Medellín la Auditoría de control especial para el Instituto de Valorización de esa capital fuera de la órbita de la Contraloría Municipal existente, entre otras consideraciones porque esta misma Sala definió el punto recientemente, en un caso similar, en el cual se ventiló también en grado de apelación, un asunto relacionado con el Acuerdo municipal expedido por el Concejo de Pereira que creaba unos cargos en la Auditoría Especial de Empresas Públicas de la Contraloría Municipal. Allí se dijo:

"No le cabe duda alguna a la Sala que existiendo, como existe, una Contraloría Municipal en el Municipio de Pereira, no se puede crear paralelamente y mucho menos como funcionario independiente —Jefe de un Departamento— a un Auditor Fiscal en empresas descentralizadas del mismo Municipio. En efecto: Previene el artículo 190 de la Constitución Nacional en su inciso 2º que 'la vigilancia de la gestión fiscal de los Departamentos y Municipios corresponde a las Contralorías Departamentales, salvo lo que la ley determine al respecto a Contralorías Municipales'. A su vez el Título XIV del Código de Régimen Municipal o Decreto 1333 de 1986 repite en su artículo 3º la previsión constitucional anterior. El artículo 307 del Decreto 1333 señala las funciones de los Contralores Municipales, así: '1ª Vigilar la gestión fiscal y financiera de la Administración Municipal y *de sus entidades descentralizadas* y la manera de rendir cuentas los responsables del manejo de fondos o bienes municipales. 2ª Exigir informes a los empleados públicos municipales sobre su gestión fiscal, y 3ª Revisar y fenecer las cuentas de los ingresos y gastos públicos, a fin de determinar si se han hecho de acuerdo con las disposiciones vigentes'.

"Es así entonces que las Contralorías Municipales a través de su Contralor elegido para un período de dos años, y con los requisitos

de que da cuenta el artículo 306 del Decreto 1333 de 1986, son las únicas que pueden ejercer el control fiscal de la Administración Municipal y de sus entidades descentralizadas. No puede existir entonces un Auditor fiscal paralelo y autónomo en estas últimas.

"El punto sobre si el Concejo debe o no elegir a dicho Auditor debe resolverse negativamente y en esto concuerda esta Corporación como lo decidió al respecto el Tribunal. En efecto: 1. Entre las atribuciones constitucionales de los Concejos está, según el artículo 197, facultad 6ª la de elegir Personeros y Contralores Municipales cuando las normas vigentes lo autoricen, y los demás funcionarios que la ley determine (Acto legislativo número 1 de 1986) atribución que a su vez repite el artículo 92 del Decreto 1333 de 1986. Es así entonces que ni la Constitución ni la ley contemplan tal potestad en poder del Concejo respecto de los Auditores fiscales.

"La simple alusión o referencia que en la Ley 11 de 1986 (arts. 60 y 62) y el Decreto 1333 de 1986 (arts. 87 y 101) pudieran hacerse indirectamente a 'Auditores elegidos' bajo ningún respecto puede entenderse que consagran la facultad materia de controversia porque de todas maneras la misma debe consagrarse clara, expresamente y de manera indubitable" (Sentencia de 11 de febrero de 1989, Ponente doctor Simón Rodríguez, expediente número 870).

Si se observa el contexto de las disposiciones acusadas se verá que ellas crean y organizan una Auditoría independiente de la Contraloría pero dependiente directamente del Concejo Municipal, lo cual rebasa sus atribuciones, por las mismas razones que la Sala reitera ahora del fallo citado y que la releva de extenderse en otras consideraciones en tanto son claros, precisos e incontrovertibles sus fundamentos como también lo son los de la sentencia del Tribunal, y que expresan específicamente sobre el punto debatido lo siguiente:

"Ciertamente como lo afirma el distinguido abogado demandante, no existe norma, constitucional o legal, que autorice a los Concejos Municipales para separar el control fiscal de las entidades descentralizadas, con organización y funcionamiento independiente de las Contralorías Departamentales y Municipales (fls. 10 y 11).

"Es entendible que donde *ya exista* la Contraloría Municipal (como es el caso de Medellín), tal dependencia ejercita el control fiscal del Municipio y de sus entidades descentralizadas".

Habrá, pues, de confirmarse la sentencia que se revisa.

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:

Confírmase la sentencia apelada.

Ejecutoriada la anterior providencia, devuélvanse las diligencias al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha doce de junio de mil novecientos ochenta y nueve.

Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Samuel Buitrago Hurtado, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

CONCEJAL. CONCEJAL SUPLENTE. Participación.

Se viola la Constitución y la ley al permitirse la actuación simultánea de Concejales principales y suplentes, circunstancia que vicia de nulidad el acto así proferido.

Confirma la NULIDAD de el Acuerdo 057 de 1985 (diciembre 21) relativo a materias tributarias, del Concejo Municipal de Bucaramanga, decretada por el Tribunal Administrativo de Santander.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., treinta de junio de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Carmelo Martínez Conn.*

Proyectó: *Doctor José Antonio Castellanos Poveda.*

Referencia: Expediente número 1870. Asuntos municipales. Fallo.

Actor: Alfonso Gómez Castaño contra Municipio de Bucaramanga.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el Municipio de Bucaramanga contra la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Santander el 6 de agosto de 1987 que anuló el Acuerdo número 057 de 21 de diciembre de 1985 relativo a materias tributarias.

Antecedentes: El Concejo Municipal de Bucaramanga por medio del Acuerdo número 057 de 21 de diciembre de 1985, fijó la tarifa anual del impuesto predial, señaló la contribución de valorización por la erosión, decretó exenciones del impuesto predial y concedió amnistía de intereses a los deudores morosos.

Mediante demanda y adición a la misma presentada ante el Tribunal Administrativo de Santander el 29 de enero de 1986, el doctor Alfonso Gómez Castaño, obrando en su propio nombre en uso de la acción consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, pidió la nulidad, con suspensión provisional del acuerdo citado. Consideró el demandante que hubo expedición irregular del acto por cuanto en las sesiones en que éste se debatió participaron Concejales principales y suplentes. Acusó como normas violadas el artículo 1º

del Decreto 49 de 1932, el artículo 4º de la Ley 30 de 1969 y el artículo 43 del Código Contencioso Administrativo.

Por auto de 19 de febrero de 1986 (fls. 42 a 46, cuaderno de apelación de dicho auto, expediente número 601), el Tribunal admitió la demanda y suspendió provisionalmente el acuerdo demandado por encontrarse violado el artículo 4º de la Ley 30 de 1969. Apelada la decisión ante el Consejo de Estado, esta Corporación por auto de 6 de marzo de 1987 (fls. 89 a 91, mismo cuaderno) revocó la decisión del *a quo*.

Previo el trámite y resolución del incidente de recusación (fls. 88 a 124, cuaderno de apelación de la sentencia, expediente número 1870), el Tribunal Administrativo de Santander por sentencia de seis (6) de agosto de 1987, anuló el acuerdo precitado (fls. 128 a 134).

La apelación: El Municipio de Bucaramanga interpuso recurso de apelación alegando incongruencia de la sentencia por no ajustarse a las pruebas presentadas y existir error en la interpretación de las mismas. Expresa que las actas del Concejo Municipal son muy claras al decir qué "Concejales asistieron a las sesiones de los días 10, 19 y 21 de diciembre de 1985, y quiénes podían intervenir con derecho a voz y voto y cuáles Concejales podían intervenir con derecho a voz pero no a voto" como puede apreciarse en las Actas números 47, 48 y 50 anexadas como pruebas, las cuales analiza. Se apoya igualmente en el artículo 65 del Acuerdo número 12 de 1978 y 017 de 1983, el primero de los cuales faculta a todos los Concejales suplentes que hayan tomado posesión del cargo para intervenir en las sesiones con derecho a voz. "El solo uso de la palabra no implica que los Concejales suplentes hayan tomado parte en las decisiones (votación) tomadas por una mayoría debidamente autorizada para votar". Alega que nunca puede ser causal de nulidad el que hable un suplente u otra persona ajena al Concejo.

No considera violado el artículo 1º del Decreto 49 de 1932 pues el Secretario citó, para las reuniones en forma personal y colectiva sin que sea necesario citar por escrito a todos y cada uno de los Concejales.

Sostiene que no se violó el artículo 43 del Código Contencioso Administrativo, pues el acuerdo fue promulgado el 31 de diciembre de 1985.

El Ministerio Público: Concreta a dos, las causales de la demanda, así: 1ª La concurrencia y participación de las deliberaciones de la sesión de 10 de diciembre de 1985 de un mayor número de Concejales de los que tenían derecho a integrar la Corporación, y, 2ª La concurrencia y actuación en la sesión de 21 de diciembre de 1985 de tres Concejales que estaban impedidos para tomar parte en la sesión pues allí se encontraban los principales respectivos.

Encuentra comprobada (Acta número 47) la concurrencia a la sesión de 10 de diciembre de 1985 de 18 Concejales y el ingreso posterior de cinco más. La participación en las deliberaciones no aparece probada, toda vez que no se hizo ninguna mención en el acta. Unicamente se consignó que sometido el proyecto a discusión fue aprobado.

No encuentra violatoria de la ley la simple concurrencia de los suplentes. Sería violatoria de la ley la actuación conjunta de principales y suplentes lo que no fue afirmado ni probado.

Para la sesión de 21 de diciembre de 1985 el cargo se sustenta en la participación y concurrencia de tres suplentes que estaban impedidos por estar presentes sus principales, pero no está probada la actuación conjunta, lo cual se deduce de la lectura del Acta número 50 en la que consta la aprobación en tercer debate del proyecto de acuerdo. Encuentra que concurrieron conjuntamente los principales Cecilia Morantes y Gustavo Duarte y sus suplentes Urbano Parra y Jaime Ibáñez, pero de su actuación en la deliberación y votación del acuerdo no hay constancia alguna. Pide que se revoque la sentencia apelada y se denieguen las súplicas de la demanda.

Consideraciones de la Sala:

El actor apoya su demanda de nulidad del acuerdo mencionado, en la violación del artículo 1º del Decreto 49 de 1932 que dispone: "La citación de los Concejales a las sesiones del Concejo Municipal se hará por medio de notificación personal y colectiva, hecha por conducto del Secretario respectivo, y con indicación precisa de los asuntos que serán objeto de la sesión". "La citación la hará el Secretario por medio de un empleado subalterno del Concejo o de un Agente de la Policía".

Así mismo sirve de base legal a la demanda el artículo 4º de la Ley 30 de 1969 que dispone: "Los presidentes de los Concejos llamarán según el orden de colocación en la respectiva lista electoral, a los Concejales suplentes en los casos de faltas absolutas o temporales de los principales.

"Son faltas absolutas la muerte, la renuncia aceptada, y la incapacidad legal o física permanente para desempeñar el cargo..."

En el caso debatido, es suficiente estudiar y analizar la circunstancias en que fue expedido el acuerdo y si en su tramitación se dio cumplimiento a disposiciones de carácter superior.

El acuerdo demandado fue discutido en las sesiones de 10 de diciembre de 1985 (Acta número 43, fl. 22, expediente número 1870), de 19 de diciembre del mismo año (Acta número 48, fl. 22 *ibídem*) y el tercer debate ocurrió el 21 de diciembre de 1985 (Acta número 50 fls. 16 a 21, expediente número 1870).

Es de advertir que según la lista oficial expedida por la Registraduría Municipal del Estado Civil, el Concejo Municipal de Bucaramanga consta sólo de 16 Concejales (fls. 25 a 27 *ibídem*).

A la sesión de 10 de diciembre de 1985, según se desprende de la certificación expedida por el Secretario General del Concejo Municipal de Bucaramanga, contestaron la lista nueve (9) Concejales principales y nueve (9) Concejales suplentes; posteriormente ingresaron tres (3) Concejales más. En total 21 Concejales; como el Concejo Municipal de Bucaramanga, según la ley, consta de 16 ediles, en esa sesión participaron personas que no podían deliberar.

Es procedente recordar que la Constitución Nacional señala la condición de principal o suplente e indica la forma de reemplazar a los principales por éstos según el orden de colocación en la lista electoral. Y aunque el reglamento interno del Concejo Municipal de Bucaramanga disponga la asistencia simultánea de principales con los respectivos suplentes, debe prevalecer sobre dicho reglamento el artículo 196 de la Carta que dispone: "En cada Distrito Municipal habrá una corporación administrativa de elección popular que se denominará Concejo Municipal, y estará integrada por no menos de seis ni más de veinte miembros, según lo determine la ley, atendida la población respectiva. El número de suplentes será el mismo de los Concejales principales, y reemplazarán a éstos en caso de falta absoluta o temporal, según el orden de colocación en la respectiva lista electoral".

En cuanto al segundo debate de aprobación del acuerdo demandado la certificación visible a folio 24 (expediente número 1870) da cuenta que se verificó el 20 de diciembre de 1985 y en la visible a folio 51 se menciona la sesión de 19 del mismo mes y año con asistencia de un número de Concejales superior al permitido por la ley. No hay, por tanto certeza de la fecha de la reunión ni menos constancia expresa de la aprobación del proyecto. Además hay certificación (fls. 51 a 52) sobre asistencia de 17 Concejales entre principales y suplentes y posterior ingreso de cinco más. En total 22 Concejales.

Respecto al tercer debate (Acta número 50, fls. 16 a 21) la Sala observa que nada dice sobre la aprobación del proyecto de acuerdo.

Se concluye de lo expuesto que se violó la ley y la Constitución al permitir la actuación simultánea de principales y suplentes, circunstancia que vicia de nulidad el acto acusado.

En mérito de las consideraciones anteriores 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 cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en la Sala de la sesión de la fecha.

Carmelo Martínez Conn, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate,* Ausente; *Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

CAPITULO II

ACTOS DEL CONCEJO DEL

DISTRITO ESPECIAL DE BOGOTA

DISTRITO ESPECIAL DE BOGOTA. Organización administrativa. JUNTAS ADMINISTRADORAS LOCALES. CONCEJO DISTRITAL.

El Distrito Especial de Bogotá no puede organizarse o reestructurarse administrativamente a sí mismo. Se defiere al legislador tal cometido. Las leyes y disposiciones consecuentes al régimen municipal no pueden extenderse en aplicación al Distrito Especial de Bogotá para regular su régimen administrativo y fiscal.
Como el Concejo Distrital de Bogotá por medio de acuerdo estableció la descentralización administrativa del Distrito Especial de Bogotá mediante la organización de Juntas Administrativas Locales enfocando para ello normas aplicables al campo ordinario, actuó sin complacencia.

(Confírmase la suspensión provisional del Acuerdo número 8 de 20 de mayo de 1987 del Concejo Distrital Especial de Bogotá).

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., veintisiete de enero de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Guillermo Benavides Melo.*

Referencia: Expediente número 1044.

Actor: José María Obando G.

Procede la Sección Primera a desatar de plano el recurso de *apelación* propuesto doblemente contra el auto de 17 de marzo de 1988 emanado del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en cuanto decretó la suspensión provisional del acto administrativo materia de acusación.

Son antecedentes:

En ejercicio de la acción pública, el ciudadano José María Obando Garrido demandó ante el citado Tribunal, con solicitud de suspensión provisional en el mismo libelo, la nulidad del Acuerdo número 8 de

20 de mayo de 1987 del Concejo Distrital Especial de Bogotá, o subsidiariamente de los artículos 1º a 31 y 33 de dicho acuerdo, o especialmente de sus artículos 2º, primer inciso del 4º, 5º, 8º, primer inciso del 9º y 30.

Mediante tal acuerdo y conforme a su encabezamiento, "se establece la descentralización administrativa del Distrito Especial de Bogotá mediante la organización de Juntas Administrativas Locales, la creación de Fondos de Desarrollo y se dictan otras disposiciones". A juicio del accionante, el acto acusado está quebrantando de modo ostensible diferentes mandamientos de índole superior, algunos de los cuales se indicarán más adelante.

Se considera:

Para adoptar la medida extraordinaria suspensiva dispuesta por el proveído objeto de apelación, el *a quo* hace los siguientes razonamientos:

"Para que proceda la suspensión provisional de un acto administrativo se requiere, de conformidad con el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, que se den simultáneamente los siguientes requisitos: 1º Una manifiesta violación de una norma superior, percibida a través de una sencilla comparación o del examen de las pruebas aportadas. 2º Que la medida se solicite y sustente de modo expreso en la demanda o en escrito separado antes que se dicte el auto admisorio. 3º Que la suspensión no esté prohibida por la ley.

"En el caso en estudio se dan, sin discusión alguna, los dos últimos requisitos (...). Así mismo se encuentra reunido a cabalidad el primer requisito, pues resulta manifiesta la violación de normas superiores a través de una sencilla comparación con el acto impugnado, conforme se desprende de las siguientes consideraciones:

"1ª Es indudable que los Concejos, incluido el Distrital, pueden crear Juntas Administrativas Locales, pues así lo consigna el inciso 3º del artículo 196 de la Constitución Nacional en los siguientes términos: 'Los Concejos podrán crear Juntas Administrativas Locales para sectores del territorio municipal, asignándoles algunas de sus funciones y señalando su organización dentro de los límites que determine la ley'.

"2ª Pero como lo indica el inciso 3º del artículo 196 de la Carta transcrito, la creación de las Juntas Administrativas Locales, así como la asignación de sus funciones y la determinación de su organización, sólo la pueden hacer los Concejos dentro de los límites que señala la ley. Esto significa que la norma constitucional exige un desarrollo legislativo que señale las bases dentro de las cuales los Concejos pueden ejercer las atribuciones que se les asigna en ese precepto.

"3ª Ese primer y único desarrollo legislativo del inciso 3º del artículo 196 de la Constitución Nacional está contenido en la Ley 11 de 1986, 'por la cual se dicta el estatuto básico de la administración municipal y se ordena la participación de la comunidad en el manejo de los asuntos locales', pues precisamente el Capítulo IV comprendido entre los artículos 16 a 21 se denomina 'Juntas Administradoras Locales' y señala las pautas dentro de las cuales dichas corporaciones pueden ejercer efectivamente sus funciones constitucionales.

"4ª Pero ocurre que según el artículo 199 de la Constitución Nacional el Distrito Especial de Bogotá no está sujeto al régimen municipal ordinario. Esa norma dispone lo siguiente: 'La ciudad de Bogotá, capital de la República, será organizada como un Distrito Especial, sin sujeción al régimen municipal ordinario, dentro de las condiciones que fije la ley. La ley podrá agregar otro u otros municipios circunvecinos al territorio de la capital de la República, siempre que sea solicitada la anexión por las tres cuartas partes de los Concejales del respectivo Municipio'.

"5ª Lo preceptuado en el artículo 199 de la Carta lleva a la conclusión de que las leyes y disposiciones concernientes al régimen municipal no pueden extenderse en aplicación al Distrito Especial de Bogotá para regular su régimen administrativo y fiscal. La vida administrativa y fiscal del Distrito Especial de Bogotá sólo se puede regular mediante ley especialmente referida a él, mas no por aplicación de disposiciones expresamente dirigidas al municipio ordinario.

"6ª Del contenido de la Ley 11 de 1986, así como de la historia de su trámite descrita en el aludido concepto del Consejo de Estado y que el peticionario de la suspensión provisional acompañó en fotocopia auténtica, se deduce con facilidad que ésta única y exclusivamente busca regular la administración del municipio ordinario, sin incluir al Distrito Especial de Bogotá. En efecto, el mismo encabezamiento de la ley indica que se trata del estatuto básico de la administración municipal que las normas de esa ley se aplicarían al Distrito Especial de Bogotá, lo cual dio lugar a que en los debates de las Cámaras fuese eliminado el respectivo artículo, como en efecto se desprende del texto de la ley en que no aparece ninguna referencia para su aplicación al Distrito Especial de Bogotá.

"7ª Lo anterior significa que la Ley 11 de 1986 no es aplicable al Distrito Especial de Bogotá y como el Decreto 3133 de 1968 que regula su organización administrativa, así como ninguna otra norma de carácter legal ha desarrollado el inciso 3º del artículo 196 de la Constitución Nacional en cuanto a ese territorio, la consecuencia es la de que el Concejo Distrital no puede ejercer las funciones asignadas en ese precepto superior.

"8ª Como el Concejo Distrital de Bogotá por medio del Acuerdo número 8 de 1987 estableció la descentralización administrativa del

Distrito Especial de Bogotá mediante la organización de Juntas Administradoras Locales invocando para ello el Decreto-ley 3133 de 1968 y el Decreto-ley 1333 de 1986 que reproduce la Ley 11 de 1986, se desprende con facilidad que esa Corporación ejerció una atribución que de conformidad con los artículos 196, inciso 3º, y 199 de la Carta, aún no puede asumir, es decir actuó sin competencia, como efectivamente lo anota el Consejo de Estado en concepto de 20 de agosto 1987 elaborado por la Sala de Consulta y Servicio Civil con ponencia del doctor Jaime Betancur Cuartas, citada y transcrita parcialmente por el peticionario de la suspensión provisional. En ese concepto se afirma lo siguiente: 'Del texto de la consulta elevada, se infiere que las respuestas a tales interrogantes deben deducirse frente a la Ley 11 de 1986, que en sus artículos 16 y siguientes regulan todo lo atinente a las denominadas Juntas Administradoras Locales, sus funciones, composición, forma de integración, etc. Sin embargo como lo ha sostenido la Sala en la providencia anteriormente transcrita, la Ley 11 de 1986 no le es aplicable al Distrito Especial de Bogotá, lo que implica que el Concejo del Distrito Especial carece de competencia para regular o ejercer aquellas atribuciones que hubiese conferido la ley a los Concejos Municipales. Así las cosas, el Acuerdo número 8 de 1987 no podía ser expedido por el Concejo Distrital por falta de competencia por cuanto la Ley 11 de 1986 no le es aplicable al Distrito Especial de Bogotá; ni el artículo 13 del Decreto-ley 3133 de 1968 le otorga atribuciones para regular el tema de las juntas administradoras locales, y tampoco existe otra ley especial que permita desarrollar para el Distrito Especial dichas Juntas Administradoras Locales —que no zonales—, de conformidad con el artículo 196 de la Constitución Nacional'.

"9ª De esta manera se deduce que el Concejo del Distrito Especial de Bogotá al expedir el Acuerdo número 8 de 1987 impugnado violó en forma manifiesta, ostensible, los artículos 196, inciso 3º y 199 de la Constitución Nacional. Además se evidencia en la misma forma protuberante la infracción por aplicación indebida de la Ley 11 de 1986 y del Decreto-ley 1333 del mismo año en los artículos que regulan las Juntas Administradoras Locales 16 a 21 y 311 a 319 respectivamente.

"En estas condiciones la Sala llega a la conclusión de que debe acceder a la solicitud de suspensión provisional del acuerdo impugnado y lo hará en su integridad, en razón a que todo su articulado regula lo relativo a las Juntas Administradoras Locales y directa o indirectamente guardan relación con éstas".

Esta Sala hace suyas las consideraciones en que el Tribunal de origen se apoya para decretar la medida cautelar extraordinaria.

Cabe destacar lo siguiente que expresó la honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia de 15 de septiembre de 1983, al declarar exequibles varias disposiciones del Decreto-ley número 3133 de 1968, sobre

organización administrativa del Distrito Especial de Bogotá. Dijo entonces la Corte:

"*Cuarto*. Que por otra parte sea la ley a la cual le corresponde fijar las condiciones para la organización administrativa de Bogotá, es cosa que guarda una evidente armonía con las más importantes determinaciones que en materia de organización municipal pueden tomarse de conformidad con lo dispuesto en la Reforma Constitucional de 1968.

"En efecto, obsérvese que decisiones de tanta trascendencia como la organización de las *áreas metropolitanas* le corresponde a la ley, según el artículo 198 de la Constitución; que el establecimiento de las condiciones y normas para la *Asociación de Municipios*, según el mismo artículo, igualmente atañe a la ley; y que la organización de las *Juntas Administradoras Locales*, según el artículo 196 también le corresponde a la ley. Sería por lo menos inarmónico e incongruente que la ley pudiera hacer todo lo anterior, y en cambio no pudiera tomar determinaciones como las que son materia del juicio de constitucionalidad en este proceso" (Lo subrayado es de la Corte).

Para la Sección Primera no cabe duda, en lo atinente a que el Distrito Especial de Bogotá no puede organizarse o reestructurarse administrativamente por sí propio o a sí mismo, sino que, como lo dice la Carta Fundamental, ésta defiere al legislador tal cometido, sentido en el cual apunta el auto materia de apelación. Por ello no pueden aceptarse las argumentaciones que en defensa de la tesis contraria traen en sus escritos impugnatorios el ciudadano Luis Ricardo Reyes Mansfield (Ver fls. 120 a 128) y el apoderado judicial del Distrito Especial (fls. 133 a 152).

En consecuencia, por ser manifiesta la transgresión en que respecto de las disposiciones de rango superior apuntadas antes incurre el acto acusado, recibirá confirmación la providencia del Tribunal de origen que suspende provisionalmente los efectos del Acuerdo número 8 de 1987 proferido por el Ayuntamiento Distrital.

Lo anotado lleva al Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, para que por conducto de su Sección Primera,

Resuelva:

A) *Confirmar* el auto de 17 de marzo de 1988 dictado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, materia de apelación;

B) Costas para el apelante particular Luis Ricardo Reyes Mansfield. Tásense por el *a quo*;

C) En firme este proveído y previas las anotaciones de rigor, vuelva el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veintiséis de enero de mil novecientos ochenta y nueve.

Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Samuel Buitrago Hurtado, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

ALCALDE DISTRITAL. Facultades. CONTRIBUCION DE VALORIZACION.

Las autorizaciones que se dan al Alcalde del Distrito Especial de Bogotá, no son para reglamentar e imponer la contribución de valorización, la cual ya se encontraba reglamentada precisamente en el Estatuto de Valorización del Distrito, sino para ordenar y ejecutar las obras que el mismo Acuerdo número 2 de 1980 del Concejo Distrital ordena realizar, dentro del Plan Vial, por el sistema de la contribución de valorización, lo cual permite a la Sala concluir que no se da la alegada violación del artículo 43 de la Constitución Nacional.

REVOCA LA NULIDAD del artículo 26 del Acuerdo número 2 de 1980 del Concejo del Distrito Especial de Bogotá, decretada en sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., tres de marzo de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejera ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación número 0435. Apelación sentencia de abril 11 de 1985, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en juicio de nulidad del artículo 26 del Acuerdo 02 de 1980 del Concejo Distrital de Bogotá.

Actor: Rafael Emiro Soto Pinedo.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el señor representante del Distrito Especial de Bogotá, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 11 de abril de 1985, mediante la cual se anuló el artículo 26 del Acuerdo número 2 de 1980 del Concejo del Distrito Especial de Bogotá.

Antecedentes:

De los documentos que obran en el expediente reconstruido puede establecerse que el actor en ejercicio de la acción de nulidad impugnó

el artículo 26 del Acuerdo número 2 de 1980 del Concejo del Distrito Especial de Bogotá el cual dice textualmente:

"*Artículo 26*. Facúltase al Alcalde Mayor de Bogotá para ordenar por el sistema de valorización la ejecución de tramos viales, hasta una longitud de 1.000 metros; previo estudio del Departamento Administrativo de Planeación y con arreglo a las normas sobre fijación, distribución, liquidación y recaudo de la contribución".

Los argumentos de la demanda se refieren a violación de las normas superiores, según las cuales en el nivel municipal, la imposición de contribuciones en tiempo de paz corresponde exclusivamente a los *Concejos*. Como la norma demandada autoriza al *Alcalde* para "...ordenar por el sistema de valorización la ejecución de tramos viales...", las desconoce en cuanto lo faculta para imponer una contribución.

El Distrito Especial de Bogotá, mediante apoderado se opuso a las pretensiones de la demanda, por considerar que el artículo demandado se refiere a una facultad administrativa de ordenar por el sistema de valorización, la ejecución de tramos viales que hacen parte del Plan Vial del Distrito Especial de Bogotá, aprobado por el Concejo Distrital en el mismo Acuerdo 2 de 1980 y por ello, las facultades que se otorgan al Alcalde, no son para imponer una contribución, sino para ordenar y ejecutar obras que el citado acuerdo dispone ejecutar por el sistema de valorización.

La sentencia apelada:

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, en sentencia proferida el 11 de abril de 1985 decretó la nulidad del artículo 26 del Acuerdo número 2 de 1980 del Concejo del Distrito Especial de Bogotá, con base en argumentos que pueden sintetizarse así:

1. La facultad constitucional y legal para imponer contribuciones, en tiempo de paz, es privativa del Concejo del Distrito Especial de Bogotá.

2. Las facultades otorgadas por la norma demandada se han debido conceder *"pro témpore"*, de conformidad con el artículo 13 del Decreto-ley 3133 de 1968.

El recurso interpuesto:

El Distrito Especial de Bogotá, mediante apoderado interpuso recurso de apelación contra la citada sentencia y al sustentarlo argumentó que:

1. En la norma demandada, el Concejo Distrital no le está dando facultades al Alcalde Mayor de Bogotá para imponer una contribución, sino para ordenar y ejecutar obras, conforme a lo establecido en el mismo Acuerdo 2 de 1980.

2. El artículo demandado se refiere a una facultad administrativa de ordenar por el sistema de valorización, la ejecución de ciertos tramos viales con sujeción al Plan Vial del Distrito Especial de Bogotá, adoptado por el mismo Concejo, facultad muy diferente de la que el artículo 43 de la Constitución Nacional le atribuye a los Concejos de *imponer* contribuciones.

3. No se desconoce el artículo 206 de la Constitución Nacional por cuanto la contribución de valorización generalmente no hace parte del presupuesto, porque su liquidación se hace al momento de ejecutarse la obra y tiene una apreciación subjetiva en proporción a los costos de la misma y a los beneficios económicos que derivan los propietarios de los inmuebles.

4. El Concejo del Distrito Especial de Bogotá sí podía facultar al Alcalde Mayor para ordenar y ejecutar determinados tramos viales por el sistema de valorización, dentro del Plan Vial de Bogotá ordenado por el Acuerdo 2 de 1980 en la forma y con los requisitos y procedimientos allí previstos.

El concepto Fiscal:

La señora Fiscal Sexta de la Corporación en su juicioso concepto de fondo, solicita se revoque la sentencia del *a quo*, y en su lugar se nieguen las pretensiones de la demanda.

Lo anterior porque considera, que "...la facultad otorgada en el artículo 26 acusado no cae dentro del campo de imposición de la contribución de competencia del Cabildo, sino dentro de los límites de la ejecución de la contribución..."

Y agrega:

"La organización de la contribución comprende el señalamiento de funcionarios u organismos encargados del manejo de la contribución, de manera que la facultad del artículo 26 no es otra cosa que el señalamiento del funcionario que debe manejar la contribución respecto de las obras allí descritas".

Consideraciones de la Sala:

El Acuerdo número 2 de 1980 expedido por el Concejo del Distrito Especial de Bogotá, al cual pertenece la norma demandada, forma parte del Plan General de Desarrollo para el Distrito Especial de

Bogotá y a través de él se adopta el Plan Vial, se clasifican sus vías según capacidad, función y uso, se precisan diferentes conceptos y se regula lo relacionado con el trazado, la apertura, el ensanche y arreglo de vías.

Dentro de su articulado, resulta de interés para el tema aquí controvertido, lo previsto en sus artículos 14, 23 y 52.

El artículo 14 dispone que la ejecución de obras del Sistema Vial Arterial será adelantada por el Instituto de Desarrollo Urbano *por el sistema de valorización.*

Por su parte el artículo 23 del citado Acuerdo 2 de 1980 expresamente autoriza que la apertura, ampliación, rectificación o regularización de vías locales *podrá adelantarse mediante el sistema de valorización.*

Y en su artículo 52 ordena que "...la programación, proyectos de construcción y ejecución de las obras del sistema arterial, materia del presente acuerdo y de las vías locales en zonas desarrolladas que *se adelanten por el sistema de valorización* y/o a través del Fondo de Pavimentos Locales, estarán a cargo del Instituto de Desarrollo Urbano..."

El Concejo del Distrito Especial expidió el *plan vial* para la ciudad de Bogotá. En los artículos citados ordena que dentro del Plan Vial, hay *obras que se realizarán a través del sistema de valorización.* Dichas obras son: Las del sistema vial arterial (art. 14) y las relativas a la apertura, ampliación, rectificación o regularización de vías locales (art. 23). Además prescribe que dichas obras estarán a cargo del Instituto de Desarrollo Urbano (art. 52).

De acuerdo con lo anterior, fue el Concejo del Distrito Especial de Bogotá la autoridad que escogió la contribución de valorización como sistema de financiación de las obras incluidas dentro del Plan Vial de Bogotá, para lo cual tenía plena competencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 43 de la Constitución Nacional y las normas generales que reglamentan la contribución de valorización, según las cuales, es competencia de los Concejos Municipales y en el caso de autos del Concejo del Distrito Especial de Bogotá, decretar las obras que se han de ejecutar a través de dicho sistema de financiación y precisar las entidades encargadas de su ejecución.

En ejercicio de las anteriores competencias el Concejo del Distrito Especial de Bogotá, en el Acuerdo número 2 de 1980, luego de adoptar el Plan Vial para la ciudad, de una manera clara y expresa decidió que las obras que lo desarrollaran se realizarían por el sistema de valorización, e igualmente dispuso que la entidad encargada de su programación, proyecto de construcción y ejecución sería el Instituto

de Desarrollo Urbano con la coordinación del Departamento Administrativo de Planeación Distrital.

Lo anterior puede considerarse como la regulación general de la ejecución de las obras necesarias para el logro de los objetivos del Plan Vial de Bogotá, que se adoptó por medio del Acuerdo 2 de 1980, del Concejo Distrital.

Por otra parte, el citado Concejo facultó al Alcalde para la ejecución de obras de tramos viales, hasta una longitud de 1.000 metros *previo estudio del Departamento Administrativo de Planeación y con arreglo a las normas sobre fijación, distribución, liquidación y recaudo de la contribución.*

Dentro del contexto del Acuerdo número 2 de 1980, se trata de una autorización expresa al Alcalde Distrital, para que dentro de las pautas dispuestas por el Concejo del Distrito Especial de Bogotá, en las normas que regulan la contribución de valorización y específicamente en el acuerdo por el cual se adoptó el Plan Vial, el Alcalde proceda a su ejecución, a través de las obras relacionadas con las vías allí previstas y por el sistema de financiación también allí establecido: El de la contribución de valorización a que se refieren expresamente los artículos 14, 23 y 52 del Acuerdo número 2 de 1980.

Pero no entiende la Sala que cuando el Alcalde ejerza dicha facultad, esté ejerciendo competencias propias del Concejo: El Alcalde del Distrito Especial de Bogotá de conformidad con lo previsto en las normas ya citadas del Acuerdo número 2 de 1980, está ejerciendo su función de ejecutor de las decisiones del Concejo Distrital, a través de la realización de obras que concretan el plan vial, competencia que no corresponde al Concejo, a la luz de la Constitución y de las leyes que regulan la materia.

O sea que las autorizaciones que se dan al Alcalde del Distrito Especial de Bogotá, no son para reglamentar e imponer la contribución de valorización, la cual ya se encontraba reglamentada precisamente en el Estatuto de Valorización del Distrito, sino para ordenar y ejecutar las obras que el mismo Acuerdo número 2 de 1980 del Concejo Distrital ordena realizar, dentro del Plan Vial, por el sistema de la contribución de valorización, lo cual permite a la Sala concluir que no se da la alegada violación del artículo 43 de la Constitución Nacional.

Por las mismas razones hasta aquí expuestas, no se comparte el argumento expuesto por el Tribunal *a quo*, en la sentencia apelada, en el sentido de que el artículo demandado es violatorio del artículo 13 del Decreto 3133 de 1968, en cuanto otorgó facultades al Alcalde Distrital, sin fijar un límite en el tiempo.

La norma acusada, no otorga una autorización al Alcalde Distrital para ejercer una competencia propia, exclusiva y privativa del Concejo del Distrito Especial de Bogotá, y por ello no se trata de aquellas facultades que se trasladan transitoriamente y por un lapso de tiempo determinado, sino que dicho artículo 26 del Acuerdo número 2 de 1980, aquí cuestionado, se refiere a una actividad de ejecución de las decisiones tomadas por el propio Concejo. Este ejerció su competencia y precisó que el Alcalde Distrital debía ejecutar su decisión, dentro de las pautas y límites por él establecidas, una de las cuales fue de manera expresa, que las obras se financiarían por el sistema de contribución de valorización, tal como se demostró.

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.

No se accede a las pretensiones de la demanda.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Carmelo Martínez Conn, Con salvamento de voto; *Jaime Abella Zárate, José Ignacio Narváez García, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

ALCALDE DISTRITAL. Facultades. CONTRIBUCION DE VALORIZACION (Salvamento de voto).

Bogotá, D. E., marzo treinta y uno de mil novecientos ochenta y nueve.

Referencia: Expediente número 0435.

Actor: Rafael Emiro Soto Pinedo contra Distrito Especial de Bogotá.

Me separo de la decisión mayoritaria por la siguiente y única razón fundamental, a saber:

El artículo 26 del Acuerdo número 2 de 1980 le otorga al señor Alcalde Mayor de Bogotá, una facultad ilimitada en el tiempo, que fue precisamente uno, sino el principal fundamento de la demanda, cuando expresa:

> "En el caso del artículo 26 del Acuerdo 2 de 1980 en estudio puede observarse que no se trata de otorgarle al señor Alcalde Mayor de Bogotá una facultad *pro témpore* para ordenar la reconstrucción de ciertos tramos viales que no excedan de mil metros, en forma precisa. Por el contrario, se trata de otorgarle una facultad permanente, continua y estable de colegislador tributario, con la limitación de que el ordenamiento de obras por el sistema de valorización fuere menor de mil metros. Tal facultad, como se anotó anteriormente, constituye una violación flagrante de las normas constitucionales y legales preexistentes que les prohíbe a los Concejos en general y al Concejo Distrital en particular, trasladar y compartir sus atribuciones".
>
> "Por tanto el Concejo de Bogotá no puede facultar al señor Alcalde Mayor para ejercer permanentemente la atribución de ordenar la ejecución de tramos viales por el sistema de valorización, así sea de la longitud que fuere, ya que sólo podría hacerlo para casos individualizados y *pro témpore*, haciendo uso de facultades extraordinarias otorgadas por dicha Corporación".

El criterio anterior ya había sido expuesto por la Sala reiteradamente.

Además, es claro que el artículo 26 demandado es contrario al artículo 197, atribución 7º, de la Constitución Nacional, el cual expresa:

> "Artículo 197. Son atribuciones de los Concejos, que ejercerán conforme a la ley, las siguientes:
>
> "7º Autorizar al Alcalde para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes municipales, *pro témpore*, precisas funciones de las que corresponden a los Concejos".

Con todo respeto por la opinión mayoritaria esta es la razón de mi separación de la sentencia.

Carmelo Martínez Conn.

SUSPENSION PROVISIONAL. SUSTRACCION DE MATERIA.

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 (Reiteración jurisprudencial).

REVOCA LA SUSPENSION PROVISIONAL del artículo 22, Código 206 del Acuerdo Distrital número 21 de 1983 decretada por el Tribunal de Cundinamarca.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., doce de mayo de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente número 2458. Apelación interlocutorios. Auto.

Actor: Salomón Gómez López contra Distrito Especial de Bogotá.

Se resuelve el recurso de apelación contra el auto de 15 de octubre de 1988 dictado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el proceso de nulidad del artículo 22, Código 206 del Acuerdo Distrital 21 de 1983 en cuanto incluye la venta de cigarrillos como actividad gravada con el impuesto de industria y comercio, según la demanda presentada el 27 de septiembre de 1988.

Al admitir la demanda en acción pública del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo la Sección Segunda del Tribunal accedió a decretar la suspensión provisional en contra de la cual arguye el señor delegado de la Personería Distrital, en resumen:

1º La norma acusada y suspendida provisionalmente había sido derogada por el Acuerdo número 15 de 4 de diciembre de 1987, en cuyo Código 204 se gravó la venta de cigarrillos con tarifa del 10 × 1.000 y entró a regir el 11 de diciembre. Esta disposición quedó ratificada en el presupuesto de rentas para la vigencia fiscal enero-diciembre de 1988, según Acuerdo número 18 de diciembre de 1987.

2º Posteriormente el mismo Concejo Distrital mediante Acuerdo número 11 de 4 de noviembre de 1988 que reformó la estructura tributaria distrital reiteró bajo el Código 203 el impuesto de industria y comercio a la venta de cigarrillos (y licores y otros artículos) al 10×1.000.

3º Deduce el apelante que habiendo sido derogada la norma demandada el juicio carece de objeto por sustracción de materia y solicita se aplique esta tesis como lo ha hecho con anterioridad esta Corporación en los siguientes antecedentes que cita en apoyo:

a) Sección Cuarta, Ponente doctor Salazar Tapiero fallo de febrero 14 de 1969, en el cual bajo el supuesto de "el proceso administrativo por el proceso mismo no existe" concluye que el juicio pierde todo interés y la sentencia con que termina ya no se justifica cuando la finalidad buscada a través de la jurisdicción (restitución del imperio de la juridicidad objetivamente considerada) se logra por acto de quien administrativamente tiene facultad para hacerlo;

b) Sección Segunda, Ponente doctor Samuel Buitrago Hurtado, expediente número 873 (*Anales* 1º, 1981, pág. 248) relativo a una acción de plena jurisdicción y de la misma Sala en el juicio número 525 en fallo de 3 de septiembre de 1988 en relación con una acción de nulidad;

c) Lo dicho por esta misma Sección Cuarta en el proceso número 2308 de 28 de octubre de 1988 en párrafos que transcribe (aunque hace la salvedad de no compartir el relativo a la nulidad).

Para resolver se considera:

Puesto que el recurso de apelación está dirigido exclusivamente en contra del numeral 2º del auto de 15 de octubre de 1988 del Tribunal de Cundinamarca, que decretó la suspensión provisional de la norma acusada, la Sala se concentra en este aspecto sin entrar a analizar las críticas que el apelante formula a la tesis de la Sección Cuarta sobre admisibilidad de la acción de nulidad contra normas que han perdido su vigencia (Expediente 9524, agosto 17 de 1984, Ponente Enrique Low Murtra, *Anales*, pág. 606; expediente número 1625, marzo 11 de 1988, Consuelo Sarria Olcos y otros).

Con relación a la suspensión provisional la Sala ha dicho 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" (Expediente número 2308, octubre 28 de 1988).

En el entendido de que el acto acusado no está produciendo efectos, ni lo estaba produciendo cuando se presentó la demanda, la Sala

accederá a levantar la suspensión decretada por el Tribunal en el auto apelado, no sin antes expresar su extrañeza por la repetición por parte del Concejo Distrital de tesis que esta jurisdicción ha desechado por ilegales,

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

Resuelve:

Revócase la suspensión provisional decretada en el ordinal 2º del auto de 15 de octubre de 1988.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase a la oficina de origen. Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Carmelo Martínez Conn, Presidente; *Jaime Abella Zárate, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

CAPITULO III

ACTOS DE LOS ALCALDES

INSUBSISTENCIA. Improcedencia.

El expediente de declarar la insubsistencia para crear la vacancia es ciertamente irregular dado que el funcionario afectado tiene en su favor el amparo de estabilidad que da el período fijo.

Confirma la SUSPENSION PROVISIONAL de los Decretos 002 de enero 30 y 005 de febrero 11, ambos de 1987 por los cuales el Alcalde de Chiquinquirá declaró insubsistente un nombramiento y designó un reemplazo.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., tres de febrero de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

Referencia: Expediente número 3659. Apelación interlocutorios.

Actor: Luis Fernando Heredia Rojas.

Se desata el recurso de apelación interpuesto contra la providencia de septiembre 30 de 1987, por la cual se decretó la suspensión provisional de los actos enjuiciados en este proceso.

La medida cautelar se apoyó en las razones que a continuación se sintetizan.

1. Según el Acuerdo número 006 de mayo 30 de 1979, el Gerente de la Corporación de Desarrollo de Chiquinquirá es un funcionario con período fijo de dos años, nombrado por el Alcalde de ternas que debe presentarle la Junta Directiva del organismo. El actor fue designado de conformidad con este procedimiento para el período comprendido entre el 1º de enero de 1987 y el 31 de diciembre de 1988.

2. Carecía el Alcalde de facultad para declarar la insubsistencia tratándose de un funcionario designado para un cargo de período fijo. También obró irregularmente al designar posteriormente a la doctora Judith Marina Ortegón.

3. Los perjuicios para el accionante se acreditan con las certificaciones de folios 52 y 53 y el testimonio extraproceso de Bertha Cecilia Caro (fls. 188-196).

La impugnación, por su parte, sostiene:

1. Siendo la Corporación de Desarrollo de Chiquinquirá un establecimiento público del orden municipal, su Gerente es un Agente del Alcalde Municipal y, por lo tanto, de su libre nombramiento y remoción.

2. La creación de las entidades descentralizadas obedece a una doble concepción: a) La conveniencia de hacer más técnica, eficiente y oportuna la prestación de los servicios públicos; b) La necesidad de evitar que se conviertan en ruedas sueltas, para lo cual existe el control de tutela, que se manifiesta en la condición de agentes del Jefe de la administración que se atribuye a los representantes legales de aquéllas.

3. Conforme al tenor del artículo 130 del Decreto-ley 1333 de 1986, al Alcalde corresponde, como Jefe de la administración pública en el municipio, dirigir la acción administrativa, nombrando y separando libremente sus agentes (fls. 204-209).

Para resolver, se considera:

Se demandan en este proceso los Decretos 002 de enero 30 y 005 de febrero 11, ambos de 1987, por los cuales el Alcalde de Chiquinquirá declaró insubsistente el nombramiento del actor designando en su reemplazo al señor Jorge Alirio Ochoa Lancheros y luego, ante la renuncia de éste, a la doctora Judith Marina Ortegón.

Es argumento sustancial de la acción el que con los actos enjuiciados se quebrantaron, entre otras normas, la contenida en el artículo 15 del Acuerdo 006 de 1979, según la cual "el Gerente será elegido por el Alcalde del Circuito Judicial de Chiquinquirá, de terna que presenta la Junta Directiva de la Corporación, para un período de dos años, contado a partir de 1º de enero del año correspondiente, y llevará la representación legal de la entidad" (fls. 19-22).

Es claro, como lo muestran los autos, que por Decreto 002 de enero 30 de 1987, sin motivación alguna, se declaró insubsistente al actor y se designó, en sustitución, al señor Jorge Alirio Ochoa Lancheros (fl. 15).

Ahora bien, de la simple lectura del texto del Acuerdo 006 de 1979 que se invoca, se deduce sin dificultad que, respecto del cargo de Gerente de la Corporación de Desarrollo de Chiquinquirá, las funciones del Alcalde Municipal están sujetas a una doble restricción:

1. La elección debe hacerse de una terna que previamente ha de presentar la Junta Directiva de la Corporación.

2. El cargo tiene período fijo de dos años.

Así pues, no estando vacante el cargo, carece de atribuciones el Alcalde para proveerlo. Ni, de otra parte, puede hacerlo si no es ajustándose a la terna que le presente la Junta Directiva.

El expediente de declarar la insubsistencia para crear la vacancia es ciertamente irregular dado que el funcionario afectado tiene en su favor el amparo de estabilidad que da el período fijo.

No es objeto de discusión el hecho de que el actor había sido designado en legal forma para el período comprendido entre el 1º de enero de 1987 y el 31 de diciembre de 1988, lo que, por lo tanto, le confiere la estabilidad relativa que es consecuencia del período fijo señalado en el Acuerdo 006 de 1979. La facultad discrecional de declarar la insubsistencia está, por ende, fuera de lugar en este contexto. Erró, por lo mismo, el Alcalde en este primer aspecto de la situación que se configura en el *sub lite*.

Obvio es también que la designación del señor Jorge Alirio Ochoa Lancheros es contraria a derecho, no ajustándose a la exigencia de la previa presentación de terna por parte de la Junta Directiva de la Corporación.

En tal virtud, resulta protuberante la violación de una norma superior por parte del Decreto 002 de enero 30 de 1987.

Es evidente igualmente que la designación de la doctora Judith Marina Ortegón adolece del mismo vicio imputado a la del señor Jorge Alirio Ochoa Lancheros, frente a la limitación de la facultad del burgomaestre para este efecto, según se anotó, aparte de que el cargo no estaba vacante, por haber sido irregular la desvinculación del actor.

En cuanto a la demostración sumaria de perjuicios que exige el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, es suficiente la que aportan los documentos de folios 52 y 53 y el testimonio de folios 188-196, como lo estimó el Tribunal.

Finalmente, piensa la Sala que, dada la claridad de la situación que muestran los autos, no es del caso examinar el alcance de los argumentos de la impugnación, los que ciertamente resultan ineficaces pues visualizan el problema desde ángulos ajenos a la realidad procesal.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda,

Resuelve:

Confírmase el auto apelado de fecha treinta (30) de septiembre de mil novecientos ochenta y siete (1987), proferido por el Tribunal Administrativo de Boyacá.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 20 de enero de 1989.

Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

ACTO ADMINISTRATIVO. PARQUE AUTOMOTOR. SERVICIO PUBLICO DE TRANSPORTE.

El acta de adjudicación demandada no tuvo en cuenta las exigencias que para la adjudicación de cupos para vehículos tipo taxi que ingresen al servicio público por incremento, fija el procedimiento señalado en el Acuerdo 005 de 1988 del INTRA, que desarrolla a su vez lo ordenado en el artículo 52 del Decreto 265 de 1988 expedido por el Presidente de la República. Confirma la SUSPENSION PROVISIONAL del acto contenido en el Acta de Adjudicación número 001 de agosto 12 de 1988 de la Alcaldía Municipal de Piedecuesta (Santander).

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., veintisiete de marzo de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Samuel Buitrago Hurtado.*

Referencia: Expediente número 1135.

Actor: Jorge William Sánchez Latorre.

Se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por el señor Alcalde Municipal de Piedecuesta contra la providencia dictada por el Tribunal Administrativo de Santander el 15 de noviembre de 1988, mediante la cual se decretó la suspensión provisional del acto contenido en el Acta de Adjudicación número 001 de agosto 12 de 1988 de la Alcaldía Municipal, por medio del cual se adjudicaron cupos para vehículos tipo taxi para ese Municipio. Solicita el apelante el levantamiento de la medida cautelar para que en su lugar se declare por esta Corporación, la legalidad del acto acusado.

La providencia apelada considera que el acto acusado violó los literales c) y d) del artículo 3º del Acuerdo número 005 de 10 de febrero de 1988 expedido por la Junta Directiva del Instituto Nacional del Transporte, con base en las facultades otorgadas por el Decreto número 205 del mismo mes y año dictado por el Gobierno nacional. Consideró el Tribunal *a quo* que, cumpliéndose las exigencias del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, procedía la suspensión provisional y así lo dispuso.

Para los efectos de la alzada, el apoderado de la parte demandada alega: a) Que la acción incoada es improcedente porque debió ejercitarse la de restablecimiento del derecho y no la de nulidad; b) La competencia exclusiva del Municipio de Piedecuesta para proferir la actuación demandada.

Consideraciones:

Se comienzan estas consideraciones por aclarar que, en cuanto a la primera tacha que el libelista apelante atribuye a la demanda, esta Sala no habrá de hacer análisis alguno si se tiene en cuenta que no es asunto que deba ventilarse como materia de recurso si no más bien, si se dan las circunstancias procedimentales, como una posible excepción que debe ser decidida, según el ordenamiento contencioso administrativo, en la sentencia definitiva.

Ya en relación con la suspensión provisional en sí y con la alegada competencia exclusiva del Municipio de Piedecuesta para proferir actuaciones como la que se demanda, tenemos:

La suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo es una medida de tan serios alcances que el fallador debe ser supremamente cauteloso al tomarla ya que, no solamente podría constituir un indicio del fallo definitivo, sino que se está profiriendo una decisión en la cual no ha sido tenida en cuenta la réplica de la contraparte. Esta Sala ha sido celosa y exigente en la aplicación de tal medida. Y la ley la permite solamente cuando salta a la vista, en forma protuberante, la inconformidad del acto acusado con la norma superior.

En la providencia del Tribunal Administrativo de Santander se expresa en forma clara que el acta de adjudicación número 001 de 1988 de la Alcaldía de Piedecuesta, no tuvo en cuenta las exigencias que "para la adjudicación de cupos para vehículos tipo taxi que ingresen al servicio público por incremento", fija el procedimiento señalado en el Acuerdo número 005 de 1988. Este acuerdo, emanado del Instituto Nacional del Transporte, no cumple función distinta a la de obedecer lo ordenado en el artículo 52 del Decreto número 265 de 1988 (febrero 8) expedido por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades que le confiere el ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional y la Ley 15 de 1959. Lo que indica, sin necesidad de explicación, que es, ese acuerdo, una norma que tiene vigencia en todo el país pues es dictada por un organismo nacional que tiene, como se vio, competencia para ello y no por una entidad regional ajena al lugar donde se origina el acto demandado. No dicen las disposiciones que regulan el servicio público de transporte en Colombia, que éstas tienen vigencia para todo el territorio nacional con la excepción del Municipio de Piedecuesta (Santander) como pretende sugerirlo el memorialista cuando habla de "la compe-

tencia exclusiva del Municipio de Piedecuesta para proferir la actuación demandada".

Las objeciones que se puedan tener contra la constitucionalidad o legalidad de los acuerdos y decretos que regulan la actividad del INTRA podrían ser objeto de acciones individuales ante los Tribunales competentes, pero mientras rijan ninguna entidad privada ni oficial está exonerada de su cumplimiento. No pueden ser tampoco sujeto de consideración, en el caso *sub lite*, las normas que han sido expedidas con posterioridad a su ocurrencia, como el Decreto 1066 de junio de 1988 citado por el apelante.

La prolija argumentación del recurrente no logra desvirtuar el siguiente hecho concreto: Los literales c) y d) del artículo 3º del acuerdo citado, exige la presencia de unos delegados del Ministerio Público, de la Contraloría General de la República y del Instituto Nacional del Transporte, en el sorteo de los cupos para taxis. Confrontadas las firmas que aparecen en el Acta 001 de 1988, visibles a folios 4 del expediente, aparece claro que no se cumplió con ese requisito. Nada se puede afirmar sobre la comparecencia de quien firma como delegado de los transportadores por cuanto en el acta no se dice si fue o no nombrado por el Director Regional del INTRA de Santander, como lo exige el acuerdo. Para dilucidar el origen de su representación habría que entrar en exámenes más detenidos que reñirían con la sencillez que debe tener la comparación, según la norma rectora. Pero basta con lo que aparece para constatar la flagrancia de la violación.

Por lo expuesto, el auto debe ser confirmado.

En consecuencia, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

Resuelve:

Confírmase el auto apelado.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La providencia anterior la discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día 16 de marzo de 1989.

Luis Antonio Alvarado Pantoja, Samuel Buitrago Hurtado, Guillermo Benavides Melo, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

ALCALDE. Funciones. ACUERDO MUNICIPAL. Objeción al Proyecto.

Desde el momento en que el Alcalde 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 Administrativo, en lugar de devolverlo a la Corporación edilicia. Se quebrantó la ley al asumir el Alcalde lo que se ha denominado en el argot político "la dictadura fiscal del ejecutivo", invocando en su apoyo el artículo 57 del Decreto-ley 294 de 1973, de imposible aplicación en el caso sub lite *frente a la vigencia del actual régimen municipal.*

NOTA DE RELATORIA: Las consideraciones centrales del fallo son las mismas que en su oportunidad se produjeron con motivo de la confirmación de la suspensión provisional del decreto demandado, que aparece publicado en extractos de 1988, página 638.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., seis de abril de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Samuel Buitrago Hurtado.*

Referencia: Expediente número 996.

Actor: Luis Fabián Fernández Maestre, Personero Municipal de Valledupar.

Se decide el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar, el 28 de junio de 1988 por medio de la cual declaró la nulidad del Decreto 000188 de diciembre 30 de 1987 expedido por el señor Alcalde Municipal de Valledupar, decreto "por el cual se adopta el presupuesto de rentas, gastos e inversiones (personal de planta), del Municipio de Valledupar (Cesar), para la vigencia fiscal comprendida entre el primero (1º) de enero al treinta y uno (31) de diciembre de 1988".

Se dijo en los hechos de la demanda, que el Alcalde Municipal de Valledupar remitió el 1º de noviembre de 1987 al Concejo Municipal para su estudio y aprobación el proyecto de acuerdo por medio del cual se adopta el presupuesto de inversiones y gastos para dicho mu-

nicipio y para la vigencia fiscal de 1988. El Concejo lo aprueba y el 27 de noviembre lo envía por primera vez a sanción, siendo objetado por el señor Alcalde el 3 de diciembre, retornando al Concejo para el estudio de las objeciones formuladas. Que el proyecto fue reconsiderado y aprobado en tercer debate el 8 de diciembre del mismo año, siendo enviado de nuevo al señor Alcalde para su sanción exclusivamente el 14 del mismo mes y año de conformidad con el artículo 114 del Decreto 1333 de 1986, pero que este funcionario alegando falta de información de las actuaciones del Concejo, optó por la dictadura fiscal al emitir el decreto acusado adoptando así el presupuesto de gastos e inversiones del Municipio de Valledupar para el período de 1988.

Como disposiciones violadas, dándose el correspondiente concepto de la violación, se señalaron los artículos 114, 264 y 288 del Decreto-ley 1333 de 1986; artículo 57 del Decreto 294 de 1973; artículo 197, ordinal 5º de la Constitución Nacional, y el artículo 361 del Acuerdo 025, Estatuto Fiscal Municipal.

Por medio de providencia de 16 de marzo de 1988 el Tribunal admitió la demanda y dispuso el trámite que en la ley correspondía. En el mismo proveído decretó la suspensión provisional que de modo expreso se le había pedido en el escrito de demanda. Apelada esta decisión, fue confirmada por el Consejo en auto de 16 de agosto de 1988.

Concluida la tramitación normal del juicio el Tribunal le puso fin con la sentencia que hoy es materia de revisión por vía de apelación.

El Municipio de Valledupar que apeló de la sentencia por conducto de apoderada, al sustentar el recurso expresa que como los fundamentos tenidos en cuenta al alegar de conclusión no han variado y ellos tienen plena vigencia, se permite reafirmarlos manifestando al efecto que el Ejecutivo Municipal dictó el decreto acusado con fundamento en el artículo 361 del Estatuto Fiscal Municipal, que tiene concordancia con el artículo 57 del Decreto 294 de 1973 el cual es de aplicación analógica por mandato expreso del artículo 264 del Decreto 1333 de 1986. Que tal como puede observarse, la Administración Municipal presentó oportunamente para el estudio, consideración y aprobación al Concejo Municipal el proyecto de presupuesto para la vigencia fiscal comprendida entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 1988. Que la Corporación edilicia al estudiar dicho proyecto le introdujo modificaciones sustanciales que, al ser aprobado y remitido para su sanción al Ejecutivo, fue objetado por considerarse que las modificaciones efectuadas eran violatorias de la Constitución y la ley, razón por la cual lo devolvió a la aludida corporación oportunamente para que ésta se pronunciara al respecto, y que como el proyecto de acuerdo a pesar de que se dice fue aprobado en tercer debate, previa reconsideración del Concejo, fue devuelto al Ejecutivo con los mismos vicios

o defectos para la sanción y al no haberse aprobado legalmente, se le dio aplicación al artículo 361 del Estatuto Fiscal Municipal.

El señor Fiscal Primero de la Corporación al descorrer el traslado que se le hizo considera que el escrito de sustentación del recurso no reúne los requisitos que permitirían entrar a considerarlo como tal, pero que lo cierto es que poco hay que agregar a lo que con motivo de la apelación de la providencia mediante la cual el Tribunal *a quo* suspendió provisionalmente los efectos del acto demandado, sostuvo esta Sala en la providencia de 16 de agosto de 1988, y así, como quiera que ya en extenso esta Sección analizó el caso llegando a la conclusión de que el acto acusado violó la legalidad, y que las circunstancias fácticas y jurídicas siguen siendo las mismas, huelga concluir que la decisión de fondo, de considerarse viable el estudio del recurso, no debe ser en nada distinta a la que se plasmó en la providencia de agosto 16 de 1988 de esta Sala.

La Sala discrepa del parecer del señor Fiscal en el sentido de que el apelante no sustentó su recurso, pues no otra cosa es el contenido del memorial suscrito por la apoderada del Municipio de Valledupar, reuniendo ciertamente, como se colige de su simple lectura, las exigencias para entrar a considerarlo como una evidente sustentación del mismo.

Y en cuanto al fondo mismo del asunto, comparte la Sala el criterio del señor Fiscal sobre el particular, siendo suficiente realmente para la Sala y con miras a la decisión de la controversia, como motivación del fallo, los razonamientos que se hicieron en el auto de 16 de agosto de 1987 que resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la suspensión provisional del acto acusado, confirmando lo decidido por el Tribunal Administrativo del Cesar. Al efecto se dijo en el auto citado (Extractos, pág. 638, adopción del Presupuesto de Rentas y Gastos Municipales):

"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 del 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 legajo 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 Concejal Augusto Escalona quien dice: Para dejar constancia, en mi nombre y el de los honorables Concejales 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 Concejal Eloy Quintero para decir: Me parece que es abusinar sus solicitudes, ya que usted conoce el presupuesto para el año de 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 hiciera esta Alcaldía;

" 'd) Que por mandato del artículo 264 del Decreto 1333 de 1986, cuando los Concejos no expidieren 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 'fehacientemente' 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, cualesquiera 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".

La situación jurídica contemplada en el proveído transcrito no ha variado a la fecha actual y los fundamentos allí expuestos no fueron redargüidos, ya que las partes han alegado de conclusión sosteniendo los mismos puntos jurídicos invocados en la demanda y en la contestación de la misma. Y lo anterior lleva a la misma conclusión del

Tribunal, de que han sido violadas por el acto demandado las disposiciones superiores de derecho invocadas en la demanda y por el concepto de violación emitido en ésta.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, oído el concepto del señor Agente del Ministerio Público y de acuerdo con él y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por atutoridad de la ley,

Falla:

Confírmase la sentencia apelada proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar el 28 de junio de 1988.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

La sentencia anterior la discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día 6 de abril de 1989.

Luis Antonio Alvarado Pantoja, Samuel Buitrago Hurtado, Guillermo Benavides Melo, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

INTERES MORATORIO. Naturaleza.

Los intereses por mora en el pago de los impuestos no tienen carácter indemnizatorio de los posibles perjuicios del Fisco, sino que son de naturaleza sancionatoria. En consecuencia no se rigen por las previsiones del Código Civil, en cuanto regulan las obligaciones que nacen entre los particulares sino por las leyes tributarias que los establecen.

DEMANDA. Requisitos.

Para que el Juez pueda establecer las causas que le permitan declarar la nulidad de un acto administrativo, amparado por presunción de legalidad, se necesita que el actor le indique las normas violadas y explique el concepto de la violación.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., catorce de abril de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente número 1737. Impuestos (Industria y Comercio). Fallo.

Actor: Compañía Colombiana de Tejidos S. A. COLTEJER contra Municipio de Envigado.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la actora contra la sentencia de 20 de abril de 1987 dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia en la cual negó las pretensiones de la demanda tendientes a obtener la declaratoria de nulidad de las Resoluciones 05 y 012 de 17 y 29 de mayo de 1985 respectivamente, dictadas por el Alcalde del Municipio de Envigado y la devolución de $ 3.615.449.84 a título de restablecimiento del derecho.

La mencionada cifra, en la cual concretó sus pretensiones la actora, corresponden a intereses moratorios cobrados y, según ella, no causados en la operación de compensación de sobrantes de impuesto de industria y comercio por los años 1980, 1981 y 1982 y la deuda por el mismo impuesto por el ejercicio de 1983, en la cual computó la citada cifra como intereses moratorios por el período de noviembre de 1983 a noviembre de 1984 (art. 77, Acuerdo 43 de 1983).

Según referencias de ambas partes la compensación fue ordenada por el Tribunal Administrativo de Antioquia y confirmada por el Consejo de Estado en fallo de demanda de revisión de impuestos en cuya parte resolutiva (según referencia parcial visible a folio 17) se ordenó que "las sumas pagadas en exceso se abonarán a cuenta de futuros impuestos con inclusión de los intereses correspondientes".

La actora consideró en su DEMANDA que la actuación del Municipio de Envigado al dar cumplimiento al fallo de la jurisdicción contenciosa mediante la referida compensación de sobrantes de pago a la deuda por 1983, liquidando a ésta intereses moratorios, violó las siguientes disposiciones:

—El artículo 1617 del Código Civil que consagra los principios a los cuales se debe someter la indemnización de perjuicios por mora, cuando la obligación es de pagar una suma de dinero.

—El artículo 44 del Decreto 3803 de 1982 que consagra la causación de intereses moratorios por el pago extemporáneo de los impuestos que administra la Dirección General de Impuestos Nacionales y sienta reglas especiales desde cuando se causan en los casos de los impuestos de renta y de ventas, y

—El artículo 88 de la Ley 14 de 1983 que dispone que en el caso de mora en el pago de los impuestos de que trata la ley (dentro de los cuales está el de industria y comercio) se aplicarán las sanciones que para el mismo efecto están establecidas respecto del impuesto de renta.

Alegó que la interpretación armónica de estas disposiciones conduce a que, habiendo ingresado los dineros a las arcas oficiales, no hubo perjuicio y por tanto no hay lugar a reconocer intereses moratorios "porque el rendimiento que hubiere podido producir la suma adeudada por mi representada se compensa con los frutos percibidos por el Municipio, en el mismo lapso, producto de la suma pagada en exceso".

En la SENTENCIA APELADA el Tribunal no accedió a las súplicas por falta de fundamentación jurídica adecuada al caso, considerando que "el fundamento de su acción es simplemente una apreciación subjetiva sin respaldo jurídico, máxime cuando señalando como violadas la Ley 14 de 1983 y el Decreto 3803 de 1982, nada aportó en su escrito demandatorio para argumentar su quebrantamiento".

Al sustentar el recurso de APELACION la apoderada insiste en fundamentar su alegato en la norma invocada del Código Civil para expresar que no obstante la mora en el pago genera el derecho a una indemnización de perjuicios, en ocasiones no se generan éstos como en el caso que nos ocupa "pues si bien es cierto que con mucha anterioridad al Municipio de Envigado le ingresaron las sumas que

por expresa disposición de un fallo judicial debía devolver al contribuyente..." Repetido este argumento en otras formas, deja sin sustentación el quebranto de las demás normas invocadas.

El señor Fiscal Tercero ante esta Corporación en VISTA FISCAL número 21-88, con la perspectiva de la regulación de las obligaciones en el campo civil, cuyos tópicos considera aplicables a las que surgen a favor del Fisco por impuestos, en consideración a que "en últimas son obligaciones que tienen como fuente la ley", llega a la conclusión de que debe revocarse la sentencia apelada y acceder a las súplicas de la demanda.

El resumen de la argumentación enseña los siguientes puntos: a) La mora o demora es un retraso cualificado, que envuelve la idea de culpa imputable al obligado; b) Según el artículo 1608 del Código Civil el deudor se constituye en mora cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado pero si la situación de moroso es aparente, puede destruirse aquella presunción; c) Si de la mora brotan los intereses moratorios es porque tienen el carácter de indemnizar los perjuicios que sufre el acreedor por el retraso y para que haya lugar a indemnizar perjuicios es indispensable que éstos se hayan causado realmente (arts. 1608 y 1617 del C. C.).

Con este planteamiento considera que el Municipio de Envigado no sufrió perjuicio alguno, dado que por anticipado había percibido en sus arcas lo correspondiente al impuesto en cuestión.

Consideraciones de la Sala:

La acción contenciosa que persigue el restablecimiento de un derecho que se supone vulnerado por un acto de la administración pública, impone al actor la necesidad de desvirtuar la presunción de legalidad del acto para obtener como consecuencia su anulación. Y para que pueda el Juez establecer las causas que le permitan declarar la nulidad, en especial por violación de las normas a las que debía estar sujeto, se necesita que el actor le indique las normas violadas y explique el concepto de la violación.

Estas nociones generales que están consagradas en los artículos 85 y 137 del Código Contencioso Administrativo, se encuentran implícitamente en el fallo apelado y fueron las que le impidieron al *a quo* examinar a fondo la situación planteada, pues la fundamentación de la impugnación quedó reducida a la errada o a falta de aplicación del artículo 1617 del Código Civil, sin que sobre el 44 del Decreto 3803 de 1982 y el 88 de la Ley 14 de 1983 nada expusiera la demandante ni en primera, ni en la segunda instancia.

En tales condiciones, no es posible establecer causal alguna que amerite la anulación de las Resoluciones del Alcalde de Envigado bajo

la única consideración de que si el Municipio no sufrió perjuicios, no hay lugar a los intereses moratorios.

Para la Sala, la providencia del *a quo* merece ser confirmada por lo dicho en ella, máxime cuando no se trataba de una interpretación armónica de tres normas, cuando solamente se comentó una de ellas.

Pero pueden agregarse las siguientes consideraciones: En las Resoluciones del Alcalde se citó como norma que sustentaba el cobro de intereses moratorios por los gravámenes de 1983, el Acuerdo Municipal 043 de 1987 (septiembre 16) en su artículo 77 que no fue examinado, y menos aún criticado, en la demanda; tal norma dispone que la mora en el pago de los impuestos de industria y comercio causará el máximo interés permitido por la Ley 14 de 1983, o sea, el 3.5% que fue el porcentaje aplicado. También citó el Decreto 437 de 1984 para aplicar a una fracción de tiempo la tasa del 3.33%.

Además, el artículo 88 de la Ley 14 de 1983 autoriza cobrar por la mora en el pago de los impuestos municipales la misma tarifa que para el impuesto de renta y ésta según el artículo 45, (no el 44 que citó la demanda) estaba fijada en el 42% anual, o sea el 3.5% mensual que fue el cobrado. En principio, pues, no se ve extralimitación en el cobro de los intereses por la deuda de los impuestos de 1983.

Por otra parte, en cuanto al tema de la compensación y la falta de perjuicio, la Sala no comparte la opinión deducida de las diversas normas que regulan la materia de las obligaciones en el Código Civil con apoyo en estas breves consideraciones: Los "impuestos", cuyo objeto es pagar una suma de dinero al Estado, no son obligaciones que nacen ni de la convención, ni de los hechos de las partes, sino de la *ley* (art. 1494 del C. C.). Y como según el artículo 34 de la Ley 57 de 1887 las obligaciones que "nacen de la ley se expresan en ella", no se rigen por las previsiones del Código Civil en cuanto regula las obligaciones que nacen entre particulares, sino por las leyes tributarias que las establecen.

Los intereses por mora en el pago de los impuestos no tienen carácter indemnizatorio de posibles perjuicios del Fisco sino que son de naturaleza sancionatoria. Así lo indica el artículo 44 del Decreto 3803 de 1982 ubicado en el Capítulo VI que trata de las *"sanciones"* y así también los califica el artículo 88 de la Ley 14 de 1983 al establecer que a la mora en el pago de los impuestos municipales se aplicarán *las sanciones* que para el mismo efecto rigen para el impuesto de renta.

En consecuencia, el enfoque adecuado del caso implicaba el análisis de las normas administrativas que regulan la devolución de impuestos pagados en exceso y el momento en que la orden de compensarlos producía efectos liberatorios de las obligaciones tributarias, momento a partir del cual no se podían generar intereses moratorios

de éstas. Este pudo desarrollarse alrededor del artículo 72 del Acuerdo 043 de 1983 que permite la "compensación", no fue mencionado en la demanda.

Como tampoco lo fueron otros aspectos de interés, a saber: La eventual causación de intereses a favor del contribuyente por las sumas devueltas según el mismo Acuerdo 43 de 1983 y el artículo 140 del Decreto 01 de 1984; o el equívoco de cobrar intereses sobre impuestos futuros que suscita la redacción de la sentencia del Tribunal al expresar que podían causarse intereses sobre "futuros impuestos" cuando ordenó que "las sumas pagadas en exceso se abonaran a cuenta de futuros impuestos con inclusión de los intereses correspondientes".

En tales condiciones el fallo del Tribunal no podía ir más allá de lo planteado por la actora, concluyéndose que está ajustado a la ley.

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 a la oficina de origen. Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Carmelo Martínez Conn, Presidente; *Jaime Abella Zárate, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION. Técnica. DERECHOS DE LA MUJER. PROTECCION A LA MATERNIDAD.

No se violó la Ley 51 de 1981 aprobatoria de la convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer adoptada por la ONU, pues la legislación positiva vigente en nuestro país establece los mismos derechos y deberes laborales para el hombre y para la mujer, con excepción del tratamiento especial dado al estado de embarazo. Aseverar que en la práctica ocurre lo contrario, implica un examen de los hechos y las pruebas del proceso, que no es de recibo en el recurso extraordinario de anulación.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., diecinueve de abril de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejera ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Proyectó: *Doctor Antonio José Arciniegas A.*, Abogado asistente.

Referencia: Expediente número 2663.

Actora: Dora Inés Alvarez Espinosa.

Dora Inés Alvarez Espinosa, a través de apoderado, presentó recurso extraordinario de anulación contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima el 9 de febrero de 1987 en el proceso entablado por aquélla contra el Municipio de Cunday tendiente a la anulación con restablecimiento del derecho, del Decreto número 008 de 30 de marzo de 1985 del señor Alcalde Municipal, por el cual se le declaró insubsistente su nombramiento como Oficial Mayor de la Alcaldía.

La sentencia recurrida:

En la sentencia recurrida se denegaron las peticiones de la demanda, concretamente, por las razones siguientes:

> "Si bien es cierto que en la convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mu-

jer, celebrada en Copenhague y aprobada por la Ley 51 de 1981, se acordó que los estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, también es cierto que según la legislación colombiana, la mujer tiene los mismos derechos y deberes que el hombre, motivo por el cual las disposiciones que sobre manejo de personal se aplican a los hombres, le son aplicables también a las mujeres, excepción hecha cuando se demuestre que se encuentran en estado de embarazo.

"Es de observar que dentro del acervo probatorio no está demostrado que Dora Inés Alvarez Espinosa, hubiera sido desvinculada de su cargo por el hecho de ser mujer.

"No encuentra pues el Tribunal asidero legal al argumento de que ninguna mujer puede ser desvinculada del empleo, aún sin pertenecer a carrera administrativa que le dé cierta estabilidad en el mismo, pues de prosperar tan novedosa tesis tendríamos que vendría a quedar en superioridad de condiciones frente al hombre. La Corporación entiende que lo que se ha pretendido es la igualdad de la mujer frente al hombre, que no haya preferencias ni discriminaciones, pero jamás que por el solo hecho de ser mujer sea inamovible en su empleo.

"Así las cosas, si un varón que es de libre nombramiento y remoción, es desplazado mediante insubsistencia, igual tratamiento puede recibir una mujer que se encuentra en las mismas condiciones, motivo por el cual estima la Sala que el cargo no está llamado a alcanzar prosperidad.

"Sostiene el demandante que se le desvinculó del servicio como represalia por la pérdida de unos documentos, motivo por el cual el Alcalde formuló la denuncia correspondiente, es decir, que el motivo oculto fue la desaparición del original y las copias del Decreto 06 de 2 de marzo de 1985.

"Del acervo probatorio arrimado al proceso se demuestra que evidentemente se extraviaron unos documentos de la Alcaldía de Cunday, lo que motivó la formulación de la denuncia penal correspondiente en averiguación de los responsables.

"Lo que si no está probado plenamente es que a la demandante se le haya inculpado esta irregularidad y por lo tanto, no encuentre la Corporación fundamento alguno a la apreciación del mandatario judicial de la demandante para

sostener que este fue el motivo de su retiro y que se le ha debido adelantar entonces previamente proceso disciplinario" (fls. 94 y 95, cuaderno 2).

El recurso de anulación:

En el escrito de interposición del recurso extraordinario de anulación, se formuló contra la sentencia impugnada el cargo de violación directa de los artículos 2º, 16, 17, 20, 26, 30, 45, 62-2 y 163 de la Constitución Nacional; 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo; "por haber sido inaplicados al caso litigado, en razón de haber sido quebrantada por errónea interpretación la disposición de la Convención de Copenhague, aprobada por la Ley 51 de 1981, sobre estabilidad en el empleo para la mujer".

El desarrollo de este cargo fue expuesto, en síntesis, argumentando lo siguiente:

"El Tribunal Administrativo del Tolima los violó, en forma directa, al interpretar en forma errónea la ley supranacional, estimándola un privilegio; y debido a ese enorme yerro interpretativo dejó de aplicar las restantes que previenen la manera de ejercitar los poderes públicos, las garantías individuales de los ciudadanos y, por sobre todo, de los trabajadores; cómo debe atenderse el derecho de petición deferido a los estrados judiciales; y cómo deben motivarse acertadamente los fallos. De hecho, los falladores dejaron de aplicar también las disposiciones que consagran las causales de anulación de los actos administrativos y las consecuencias restitutorias de las anulaciones, cuando de restablecer derechos se tratare.

"Si el Tribunal hubiese interpretado correctamente la norma consagratoria de la estabilidad en el empleo para la mujer, de seguro habría aplicado las demás disposiciones básicas de la censura; y les habría reconocido el alcance y la eficacia que los organismos competentes del Estado les dieron al proferirlas. Y —lógicamente— habría declarado la nulidad del acto impugnado y despachado favorablemente las consecuencias reparatorias e indemnizatorias de los derechos laborales que se conculcaron a mi poderdante.

"……

"Como lo puntualiza el tratadista *Hernando Morales Molina,* citando a Riverola, dos son los medios mediante los cuales se puede incurrir en la violación de la ley material: *'Prescindiendo de una norma vigente'* y *'calificando errónea-*

mente las cualidades jurídicas que revisten las circunstancias de hecho' (Técnica de Casación Civil, pág. 178, Lerner Bogotá)" (fl. 6, cuaderno principal).

El señor Fiscal colaborador conceptuó de fondo solicitando negar prosperidad al presente recurso de anulación, por presentar las fallas siguientes:

"1. Se desarrolla el concepto de violación como un alegato de instancia; y

"2. Se apoya en consideraciones fácticas y probatorias, reiterando en el recurso planteamientos del libelo inicial" (fl. 20, cuaderno principal).

Cumplido el trámite de ley y no observándose causal alguna de nulidad procesal, se decide mediante las siguientes *consideraciones:*

La Sala observa que la manera de formular los cargos en el escrito de interposición del recurso extraordinario de anulación, no plantea la violación directa de la Constitución Política o de la ley sustantiva, como resultado de enfrentar objetivamente y sin intermediación alguna los términos de la sentencia con los de las normas constitucionales y legales invocadas, para que este recurso pudiera prosperar con miras a la anulación de la sentencia impugnada. La recurrente deduce la violación de las disposiciones constitucionales y legales invocadas, de la supuesta interpretación errónea dada en la sentencia del Tribunal al artículo 11, numeral 1º, literal c) de la "Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer", adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979 y firmada el 17 de junio de 1980, la cual fue aprobada por la Ley 51 de 1981.

El artículo 11, numeral 1º, literal c) de esta Convención reza: "Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular:

"

"c) El derecho de elegir libremente profesión y empleo, el derecho al ascenso, a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y otras condiciones de servicio, y el derecho al acceso a la formación profesional y al readiestramiento, incluido el aprendizaje, la formación profesional superior y el adiestramiento periódico".

Según esta disposición convencional, el Estado colombiano se obligó a adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo, a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre.

La Sala advierte que el Tribunal no interpreta erradamente esa normatividad, contrariamente a lo afirmado por la recurrente, al considerar que la legislación positiva vigente en nuestro país establece los mismos derechos y deberes laborales para el hombre y para la mujer, con excepción del tratamiento especial dado al estado de embarazo.

Por otra parte, la recurrente afirma que en la práctica se discrimina a la mujer colocándola en desigualdad laboral frente al hombre, con violación de dicha Convención e, insinúa que esa fue su situación. Esta aseveración implica el examen de los hechos y de las pruebas del proceso, que no es de recibo en este recurso extraordinario de anulación.

La facultad de libre nombramiento y remoción puede ejercitarse tratándose de empleados de cualquier sexo que no estén protegidos por garantía de estabilidad. Y hasta ahora en Colombia el hecho de ser mujer no confiere estabilidad en un empleo.

En tales condiciones no se colige la interpretación errada de la citada Convención aprobada por la Ley 51 de 1981 ni, por ende, la violación de las normas constitucionales y del Código Contencioso Administrativo, como fue aducida para fundamentar el presente recurso extraordinario de anulación, cuya prosperidad debe denegarse no dándose la causal del artículo 197 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:

No prospera el recurso extraordinario de anulación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima el 9 de febrero de 1987.

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 diez (10) de abril de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

Alvaro Lecompte Luna, Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

DEMANDA. Corrección.

Los cinco días que atribuye la ley para el actor cuya demanda ofrece vicios que impiden la admisión, se consideran como de- oportunidad para presentar la demanda, con la lógica salvedad de que los cinco días no queden por fuera del término dentro del cual ha de presentarse la demanda. Lo alegado dentro de los cinco días se debe considerar como si se hubiera alegado en el escrito de demanda inicialmente presentado. El término de corrección de la demanda, ciertamente, es una gracia legal para evitar la inadmisión en todos los casos en que la demanda no se presentara en debida forma.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., veintidós de junio de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Simón Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Proceso número 1116.

Demandante: Transportes Los Muiscas S. A.

La sociedad Transportes Los Muiscas S. A., por intermedio de apoderado, intentó demanda de restablecimiento del derecho contra las Resoluciones 207, de mayo 29 de 1988, y 100 de abril 12 del mismo año, expedidas por el Alcalde Mayor de Tunja (Boyacá), y por medio de las cuales se autorizaron dos rutas urbanas y se ordenó la publicación de las mismas, para el servicio de transporte en la mentada ciudad; la demanda se presentó ante el Tribunal Administrativo de Boyacá, el cual tras el atento examen del escrito y sus anexos decide no darle curso, con base en las siguientes consideraciones:

1º La demanda falla por no designar perfectamente las partes y sus representantes; el actor se limita a indicar una oficina, la Alcaldía, lugar o sitio en que ejerce el Alcalde sus funciones, pero que carece de la capacidad legal para comparecer en juicio.

2º No se formularon en forma adecuada las pretensiones si se tiene en cuenta que se trata de la acción de restablecimiento del derecho. El actor se limita a impetrar la nulidad de los actos acusados

pero nada dice del consiguiente restablecimiento del derecho, consideración típica de tal clase de acciones.

3º A la demanda se acompañaron los actos acusados sin constancia de notificación y ejecutoria.

Para corregir los defectos apuntados, el Tribunal concedió al actor el término legal, al cabo del cual el actor manifestó haber cumplido las exigencias del Tribunal mediante las siguientes certificaciones y documentos:

a) Que la parte demandada es el Municipio de Tunja (Boyacá), representada legalmente por el Alcalde Mayor de la ciudad;

b) Que la pretensión comprende la nulidad de los actos señalados en la demanda y el restablecimiento del derecho que consiste en que la empresa demandante siga prestando el servicio de transporte en las condiciones iniciales que le fueron otorgadas;

c) Que respecto a la falta de constancia de notificación dio cumplimiento en cuanto solicitó nuevamente al Alcalde Mayor copia de los actos acusados, los que agregó a la demanda con la convicción de haber satisfecho la exigencia del Tribunal. Agrega que, a pesar de haber solicitado en debida forma, los funcionarios competentes no le entregaron copia de la Resolución 100, de 12 de abril de 1988, con las respectivas constancias de notificación y ejecutoria, *"arguyendo verbalmente que no se trata de una providencia de cúmplase que no requieren (sic) notificación"* (fl. 570). Y pide bajo la gravedad del juramento, que por imposibilidad proceda el Tribunal a solicitarlas.

El escrito de corrección del actor se presentó dentro de la oportunidad legal para hacerlo.

A su turno, el Tribunal reestudia los documentos de corrección de la demanda y decide la cuestión en los siguientes términos:

> "Como quiera que el actor no subsanó la totalidad de los defectos anotados al libelo, mediante providencia de fecha veintiséis de octubre del año en curso (1988), concretamente *en cuanto hace referencia a las copias auténticas de los actos acusados con las constancias de notificación, publicación o ejecución*, y no es procedente ni oportuno solicitar, ahora que se pidan por el Tribunal, toda vez que esta petición ha debido hacerse en la demanda como lo ordena el artículo 139 del Código Contencioso Administrativo, en cumplimiento al artículo 143 *ibídem* se debe rechazar la demanda y ordenar la devolución a quien la presentó..." (Las subrayas son de la Sala).

Contra esta decisión el actor interpuso el recurso de apelación que sustentó en los siguientes términos:

1. Solicita, para comenzar, la revocación del auto que dispuso la inadmisión de la demanda, y se reclame de la Alcaldía de Tunja copia de los actos acusados con las correspondientes constancias de notificación, publicación y ejecutoria, "en el evento que los documentos aportados no satisfagan, o bien si así lo considera pertinente se admita la demanda con los documentos y pruebas que se han allegado aceptando la Resolución número 100 de 12 de abril de 1988, sin las correspondientes constancias de notificación y ejecutoria, por tratarse de un acto de mero trámite" (fl. 572).

2. Para efectos de corregir la deficiencia de la copia aportada al escrito de demanda, el actor solicitó nueva copia en debida forma, la cual en su concepto reunía las exigencias en cuanto constancias de notificación y ejecutoria.

3. Reitera que la Resolución 100 de 1988 era un acto de puro trámite y que las publicaciones que ordenaba se hicieron en forma defectuosa y por un órgano administrativo que no era el competente, agregando la afirmación de los funcionarios de la Alcaldía, cuando se les solicitó certificación sobre las publicaciones, que no había sido posible localizarlas en el Archivo de la Alcaldía.

Consideraciones de la Sala:

Procede la Sala a examinar paciente y cuidadosamente las piezas de la demanda lo mismo que el contenido de las decisiones del Tribunal a fin de definir la controversia que la admisión ha provocado entre el actor y el Tribunal de primera instancia. Cada una de las cuestiones atinentes a la discrepancia será objeto de consideración particular.

Primera. Oportunidad de la demanda corregida.

La Sala comienza su análisis con la afirmación de que los cinco (5) días que atribuye la ley (para el actor cuya demanda ofrece vicios que impiden la admisión), se consideran como de oportunidad para presentar la demanda, con la lógica salvedad de que los cinco días no queden por fuera del término dentro del cual ha de presentarse la demanda. Si esto último no ocurre, la admisión de la demanda se produce indefectiblemente si se dan los tres siguientes supuestos:

1. Que la demanda se haya presentado en tiempo que no configura la caducidad de la acción.

2. Que los cinco (5) días de corrección se hallen igualmente dentro de la oportunidad legal.

3. Que el actor haya satisfecho en debida forma las exigencias de la admisión.

Lo anterior significa que lo alegado dentro de los cinco días se debe considerar como si se hubiera alegado en el escrito de demanda inicialmente presentado. El término de corrección de la demanda, ciertamente, es una gracia legal para evitar la inadmisión en todos los casos en que la demanda no se presentara en debida forma.

Alrededor de este asunto particular es oportuno entrar a dilucidar:

a) Si la presentación y la corrección de la demanda se hicieron en tiempo en el caso de autos;

b) Si el actor satisfizo según el espíritu de la ley, las exigencias legales.

En cuanto hace a la Resolución 100 de 1988 en su última página se lee que no se dispuso su notificación, sino su comunicación y cumplimiento. Luego no es dable exigir una notificación que no existió. De todos modos se trata de un acto de trámite que impulsa la actuación posterior, esto es, la contenida en la Resolución 207.

En relación con la Resolución 207 del mismo año, de los autos se deduce que no fue debidamente notificada, mas tal omisión imputable al funcionario no puede perjudicar los intereses del actor.

En dos oportunidades el actor solicitó copia con las debidas constancias del acto acusado y en ambas la Administración Municipal se limitó a entregar la misma copia carente de toda constancia.

De todos modos y en cuanto las fechas de notificación interesan para examinar la oportunidad de la demanda, nota la Sala que la sociedad actora por conducta concluyente, interpuso recurso de reposición contra la Resolución 207 de 1988 el día 20 de junio de 1988, que fue resuelto por la Administración Municipal mediante Resolución 281 del mismo año, en el sentido de declararse inhibida para conocer de dicho recurso la cual fue notificada personalmente al representante legal de la empresa actora el 19 de julio siguiente, por lo que el término de la caducidad de la acción deberá tomarse a partir de esta última fecha, de donde es fácil inferir que el actor presentó la demanda y la corrigió debidamente el 11 de noviembre de 1988 (fl. 570), o sea, dentro de la correspondiente oportunidad.

En tales circunstancias, el auto apelado merece ser revocado.

En mérito de lo expuesto resuelve:

1º Revócase el auto de noviembre veintitrés (23) de mil novecientos ochenta y ocho (1988), proferido por el Tribunal Administrativo de Boyacá, y mediante el cual se dispuso rechazar la demanda pre-

sentada por la empresa Transportes Los Muiscas S. A., contra las Resoluciones 207 de 29 de mayo de 1988, y 100 de 12 de abril de 1988 expedidas por el Alcalde Mayor de Tunja.

2º Admítese la demanda instaurada por Transportes Los Muiscas S. A., contra las resoluciones mencionadas en el ordinal 1º.

3º Notifíquese personalmente al Agente del Ministerio Público ante el Tribunal Administrativo de Boyacá, con entrega de copia de la demanda y sus anexos.

4º Notifíquese personalmente al representante legal de la Cooperativa de Transportadores Colonial Ltda., con entrega de copia de la demanda y sus anexos.

5º Téngase como parte demandada al Municipio de Tunja. En consecuencia, notifíquesele la demanda al señor Alcalde Mayor, representante legal del Municipio en este proceso; hágasele entrega de copia de la demanda y sus anexos.

6º Devuélvase el negocio al Tribunal de origen para que continúe el proceso y resuelva lo concerniente a la solicitud de suspensión provisional del acto acusado.

7º Reconócese personería al doctor Fabio Augusto Cifuentes Reyes, como apoderado judicial de la sociedad Transportes Los Muiscas S. A.

8º Solicítense los antecedentes administrativos a la Alcaldía Mayor de Tunja.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de la fecha.

Luis Antonio Alvarado Pantoja, Samuel Buitrago Hurtado, Guillermo Benavides Melo, Ausente; *Simón Rodríguez Rodríguez.*

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

CAPITULO IV

ACTOS DE OTRAS AUTORIDADES

DEL ORDEN DISTRITAL

SILENCIO ADMINISTRATIVO. ACTO PRESUNTO.

Siendo el silencio administrativo una ficción, el acto tácito que brota de tal fenómeno, así mismo es ficto, por lo que en el pronunciamiento respectivo basta que el Tribunal reconozca probada la existencia del fenómeno, sin que haya necesidad de declarar nulo un acto que nunca ha tenido vida como manifestación unilateral de la autoridad administrativa del Estado con capacidad de producir efectos jurídicos.

PERSONAL DOCENTE. CARGO ADMINISTRATIVO. ESCALAFON DOCENTE.

El actor no fue nombrado como profesor catedrático, ni se posesionó como tal ni devengó salario a ese título. Si fue escalafonado, ello se derivó de que, por desempeñar el cargo de Director del Centro de Formación y Especialización docente, debía también tener carga académica. En otras palabras, la carga académica le fue asignada y por ello se le escalafonó, por desempeñar, debido a nombramiento y posesión, el cargo administrativo indicado.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., siete de marzo de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente número 2171. Asuntos municipales.

Actor: Carlos Alberto Marín Ramírez.

Corresponde a la Sala resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra el fallo de nueve (9) de mayo de mil novecientos ochenta y seis (1986), proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que, respecto a las peticiones de la demanda, decidió declarar la inhibición parcial para pronunciarse con relación a las comunicaciones DP-010 de 20 y 21 de enero de 1983 de la Jefatura de Personal de la Universidad Distrital "Francisco José de Caldas" —entidad contra la cual fue incoada la acción *in exámine*— por estimar que no son actos administrativos, sino de simple trámite; declarar producido el fenómeno jurídico del silencio administrativo al no darse

respuesta oportuna a las reclamaciones formuladas por el señor Carlos Alberto Marín Ramírez con fechas 27 y 31 de enero de 1983 y 4 de febrero del mismo año; ordenar al mencionado instituto docente, como restablecimiento del derecho, el pago al actor del valor de los salarios correspondientes al cargo de profesor catedrático I que desempeñaba, "teniendo en cuenta los aumentos que hubiese tenido el cargo entre el 14 de enero de 1983 y el 31 de diciembre de 1985, fecha hasta la cual se le vencía el período docente en la Universidad, ordenándose la cancelación y pago de las prestaciones sociales y de todos los haberes causados y dejados de percibir hasta el 31 de diciembre de 1985"; declarar para todos los efectos legales que "no existió solución de continuidad entre el 14 de enero de 1983 y el 31 de diciembre de 1985, fecha hasta la cual se extendía el período docente del demandante..."; negar el ascenso en el escalafón docente, y disponer que a la sentencia en cuestión se le dé cumplimiento en el término establecido en el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo.

En gran síntesis, la sustentación del recurso se basa, primero, en la circunstancia consistente en que el fallo recurrido "no decidió acerca de todas las pretensiones de la demanda, pues no declaró ni denegó la petición de nulidad del acto administrativo tácito, ficto o presunto mediante el cual la Universidad Distrital Francisco José de Caldas desvinculó del servicio, a partir de 14 de enero de 1983, al profesor escalafonado y Director del Centro de Formación y Especialización Docente, doctor Carlos Alberto Marín Ramírez". En segundo lugar, al haber negado el proveído en cuestión el reintegro del profesor Marín Ramírez como catedrático I o en otro cargo de igual o superior categoría, lo desvinculó en la práctica a partir de 31 de diciembre de 1985, "con lo cual se invistió de atribuciones que están reservadas para las autoridades de la Universidad, por virtud del propio Estatuto de Profesores de la entidad". Tercero, objétase la providencia por negar el ascenso en el escalafón, no obstante que los fundamentos para el mismo estén debidamente acreditados, "pues no son otros que el transcurso del tiempo en la vinculación del profesor Marín a la Universidad", según el artículo 9º del Acuerdo 003 de 1973 que dispone: "El puntaje para el escalafón se computará de acuerdo con la experiencia y los títulos obtenidos que se le acrediten al profesional, teniendo en cuenta los siguientes valores: a Experiencia. 1. ...) 2. Seis (6) puntos por cada año de experiencia docente investigativa en una institución de Educación Universitaria, o de nivel equivalente".

En virtud, pues, de las extensas motivaciones que da, el apelante impetra:

> "1. Que se acceda a conceder la petición 1.3. de la demanda, consistente en que se declare la nulidad del acto administrativo tácito, ficto o presunto, producido por el

Rector de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas en enero y los meses siguientes de 1983, consistente en ordenar irregularmente la desvinculación del doctor Carlos Alberto Marín Ramírez de su empleo como profesor de tiempo completo, escalafonado por la misma Universidad, acto administrativo cuya existencia se conoce por el silencio y la inacción mantenidos por el Rector de la Universidad demandada en relación con las reclamaciones respetuosas formuladas por el demandante para que fuera enmendada la anómala situación creada por las órdenes transmitidas en las comunicaciones DP-010 y DP-011.

"2. Que se revoquen los numerales 4, 5 y 6 de la sentencia y que, en su lugar, se acceda a satisfacer la segunda petición de la demanda, en la siguiente forma:

"Que se restablezca el derecho violado, consistente en la permanencia del doctor Carlos Alberto Marín Ramírez en el empleo de profesor de tiempo completo, escalafonado en la categoría de Catedrático Uno (I) de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas, y que para el efecto se ordene a la entidad demandada que proceda específicamente a:

"2.1. Reintegrar al profesor Carlos Alberto Marín Ramírez al empleo del cual fue irregularmente desvinculado, en un cargo de igual o superior categoría.

"2.2. Considerar, para todos los efectos legales, que el profesor Carlos Alberto Marín Ramírez ha estado vinculado a su empleo en la Universidad Distrital Francisco José de Caldas entre el 14 de enero de 1983 y la fecha en que se produzca efectivamente su reintegro al servicio.

"2.3. Ascender en el escalafón docente al doctor Carlos Alberto Marín Ramírez de acuerdo con las normas administrativas de la institución, con base en el puntaje obtenido por razón del tiempo de servicios comprendido entre su desvinculación irregular y su reintegro, además de los restantes factores que acredite ante la Universidad para el efecto, en armonía con el estatuto respectivo.

"2.4. Pagar al profesor Carlos Alberto Marín Ramírez el sueldo, las primas, bonificaciones, prestaciones y, en general, cualquier emolumento correspondiente a su empleo, dejado de percibir entre el 14 de enero de 1983 y la fecha en que se produzca su reintegro, liquidados con base en la asignación que para el momento del pago tenga señalado dicho empleo, habida cuenta de los reajustes de remunera-

ción y de la nueva categoría que le corresponda en el escalafón" (fls. 270 a 272).

Teniendo en consideración lo anterior, la señora Fiscal Quinta de la Corporación al descorrer el traslado de rigor, conceptuó:

"Nulidad del acto ficto o presunto:

"Para que las situaciones administrativas no queden sin definición por falta de pronunciamiento expreso, se ha instituido la figura jurídica del silencio administrativo, presumiendo decisión negativa de la Administración cuando pasado determinado tiempo no hay manifestación expresa acerca de una petición o de un recurso oportunamente interpuesto.

"En el caso de autos al haber transcurrido un mes sin que la Administración se pronunciara sobre las peticiones que formuló el actor durante los meses de enero y febrero de 1983, que obran a folios 63 a 72 del cuaderno número 1, por habérsele separado de la nómina de profesores de la entidad demandada, y de conformidad con el artículo 7º de la Ley 24 de 1947 y con el artículo 18 del Decreto 2733 de 1959, normas vigentes en ese entonces, se configuró el silencio administrativo negativo, y el señor Marín Ramírez quedó habilitado para acudir a la vía jurisdiccional.

"Ahora bien, el silencio administrativo lo declaró probado el *a quo* en su sentencia, y obviamente eso era lo que procedía.

"No comparte la Fiscalía el criterio expuesto por el apelante respecto a la necesidad de declarar la nulidad del acto administrativo ficto o presunto que hace presumir la negativa de la Universidad a reintegrarlo al servicio e incluirlo en la nómina. No cabe tal declaratoria de nulidad, pues es claro que el acto ficto o presunto es consecuencia del silencio administrativo y produce sólo los efectos que la ley le da a éste.

"2. Reintegro al cargo.

"De los elementos de juicio que obran en el proceso se deduce que el señor Marín Ramírez fue nombrado en propiedad como Director del Centro de Formación y Especialización Docente mediante la Resolución número 7 de 1981 expedida por el Consejo Superior de la Universidad Distrital Francisco de José de Caldas (fl. 142).

"A folios 40 a 41 obra copia de la *renuncia irrevocable* presentada por el actor a su cargo como director del Centro

de Formación y Especialización Docente (Subrayas de la Fiscalía).

"No hay constancia ninguna en el expediente que indique otro nombramiento adicional como docente.

"Se observa que el señor Marín Ramírez renunció al único cargo para el cual había sido nombrado con lo que indudablemente puso fin a su vinculación con la entidad demandada.

"Se repite, no obra en autos prueba alguna para demostrar que el actor hubiera sido nombrado como profesor de tiempo completo ni que tuviera remuneración por este concepto diferente a la que percibía en su calidad de Director del Centro de Formación y Especialización Docente.

"En la certificación aparece a folio 273 sobre el salario que devengaba se menciona la suma que le correspondía en el cargo para el que había sido nombrado y de conformidad con lo que para el efecto dispone el Acuerdo número 22 de 1981.

"Al haber presentado el señor Marín Ramírez renuncia irrevocablemente a su cargo y haber sido ésta aceptada por el Consejo Superior de la Universidad Distrital, era lógico que se ordenara su exclusión de la nómina.

"Además, al haber renunciado a su cargo renunció también a la estabilidad consagrada en el artículo 3º del Acuerdo número 22 de 1981.

"El fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en opinión de este Despacho no fue acertado y se basó en consideraciones totalmente diferentes y ordenó a la entidad el pago de salarios y prestaciones sociales al actor correspondiente al cargo de Profesor Catedrático I y teniendo en cuenta los aumentos decretados para tal cargo entre el 14 de enero de 1983 y el 31 de diciembre de 1985 fecha en la cual se vencía el período docente.

"Qué salario tendría que tomarse como base para hacer dicha liquidación

"Claro está que el actor, en su condición de Director del Centro de Formación tenía asignada una carga docente, pero no por ello recibía dos salarios.

"También es cierto que, acogiéndose a lo dispuesto por el artículo 3º del Acuerdo número 22 de 1981, logró su es-

calafonamiento en el escalafón docente universitario, dado que el citado artículo prescribe:

" 'Las personas que sean nombradas como Decanos sin estar vinculadas con anterioridad a la Universidad Distrital, podrán ingresar al escalafón docente, después de un (1) año, para los efectos de estabilidad que establece la ley'.

"Jamás un escalafonamiento en Carrera ha significado nombramiento automático en un cargo. Por tanto, en el caso del actor ello no implicó en manera alguna nombramiento como docente. Simplemente continuó en su cargo como Director, con una estabilidad derivada de su escalafonamiento, estabilidad a la cual renunció, al manifestar libremente su voluntad de retirarse del cargo que ocupaba.

"Resumiendo, la Fiscalía opina que el demandante sólo ocupaba un cargo en la Universidad y no dos, aun cuando tuviera alguna carga académica, y estuviera inscrito en escalafón docente.

"Devengaba un solo salario, correspondiente al cargo que ocupaba como Director del Centro de Formación y Especialización Docente y no dos salarios independientes.

"Al presentar renuncia de ese cargo y ser aceptada, fue lógica y jurídica la orden de excluirlo de la nómina, pues en ella aparecía por un solo concepto y no por dos.

"No habiendo recibido jamás nombramiento como docente, carece de fundamento su petición de reintegro a ese cargo y pago de sueldos que no especifica cuáles son.

"La sentencia apelada fue parcialmente favorable y en contra de la entidad demandada por lo que se hacía obligatorio el envío del expediente al honorable Consejo de Estado en grado de consulta, en caso de no ser apelada por la entidad. Por eso al haber interpuesto el demandante el recurso de apelación el Consejo de Estado tiene plena competencia para decidir sobre el asunto planteado.

"3. Ascenso en el Escalafón.

"A juicio de este Despacho ésta es una petición que a todas luces resulta improcedente formular ahora, pues hay que agotar primero la vía gubernativa; mal se haría en resolver esto sin que se haya solicitado a la Administración el reconocimiento de tal derecho.

"Por lo expuesto esta Agencia del Ministerio Público rinde concepto solicitando se confirme parcialmente el fallo

del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en cuanto pronunció fallo inhibitorio con relación a las comunicaciones DP-010 y DP-011 de 20 y 21 de enero de 1983 y declaró probado el silencio administrativo, y se nieguen las demás súplicas de la demanda".

Consideraciones de la Sala:

I. Como bien lo hace ver la colaboradora Fiscal de la Sala, ésta, por la circunstancia consistente en la condena que el fallo del Tribunal *a quo* hiciese al ente público demandado (Universidad Distrital "Francisco José de Caldas"), ha adquirido plena competencia para conocer en su integridad de los temas tratados en el mismo, a virtud de lo que señala sobre el particular el artículo 184 del Código Contencioso Administrativo. Es decir, por la causa dicha, surge el grado jurisdiccional de consulta que establece la mencionada norma y que ya establecieron con anterioridad el artículo 134 del Código Contencioso Administrativo, el Decreto 1722 de 1956 (art. 7º), en armonía con el Decreto 528 de 1964, y la Ley 16 de 1968.

II. El fenómeno del silencio administrativo —negativo o positivo— constituye una ficción legal que sólo tiene por objeto la de abrir la posibilidad de acudir a la vía jurisdiccional, no obstante que en verdad no haya habido manifestación alguna de la autoridad gubernamental respectiva, la que simplemente se ha abstenido de contestar, en cualquier sentido, la petición elevada ante ella por el administrado.

Siendo entonces el silencio administrativo una ficción, el acto tácito que brota de tal fenómeno, así mismo es ficto, no existe realmente, por lo que en el pronunciamiento o sentencia respectiva basta que el Tribunal reconozca probada la existencia del fenómeno, sin que haya necesidad de declarar nulo un acto que nunca ha tenido vida como manifestación unilateral de la autoridad administrativa del Estado con capacidad de producir efectos jurídicos, "y en cuya realización influyen de modo directo e inmediato la voluntad o la inteligencia".

De manera que contrariamente a lo que afirma el recurrente, no observa la Sala anomalía que amerite enmendar lo que sobre el tópico resolvió el fallo apelado, razón por la cual habrá de denegar el aparte primero de la petición que ha dado lugar a la alzada.

III. En cuanto atañe al análisis que la distinguida Agente del Ministerio Público hace en torno a la segunda petición del recurrente y acerca de la decisión del sentenciador de primera instancia de ordenar el pago de salarios al señor Marín Ramírez entre el 14 de enero de 1983 (fecha de su exclusión de la nómina de la Universidad) y el 31 de diciembre de 1985 (día de terminación de un supuesto período docente), la Sala lo encuentra plenamente ajustado a la situación ju-

rídica que el actor tenía frente a la Universidad Distrital "Francisco José de Caldas".

En efecto, el señor Marín Ramírez no fue nombrado como profesor catedrático I, ni se posesionó como tal ni devengó salario a ese título; así se establece con la lectura de las piezas obrantes en el expediente (de manera especial en las obrantes a fls. 40 a 41 y 273). Si fue escalafonado, como también lo precisan los autos, ello se derivó de que, por desempeñar el cargo de Director del Centro de Formación y Especialización Docente, debía también tener carga académica. En otras palabras, la carga académica le fue asignada y por ello se le escalafonó, por desempeñar, debido a nombramiento y posesión, el cargo administrativo indicado.

Por esto entonces, no habrá de accederse al reintegro que solicita el apelante, dado que al renunciar como en verdad renunció Marín Ramírez del empleo de Director del Centro de Formación, lo hizo igualmente respecto a todo lo que le era ajeno. Y por esto también habrá de revocarse el numeral 4º de la parte resolutiva, de la sentencia que ahora se revisa.

IV. Emerge de lo que acaba de decirse que no asiste derecho al actor en lo atinente al ascenso impetrado. Al no desempeñar ya las funciones de Director del Centro de Formación, la cátedra que desempeñaba como inherente al mencionado cargo perdió todos sus efectos a partir de 14 de enero de 1983, incluyendo lo que correspondería al tiempo de servicio de allí en adelante para el eventual y futuro ascenso en un escalafón al cual ya no pertenece por haber renunciado voluntariamente a él.

V. Por último, sea del caso expresar que la Sala comparte el criterio del Tribunal en lo que hace a la afirmación consistente en que el contenido de los oficios DP-010 y DP-011 no es acto administrativo susceptible de demanda ante la jurisdicción. Por ello habrá de confirmar la inhibición parcial de pronunciarse con relación a las mismas. Y ciertamente los nombrados oficios meramente *comunican* al Jefe de Oficina del Centro de Cómputo la aceptación de la renuncia irrevocable presentada por Marín Ramírez para que se le excluya de la nómina. El acto administrativo demandable, por tanto, hubiera sido la decisión del Consejo Superior que aceptó la renuncia.

De conformidad con lo anterior, 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 Confírmase los ordinales 1º, 2º, 3º y 6º de la sentencia de nueve (9) de mayo de mil novecientos ochenta y seis (1986) del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

2º Revócase los numerales 4º, 5º y 7º de la citada providencia y en su lugar, deniégase las peticiones de la demanda.

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 24 de febrero de 1989.

Alvaro Lecompte Luna, Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Alvaro Díaz Granados, Conjuez.

Miguel A. Perilla P., Secretario - Sección Segunda.

IMPUESTO DISTRITAL DE INDUSTRIA Y COMERCIO. ANIMO DE LUCRO.

Carece de respaldo legal y doctrinario ver en la falta de ánimo de lucro una asimilación al de "beneficencia" o gratuidad en la prestación de servicio.

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Bogotá.

En el Acuerdo 10 de 1974 se requería que la actividad se ejercía "con ánimo de lucro" por ser gravada.

El concepto de ánimo de lucro tomado de la legislación del impuesto sobre la renta implica la distribución de actividades entre los propietarios o gestores.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., catorce de abril de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente número 0422. Asuntos municipales. Fallo.

Actor: Fundación Unidad de Orientación y Asistencia Materna contra Distrito Especial de Bogotá.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación que la representante judicial del Distrito Especial de Bogotá interpuso contra la sentencia de 10 de septiembre de 1986, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, accediendo a las súplicas de la demanda, declaró nulas las Resoluciones 249 de 23 de marzo de 1982 y 815 de octubre 5 de 1983 de la Junta Distrital de Hacienda y declaró no sujeta al impuesto de industria y comercio por los años de 1978, 1979, 1980, 1981 y 1982 a la actora Unidad de Orientación y Asistencia Materna, con domicilio en esta ciudad.

El expediente original destruido en el nefando asalto al Palacio de Justicia en noviembre de 1985 fue reconstruido prácticamente en su totalidad.

Antecedentes:

Mediante las resoluciones que fueron anuladas en la primera instancia el Distrito Especial se negó a declarar como entidad "no sujeta" al impuesto de industria y comercio, clasificándola en actividad de servicios gravable conforme al Acuerdo 10 de 1974 y los Decreto 950 de 1975 y 1901 de 1977.

El Distrito Especial se basó en que los servicios de atención médica eran remunerados y además obtenía otros ingresos, considerando que se daban los presupuetos del artículo 6º del Acuerdo 10 de 1974 para ser sujeto gravable.

La *sentencia* apelada, fundada en concepto favorable de la Fiscalía, aceptó el planteamiento de la actora, que en resumen consistió en lo siguiente; la entidad es una fundación sin ánimo de lucro constituida con arreglo a las normas del Código Civil, con personería reconocida por el Ministerio de Salud; según sus estatutos no se configura el ánimo de lucro pues no hay reparto de utilidades para sus fundadores y está previsto que si llegare a liquidarse sus bienes pasarán a otra actividad similar; es cierto que recibe ingresos por los servicios prestados pero los excedentes los invierte en adquisición de equipo y elementos para los mismos fines.

Para el *a quo* aunque económicamente la Fundación obtiene lucro, desde el punto de vista tributario no cumple el presupuesto según el cual el lucro debe generarse para sus propietarios o gestores. Concluyó que dentro del marco legal del Acuerdo 10 de 1974 no encaja la entidad demandante por no configurarse el presupuesto de ánimo de lucro.

El señor Fiscal Tercero ante esta Corporación, luego de analizar dicho fallo es partidario de que se confirme.

La señora representante del Distrito en alegato final se extraña porque, siendo las normas de excepción de interpretación restrictiva, esta Unidad que cobra por los servicios y reporta utilidades se diga que no es sujeto pasivo del impuesto. Se comprobó que los servicios que presta son con ánimo de lucro y no de beneficencia y su actividad no puede ubicarse en la del simple ejercicio individual de una profesión liberal, luego es actividad de servicio gravable al tenor del artículo 6º del Acuerdo 10 de 1974.

Para resolver, se considera:

Del Acuerdo 10 de 1974 vigente para aquélla época, se destacan las siguientes normas:

> "Artículo 1º El impuesto de industria y comercio grava todas las actividades industriales, comerciales y de servicios con ánimo de lucro que se ejerzan en Bogotá, D. E.

"Artículo 2º El impuesto de industria y comercio de que trata el presente acuerdo recae sobre todas las actividades industriales, comerciales y de servicios con finalidad de lucro, que se presume son ejercidas directa o indirectamente por personas naturales o jurídicas, ya sean que se cumplan en forma permanente u ocasional, en local determinado o en forma ambulante.

"Artículo 6º Son establecimientos o actividades de servicios con ánimo de lucro los dedicados a la prestación de servicios de carácter general, comercial o personal, que generen lucro a sus propietarios o gestores".

En los estatutos del impuesto de industria y comercio anteriores a la Ley 14 de 1983 era usual el factor "ánimo de lucro" para configurar la causación de este gravamen.

Si bien no había una definición de este concepto, el artículo 6º transcrito da una idea al expresar que se configura cuando "generen lucro a sus propietarios o gestores", concepto que se complementaba con el vigente para los efectos del impuesto sobre la renta, consagrado en el artículo 8º del Decreto reglamentario 187 de 1975 (con antecedentes en la legislación de 1960) que dice:

"Se entiende que las Corporaciones o asociaciones tienen fines de lucro cuando perciban rentas susceptibles de distribuirse total o parcialmente a cualquier título a personas naturales, directamente o a través de otras personas jurídicas durante su existencia o al momento de su liquidación".

Este concepto es el que ha aplicado esta Sala en varias oportunidades y obviamente se aparta del defendido por el Distrito Especial el cual ve en la falta de ánimo de lucro una asimilación al de "beneficencia" o gratuidad en la prestación de servicios lo cual, carece del respaldo legal y doctrinario que se ha mencionado.

Y finalmente, como lo observa el señor Fiscal por las distintas pruebas aportadas y practicadas en la primera instancia demuestran que las utilidades que obtiene la Fundación no se distribuyen entre sus propietarios o gestores por todo lo cual la sentencia, debe confirmarse.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo en su 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.

Carmelo Martínez Conn, Presidente; *Jaime Abella Zárate, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado T., Secretario.

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO. CONCESIONARIO. INTERMEDIARIO.

No son intermediarios para los efectos del impuesto de industria y comercio, los concesionarios de ensambladoras de vehículos, porque quien distribuye artículos que ha adquirido en propiedad, para promover su venta, no ejecuta actividad de agente comercial, sino de simple vendedor o distribuidor de productos propios.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., doce de mayo de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente número 0157.

Actor: Crump y Compañía contra Distrito Especial de Bogotá. Impuestos (industria y comercio). Fallo.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en sentencia de marzo 13 de 1985, falló la demanda formulada por Crump y Cía. S. A., contra la determinación del impuesto de industria y comercio contenida en las Resoluciones 134 y 135 de 17 de marzo de 1981, proferidas por el Jefe de Industria y Comercio de la Dirección de Impuestos del Distrito Especial de Bogotá y confirmadas por la Junta Distrital de Hacienda mediante Resolución número 251 de marzo 23 de 1982, actos que fijaron el monto del impuesto en mención a cargo de la demandante por el año gravable de 1979, en razón de las actividades realizadas en sus establecimientos ubicados en la calle 18 número 13-05 y en la avenida carrera 68 número 67B-00 de esta ciudad.

Previo decreto de reconstrucción del proceso, solicitada por ambas partes, se decide la apelación que interpusieron tanto la demandante como el Distrito Especial.

La demanda:

En ella se pidió a la jurisdicción hacer las siguientes declaraciones, siguiendo el proceso de revisión de impuestos que consagraba el anterior Código Contencioso Administrativo:

Primera: Que la liquidación de impuestos acusada, se practicó con violación de normas sustanciales y procedimentales y "en consecuencia deben revisarse las operaciones correspondientes, dejando sin efecto las providencias mencionadas".

Segunda: "Que como consecuencia de la revisión ordenada en la declaración anterior, se declare que Crump y Cía. no está obligada a cubrir diferencias por $ 1.253.136.00 y $ 68.292.00 ni sanción por inexactitud de $ 6.265.680.00 y $ 341.460.00 y que se confirme la liquidación privada presentada por el contribuyente en sus declaraciones números 1120180 y 120-182 de 21 de abril de 1980".

Sostiene la libelista que en los actos acusados se violaron las siguientes normas:

A) De carácter procedimental:

Artículos 34 y 52 del Acuerdo 10 de 1974 y artículos 10, 17 y 39 del Decreto 1901 de 1977, por no haberse practicado requerimiento alguno al contribuyente ni realizado inspección ocular para establecer la realidad de las transacciones que realizó la compañía.

"Estas normas citadas —agrega— son desarrollo del principio general de que todo acto administrativo debe tener un móvil o motivo suficientemente probado. Sin embargo, la división de industria y comercio, tomó solamente la propia declaración del contribuyente, desestimó los descuentos por él propuestos con fundamento en los artículos 6º y 7º del Decreto 950 de 1975 y cercenando su derecho de defensa no lo citó ni lo visitó para que pudiese explicar y comprobar tales descuentos". Concluye que este vicio es de los considerados sustanciales, puesto que viola el interés legítimo de la defensa.

B) Normas sustanciales:

Afirma la demanda que en este litigio son dos asuntos a definir, sobre la aplicación del régimen sustancial del tributo:

1. "Si al practicar la liquidación oficial debió o no ser deducida la suma $ 404.236.182.00 y $ 22.030.720.00 que corresponden al pago hecho al establecimiento industrial Chrysler hoy Colmotores, como costo de los vehículos vendidos a la concesionaria, apoyados en los artículos 6º y 7º del Decreto 950 de 1975 en concordancia con el 20 del Acuerdo 10 de 1974".

2. "Si se configuran o no los elementos de la inexactitud cuando el contribuyente mismo desde la propia liquidación privada está mostrando las operaciones reales y proponiendo el descuento anterior".

Pretende la libelista que su representada tiene derecho al descuento previsto en el artículo 6º del Decreto 950 de 1975 —en su condición de intermediaria—, como al tratamiento previsto en el artículo 7º del

mismo estatuto para los casos de consignación de mercancías, en los cuales el consignatario sólo paga el tributo sobre el valor de la comisión recibida del consignante quien, a su vez, deduce el pago de dicha comisión, para establecer su base gravable.

Sostiene que Crump y Cía. y Chrysler Colmotores integran una unidad económica y jurídica —como lo prevé el citado artículo 6º— para los efectos del descuento que consagra habida cuenta de las cláusulas del contrato de cesión existente entre ellas, de acuerdo con extensas consideraciones expuestas en la demanda con apoyo en doctrina y jurisprudencia extranjeras sobre el contrato de concesión, atípico frente a las previsiones de nuestro Código de Comercio.

Considera que, además, en la determinación debe aplicarse el artículo 7º del estatuto en cita, con el argumento de que "...los concesionarios han sostenido reiteradamente que su contrato es una consignación simulada y que aplicando la analogía entre los elementos del contrato de concesión y el de consignación tipificado en el Código de Comercio artículos 1379 y siguientes, tenemos que concluir que tienen los principales derechos y obligaciones en común y en este sentido pretende encuadrarse en las prescripciones del artículo 7º, lo cual en nada contradice al argumento anterior sino que lo refuerza".

Finalmente, impugna la demanda la sanción por inexactitud impuesta a la contribuyente, porque no se configuran los supuestos previstos por el artículo 31 del Decreto 1901 de 1977, ya que las cifras declaradas corresponden a las registradas contablemente, y en su caso las pruebas indican que la contribuyente no omitió valor alguno. Invoca normas aplicables en el impuesto sobre la renta, según las cuales "no se configura inexactitud cuando el menor impuesto que hubiera podido resultar se derive de errores de apreciación, ni de las diferencias de criterio entre las oficinas de impuestos y los contribuyentes relativos a la interpretación del derecho aplicable siempre que los hechos y cifras denunciados sean completos y verdaderos" (Ley 52 de 1977, art. 27).

La oposición:

El Distrito Especial de Bogotá se opuso a las pretensiones de la actora, insistiendo en los argumentos expuestos en la vía gubernativa, para concluir que la situación de aquélla no encuadra dentro de las previsiones de los artículos 6º y 7º del Decreto 950 de 1975 y por lo tanto no tenía derecho al tratamiento previsto en estas normas.

La sentencia:

No accedió el Tribunal a la anulación de los actos acusados por considerar que las fallas procedimentales alegadas no ameritan tal

sanción. Del estudio concatenado de los artículos 34 del Acuerdo 10 de 1974 en armonía con los artículos 10, 17 y 39 del Decreto 1901 de 1977, concluyó el *a quo* que las facultades otorgadas al órgano administrativo son optativas, facultativas o discrecionales, no obligatorias. Puesto que la Administración no desconoció la veracidad de los hechos declarados, resultó innecesario requerir a la contribuyente o practicar inspección sobre contabilidad. De manera que no se desconoció el derecho de defensa ni se vulneró el debido proceso señalado por la ley para fines de la determinación tributaria.

Sobre la aplicación de las normas sustanciales contenidas en los artículos 6º y 7º del Decreto 950 de 1975, previo análisis del tenor de los mismos y de la situación que se establece del contrato de concesión en cuyas cláusulas apoya la demandante su derecho al tratamiento allí previsto, concluyó el Tribunal que, si bien Crump y Cía., es un distribuidor comercial de la fábrica Chrysler, no integran una unidad económica, puesto que actúan independientemente, ni tampoco presentan una unidad jurídica por cuanto se trata de dos personas distintas. Consecuentemente no tiene derecho al tratamiento previsto por el artículo 6º.

Tampoco puede considerársele un consignatario, pues no se demostraba que como distribuidor o concesionario se le pague una simple comisión, ni que la mercancía se le entregue en consignación. Por el contrario, concluye el *a quo*, del análisis del contrato existente entre las compañías Chrysler y Crump, se establece que ésta adquiere de ella, a través de una modalidad especial de compraventa, vehículos que aquélla produce y ésta vende al público. De manera que tampoco puede dársele el tratamiento previsto por el artículo 7º.

Con base en estas consideraciones, el Tribunal concluyó estar ajustada a derecho la determinación, administrativa, en cuanto modificó las respectivas liquidaciones privadas y desconoció los descuentos en ellas efectuados.

En la sentencia se exoneró a la contribuyente de la sanción por inexactitud que se le impuso en los actos acusados, teniendo en cuenta que el Distrito Especial de Bogotá no objetó las cifras declaradas como ingresos por la sociedad, sino que se apartó del planteamiento de su liquidación privada referente a los descuentos de la base gravable que se vienen comentando, lo cual constituye una simple diferencia de criterio en cuanto a la aplicación del derecho que, en criterio del fallador de la primera instancia, no constituye la infracción sancionada por el artículo 31 del Decreto 1901 de 1977.

La apelación:

La representante judicial de la parte actora impugna la sentencia e insiste en los siguientes argumentos:

1. La omisión del requerimiento sí tiene como consecuencia la nulidad del acto de liquidación, por transgredir las normas a las cuales debe sujetarse. "Sobra decir —advierte— que las liquidaciones de impuestos son emitidas en uso de facultades regladas y no discriminadas, de suerte que la cuestión que debe resolver esa honorable Corporación es si la autoridad debía o no ajustarse a las normas preestablecidas que exigen un requerimiento previo, o si, por el contrario, puede la autoridad variar la liquidación del contribuyente sin que exista una sola prueba en contra del hecho rechazado: Los pagos al industrial" (fl. 218).

2. En materia sustancial, según sostiene la libelista, la controversia que debe resolverse en esta instancia, se contrae a establecer si el contrato de concesión privada que invoca la parte actora "como prueba", le da derecho al concesionario a considerarse intermediario o distribuidor y por ello a descontar de la base gravable con el impuesto de industria y comercio lo pagado al industrial "o el valor de las operaciones en las cuales sirvió de intermediario como lo ordenan los artículos 20 del Acuerdo 10 de 1974 y 6º del Decreto 950 de 1975 y por ende si el Distrito Especial violó las normas citadas al desconocer la deducción propuesta". La sustentación del recurso se dirige a centrar la controversia en el análisis del contrato de concesión invocado por la demandante, con el fin de encuadrar su situación dentro de lo previsto en el citado artículo 6º.

Igualmente insiste en la aplicación del artículo 7º del citado Decreto. Al respecto recurre a la analogía que encuentran algunos autores entre el contrato de concesión y el de consignación, para concluir en que "...creemos que de aceptarse que existe una consignación simulada, tendría aplicación el artículo 7º del Decreto 950 de 1975, que prescribe como base gravable la remuneración propia del consignatario".

Finalmente alega la apoderada de la actora que la posición de los concesionarios fue tan valedera, que se recogió en el nuevo estatuto del gravamen expedido en 1983, en norma que considera interpretativa de lo que debe entenderse por ingresos brutos en el caso de contribuyentes:

> "La base gravable de los concesionarios de automotores está constituida por la suma de sus márgenes de sus ventas de automotores, más sus ingresos brutos por otros conceptos" (Acuerdo número 21 de 1983, art. 15, parágrafo 2º).

El Distrito Especial de Bogotá se opone rotundamente a la tesis de la parte actora. Del extenso análisis del representante administrativo se destacan los siguientes razonamientos:

1º Es inaceptable la pretendida nulidad de los actos acusados. Practicar o no el requerimiento previo a la liquidación, o realizar la

inspección contable, con facultades otorgadas a la Administración, de las cuales puede hacer uso si lo considera necesario para determinar correctamente el tributo, como se desprende del tenor literal de los artículos 17 y 39 del Decreto 1901 de 1977, que expresamente advierten que la Administración *podrá* practicar el requerimiento, realizar visitas, facultades que no son precisamente las únicas que le otorga dicho decreto a las oficinas de impuestos para tal efecto.

Las liquidaciones impugnadas cumplen todos y cada uno de los requisitos que debe reunir de conformidad con el artículo 11 del decreto en cita.

2º Es inaplicable el artículo 20 del Acuerdo 10 de 1974 en el caso de la demandante, dada su actividad, según informes de sus propias declaraciones tributarias, correspondientes a los establecimientos de la avenida carrera 68 número 67B-00 y de la calle 13 número 1305, la cual denominó *Distribución de Vehículos y Repuestos Automotores Chrysler*. Código 242, tarifa 3.1%.

Las actividades gravadas por el acuerdo comentado son tres: Industriales, comerciales y de servicio, que con ánimo de lucro se ejerzan en Bogotá. El tratamiento previsto para cada una de ellas es diferente en cuanto a las tarifas y los procedimientos de determinación de la base gravable. El régimen aplicable a las actividades comerciales, como el de la actora, es el contenido en los artículos 16, que discrimina las tarifas según la clase de artículos distribuidos por el comerciante, el 17 y el 18, indicativos de la forma como se establece la base imponible.

El régimen sustancial aplicable a los establecimientos de servicios está indicado en preceptos independientes: El artículo 19 los clasifica y establece las diferentes tarifas y el 20 señala el procedimiento de determinación de la base gravable.

Resulta, entonces, inexplicable e inaudita para el Distrito Especial, la pretensión de que a la actora se le aplique el artículo 20 del Acuerdo 10 de 1974, siendo indiscutible que su actividad es comercial, no de servicio en los términos del estatuto, y estando la norma dirigida expresamente a las actividades de servicio. No puede, por lo tanto, fundarse la ilegalidad de los actos acusados en la violación de un precepto que no era aplicable en la situación tributaria de la actora.

3º Advierte el representante del Distrito Especial de Bogotá, que con el propósito de no dejar sin respuesta los integrantes que la apoderada de la demandante plantea con el fin de que se le reconozca el derecho al tratamiento previsto en los artículos 6º y 7º del Decreto 950 de 1975, reglamentario del Acuerdo 10 de 1974, procede al análisis de los argumentos tendientes a asimilar el contrato existente entre las compañías Chrysler y Crump, su concesionaria, con los agencia

comercial y consignación o estimatorio tipificados en nuestro Código de Comercio.

Del exhaustivo estudio del representante administrativo, se extraen las siguientes conclusiones:

a) No existe la pretendida unidad económica ni jurídica entre la fábrica Chrysler y su distribuidora Crump y Cía., menos aún si se aprecian las cláusulas relevantes del contrato existente entre ellas, personas jurídicas distintas, de las cuales se destacan: El concesionario compra a la fábrica y ésta vende con reserva de dominio, regulación propia del contrato de compraventa. "En dónde quedaría esa pretendida *unidad* que sostiene la señora mandataria judicial de la sociedad demandante, si se aprecian factores destacables de desconfianza entre los extremos de la relación negocial...", pregunta el libelista;

b) En la cláusula 14 del contrato, expresamente se advierte que el *concesionario no agente,* actúa en su carácter de comerciante independiente, no posee mandato o facultad alguna para contener obligaciones en nombre o por cuenta de la fábrica.

Concluye el libelista que las súplicas de la demanda en cuanto persiguen la aplicación de los citados artículos 6º y 7º del Decreto 950 de 1975 deben resolverse desfavorablemente, por cuanto, además de no encuadrar la situación de hecho de la contribuyente dentro de las previsiones contenidas en estas normas, resulta incompatible su pretendida aplicación simultánea como pretende la demandante. Son preceptos de aplicación excluyente.

4º La apelación del Distrito Especial de Bogotá está dirigida a que se revoque la sentencia en cuanto anuló las sanciones impuestas a la demandante. Se basa en la afirmación de que el total de ventas u operaciones anuales consignado en las declaraciones de la contribuyente no fue el verdadero. En la declaración número 120180 informó como total de ventas u operaciones anuales la cifra de $ 133.130.119.00, cuando la cantidad que debió consignar en el espacio correspondiente era de $ 537.365.301.00. Luego las cifras no son exactas y hubo omisiones deliberadas. En la declaración radicada con el número 120182 la cifra que debió consignarse en la primera página era $ 72.856.296.00, sin embargo aparece la de $ 50.825.576.00.

5º Finalmente solicita el Distrito Especial de Bogotá que se anule el proceso reconstruido, a partir de la presentación del escrito de la doctora Lucy Cruz de Quiñones, de 22 de febrero de 1986, ya que en él no solicitó la reconstrucción como apoderada de Crump y Cía., calidad que no alega ni demuestra —sino en nombre propio—. Puesto que la solicitante de la reconstrucción, a título personal no tiene legitimación en la causa, solicita el representante de la entidad demandada, se anule la actuación correspondiente a la referida solicitud de

reconstrucción, que se tramitó bajo el número 0156 y se ordene continuar el trámite de la reconstrucción solicitada por el Distrito Especial de Bogotá, que se tramitó bajo el número 0157.

De no accederse a esta petición, pide la parte demandada, que se despachen en forma desfavorable a la demandante todas las súplicas de la demanda.

Concepto del Ministerio Público:

El señor Fiscal Tercero de esta Corporación comparte el criterio del fallador de primera instancia, tanto en el aspecto procedimental de la controversia, como en los puntos sustanciales de la misma. Dice el Ministerio Público:

> "Lo verdaderamente importante es, por último saber si por la dependencia que ostenta el *concesionario* respecto a Chrysler, le da la calidad de integrar una unidad económica y jurídica al tenor del artículo 6º del Decreto 950 de 1975, de tal manera que al establecimiento dedicado a la actividad comercial pague el impuesto de industria y comercio deduciéndole lo pagado al establecimiento industrial; obsérvese —y éste es un aspecto en el cual quiere llamar la atención la Fiscalía— que la norma mencionada señala dos requisitos unidos por la conjunción copulativa 'y', es decir que ambos han de darse simultáneamente: 1º Que sea un distribuidor comercial, y 2º Que integre con el que se dedica a la actividad industrial *una unidad económica jurídica.* La Unidad económica, como ya se vio, existe bajo la forma de dependencia, pero no la jurídica, *y las dos calidades deben darse al mismo tiempo; si falta una de ellas, no hay lugar a que, para liquidar el impuesto de industria y comercio en el Distrito Especial de Bogotá se proceda en la forma indicada por el citado artículo 6º del Decreto 950 de 1975"* (Destaca el Fiscal).

En lo concerniente a la sanción por inexactitud, reitera el señor Fiscal el criterio del *a quo* en cuanto consideró que el contribuyente sí declaró los datos exactos y lo que se produjo fue una contienda en torno de la aplicación de la ley, que no amerita la sanción.

Consideraciones de la Sala:

Preliminarmente debe resolverse la nulidad que pide el representante del Distrito Especial sobre el trámite de la reconstrucción del expediente solicitada por la doctora Lucy Cruz de Quiñones.

Se observa que si bien es cierto que la peticionaria dijo actuar "en mi carácter de mandante", la referencia al proceso hecha por ella misma y las piezas aportadas para la reconstrucción, demuestran su carácter de mandataria de la actora y su intención de actuar en tal calidad. De donde se deduce que la memorialista incurrió en un error que no amerita negar a su representada la continuación del proceso.

Para resolver la apelación de las partes la Sala considera:

1º *Violación de las normas procedimentales y sanción por inexactitud.*

La falta de requerimiento previo no estaba erigida expresamente en causal de nulidad, como vino a serlo en sistemas posteriores, ni encaja dentro de las causales generales de falta de motivación o de violación del derecho de defensa si este último tuvo oportunidad de ejercerse con motivo de los recursos gubernativos.

De no haber sido posibles estos últimos sí podría pensarse en una violación del derecho de defensa.

Pero, por otra parte se observa una vinculación de este tema con el de sanción por inexactitud, en el siguiente sentido: La Administración partió del supuesto de que el contribuyente era inexacto y por ello impuso la sanción impugnada. Dentro de ese criterio ha debido requerir al contribuyente, pues el artículo 31 del Decreto 1901 de 1977 hace causar la sanción "cuando se establezca que las bases declaradas no corresponden a los valores reales" y para llegar a tal conocimiento estaba obligada a "citar e indagar al contribuyente sobre las causales de las inexactitudes presentadas en las declaraciones de industria y comercio, para que éste adicione o sea sancionado", según lo dispuesto por el artículo 3º del Decreto 1150 de 1978 sobre Organización Administrativa III.3.2., relativa a las funciones del grupo de investigación interna.

Puede concluirse que si se trataba de una inexactitud, ha debido requerir o visitar previamente y puesto que no hizo ni lo uno ni lo otro, significa que no se trataba de un hecho sancionable por inexactitud.

Esta consideración complementa las que hizo el Tribunal sobre error o problema de interpretación del derecho aplicable, pero no de declaración de bases irreales, argumento que le dio pie para levantar la sanción y que esta Sala comparte.

En consecuencia, la Sala no acepta la petición de nulidad de los actos por los alegados vicios procedimentales pero está de acuerdo con el Tribunal en la necesidad de levantar la sanción por inexactitud.

2º *Violación de las normas sustanciales.*

Acuerdo 10 de 1974.

El parágrafo del artículo 20 dispone:

> "*Parágrafo.* Para determinar el gravamen correspondiente a los establecimientos tales como las agencias de publicidad y los dedicados a la Administración y venta de bienes inmuebles, las administraciones delegadas, se tomará como base del impuesto, el promedio mensual de las operaciones brutas, descontando el valor neto de las operaciones en las cuales ha servido de intermediario".

El análisis de esta disposición a primera vista enseña que la nota característica de las actividades mencionadas es la de que se trata de la prestación de "servicios", que difieren de las actividades de producción o de intercambio de artículos. Cada una de ellas corresponde a la ejecución de contratos cuya identificación en la legislación es relativamente fácil, a saber: En las agencias de publicidad se ejerce básicamente el contrato de agencia comercial regulado por el artículo 1317 del Código de Comercio; en la administración de inmuebles el mandato; en la venta de los mismos el contrato de corretaje profesional que pone en contacto a vendedor y a comprador (art. 1340 del C. Co.) y en lo que llama "administraciones delegadas" pueden considerarse incluidos los contratos de construcción o para explotación de empresas, así como el típico contrato de preposición (art. 1332 del C. Co.) o mandato para administración de establecimiento de comercio.

En ellas no hay propiamente adquisición o compra de bienes que pueda suponer, como en los casos del fabricante o del comerciante, la realización de costos, sino que principalmente el ingreso está formado por el honorario o la comisión recibida en razón del servicio de intermediación. Por eso el sistema consiste en tomar como base las operaciones en las cuales ha servido de intermediario; esto significa que si se toma como "venta bruta" el total recibido por su concepto de la venta de bienes ajenos, de lo recibido para presupuestos de propaganda, se descontará de dicho total el valor de las operaciones por razón del precio de los inmuebles en el caso de las agencias de finca raíz o los pagos a los "medios" en las agencias de publicidad. Todo ello con el fin de que quede como base del gravamen el remanente, que es en definitiva la utilidad propia, originada en el "servicio" como característica de la actividad ejercida por el intermediario. En el ámbito comercial esta utilidad o remuneración se conoce como "comisión" o como "honorario", términos genéricos con los cuales se distingue en la práctica la remuneración del trabajo de quienes se dedican a actividades de intermediación o gestores en forma independiente, puesto que si llegare a configurarse el factor de *dependencia* se entra al terreno laboral y la remuneración se denomina "salario".

Este parágrafo del artículo 20 que se examina, no limita el sistema solamente a las actividades allí enumeradas, sino al contrario, permite aplicarlo en los semejantes de intermediación porque utiliza la expresión "tales como", con lo cual queda claro su sentido enunciativo y el problema se traslada a precisar a cuáles otras actividades se puede aplicar el mismo sistema.

Pero no es posible acceder a equiparar el caso controvertido a los de intermediación regulados en tal norma.

El contrato entre la fábrica o ensambladora de vehículos y la compañía reclamante como *concesionaria* para la distribución de los mismos, regula una forma de intermediación pero que no alcanza a reunir las características de los contratos que se mencionan en el citado parágrafo como el de agencia comercial, el de preposición, el de corretaje o el simple mandato.

La petición para que, en gracia al factor de intermediación se asimile al de Agencia Comercial por analogía, resulta improcedente frente a varias previsiones del mismo contrato, comenzando por la contenida en la cláusula 14 según la cual, de manera directa y clara manifiesta que la concesionaria no es agente y las cláusulas finales en las que renuncia a cualquier forma de indemnización de la prevista en el artículo 1324 del Código de Comercio.

Del contrato se deduce que hay absoluta independencia jurídica entre las dos compañías. El principal compromiso del concesionario no está concretado en una serie identificable de operaciones, sino en el desarrollo global de una posición favorable a la imagen comercial de la fábrica que se concretó en el compromiso de "fomentar y desarrollar enérgicamente la venta de los productos y penetrar en el mercado a satisfacción de la fábrica..."

Hay el compromiso de vender a precios de distribuidor que la fábrica puede cambiar y hacer los pedidos y entregas en mutua conveniencia para la representación efectiva en el mercado, pero el derecho de vender vehículos de determinadas marcas no es exclusivo. No hay una remuneración especial por lo que pudiera calificarse como "servicio" de intermediación, ni una forma de calcularlo; el concesionario por su actividad de distribución queda sujeto a lograr como utilidad el margen de ganancia entre el precio especial que como tal le concede la fábrica y el precio de venta dentro de los límites fijados por la misma fábrica o por el Gobierno.

Todo ello lleva a concluir que se trata de vender los productos comprados a la fábrica en cuyo caso no se configura la agencia comercial a la cual la actora ha pretendido que se asimile. Sobre el particular la Corte ha dicho que "quien distribuye artículos que ha adquirido en propiedad, no obstante que fueron fabricados por otro, al promover su venta en una determinada zona no ejecuta actividad

de agente comercial, sino de simple vendedor o distribuidor de productos propios" (diciembre 2 de 1980 citada por el Nuevo Código de Comercio, LEGIS, pág. 291).

De estas notas sobresalientes del contrato se concluye que por no tratarse de agencia, ni siendo posible asimilar los efectos del contrato de concesión a los demás de intermediación que menciona el parágrafo del artículo 20 del Acuerdo 10 de 1974, fue correcta la intepretación del Distrito Especial al considerar la actividad de la reclamante, simplemente como comercial en su condición de vendedor o distribuidor de vehículos.

Los desarrollos legales que con posterioridad se realizaron, como la expedición de la Ley 14 de 1983, no pueden considerarse como interpretativos de las disposiciones anteriores en esta materia y por ello no se estudian.

En cambio, como se ha estimado que el Decreto número 950 de 1975 expedido por el Alcalde Mayor reglamentó estos conceptos en los artículos 6º y 7º y por no haber sido señalados por la actora como violados, es preciso proceder a su análisis en las siguientes consideraciones:

El artículo 6º, dispone:

> "En los casos de establecimientos que tengan distribuidores comerciales y cuando integren con estas unidades económicas y jurídicas, aquellos pagarán la tarifa de su actividad industrial correspondiente y éstos pagarán la tarifa comercial correspondiente sobre el valor de ventas, previa deducción de lo pagado al establecimiento industrial".

La primera dificultad que surge en la interpretación de esta norma es que no se refiere a personas naturales o jurídicas, como sujetos pasivos, sino a "establecimientos", sin consideración a las diversas modalidades de la propiedad de aquéllos que, como se recordará, el artículo 515 del Código de Comercio, admite así:

> "Un establecimiento comercial puede pertenecer a una o más personas naturales o jurídicas y una misma persona puede tener varios establecimientos".

En segundo lugar, la norma sugiere que los establecimientos fabriles "tengan" distribuidores comerciales; es decir, distribuidores exclusivos, permanentes o "propios", si se permite la acepción. Esto supone el ejercicio de la actividad comercial de "distribución" o venta de artículos por parte del fabricante, independizada en su organización como "establecimiento" y por ende susceptible de ser gravada por aparte, rompiendo la unidad económica y jurídica que la misma disposición predica.

Pero esta interpretación conduce a concluir que la norma regula el caso de las fábricas que organizan establecimientos propios de venta y distribución de sus artículos con el sistema que se conoce como "puntos de fábrica", en ocasiones a cargo de un gestor al frente, con cierta independencia de funcionamiento pero sin dejar de pertenecer jurídica y económicamente a la fábrica, puesto que la "unidad" es otra de las características que exige la disposición.

Al parecer, el sistema tributario adoptado en esta norma consiste en que la fábrica paga por su actividad industrial sobre las "ventas" hechas a su "distribuidor" y éste paga la tarifa comercial, "previa deducción de lo pagado al establecimiento industrial", con lo cual se busca que este último determine el gravamen sobre la "utilidad" o ingreso neto que le da por su actividad de intermediación entre la fábrica y el consumidor.

Pero la exigencia de aquella *unidad*, impide por inexistencia de las dos partes, la celebración de contratos de compra venta o la adquisición y cancelación o pago "de obligaciones entre ellas" según lo dicho en la parte final del artículo: "Previa deducción de lo pagado al establecimiento industrial".

Pero esta interpretación literal de la norma que en gran parte coincide con la sostenida por los representantes judiciales del Distrito Especial, conduce a una situación de inutilidad (como dice la demanda) o de ilegalidad, como surge de su confrontación con el acuerdo reglamentado.

En efecto, si el artículo 6º del Decreto 950 de 1975 se toma en el sentido expresado, estaría en contradicción con el sistema previsto de antemano en el estatuto reglamentado en los llamados "establecimientos mixtos", o sea, en los que ejercen simultáneamente actividades industriales, comerciales o de servicios, los cuales son gravados en razón de la actividad predominante.

Dispone el artículo 21 del Acuerdo 10 de 1974:

> "Los establecimientos de carácter mixto, o sea en los que concurran dos características al menos, de las señaladas en los artículos 13, 16 y 19 serán gravados según la actividad predominante, aplicando la tarifa correspondiente a ésta el predominio mensual de ventas u operaciones brutas, previa la comprobación por parte del interesado la cual podrá hacerse mediante la exhibición de la declaración de renta correspondiente al último año de los documentos que a juicio de la División de Impuestos sean necesarios. A falta de comprobación suficiente se gravará por la tarifa más alta.
>
> "Se entiende por actividad predominante en todos los casos, la que determine el mayor volumen de ventas u operaciones brutas expresadas en moneda legal colombiana".

De las consideraciones anteriores se concluye que el caso de la demandante calificada como *concesionaria*, no encaja en el citado artículo 6º en resumen, porque no se trata de distribuidora que sea o pertenezca al fabricante en el sentido utilizado por la norma cuando dice "...los establecimientos *que tengan* distribuidores..." Tampoco forma una unidad jurídica económica: ni como establecimiento comercial ni como persona jurídica, aunque financieramente pudiera establecerse una fuerte sujeción.

Pero en resumen, el alegado artículo 6º del Decreto 950 de 1975 no es aplicable al caso controvertido, no sólo por los presupuestos contemplados sino por el limitado campo de acción que surge de su interpretación.

Y con relación a la otra norma invocada, se observa:

> "*El artículo 7º*, dispone: 'En el caso de las mercancías en consignación, el consignante pagará sobre el valor de la comisión recibida, aplicando la tarifa de la actividad que corresponda' ".

Contempla el caso de las "mercancías en consignación" en el cual el fabricante pagará sobre el valor de venta del artículo, deducida la comisión y el comerciante consignatario, únicamente sobre el valor de la comisión recibida.

Se trata de la actividad que tiene por base el ejercicio del contrato de consignación o estimatorio que regula nuestro Código de Comercio en los artículos 1377 a 1381.

La figura prevista en el artículo 7º, a diferencia de la prevista en el artículo 6º, no supone la unidad de los establecimientos, sino la independencia de personas, pues una contrae "la obligación de vender mercancías de otra".

Supone la entrega de la mercancía a otro con el encargo preciso de venderla; no hay entrega a título de venta, sino a título precario similar al de depósito y por ello no se causa el impuesto por la simple entrega en consignación. El impuesto se causará después de vendida, a cargo del fabricante sobre el precio de venta y a cargo del intermediario sobre la comisión recibida por su trabajo, o sea, a cada uno sobre el ingreso que le genera su actividad.

Puede afirmarse que la ley logra aquí un equilibrio ideal y la realización de la equidad tributaria pero no es aplicable ni aún por analogía al caso que se debate, en el cual no está probado en modo alguno la "entrega" a título precario sino la venta que aún con reserva de dominio, también es venta para efectos fiscales.

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.

Carmelo Martínez Conn, Presidente; *Jaime Abella Zárate, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado T., Secretario.

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Bogotá. ANIMO DE LUCRO.

El ánimo o fin de lucro es un elemento subjetivo; la consecuencia de ello es que no pueda predicarse de las actividades o servicio un ánimo, una finalidad, puesto que su calidad de lucrativas o no, dependerá de un factor externo, de una condición no intrínseca, como lo es la intención, la voluntad: En una palabra, el ánimo de la persona natural que la realiza o del objeto social si es una persona jurídica.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., diecinueve de mayo de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia. Expediente número 1821. Apelación de la sentencia de 2 de mayo de 1987 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Juicio de nulidad de las Resoluciones números 1397 de 1981 y 181 de 1984 proferidas por la Junta Distrital de Hacienda de Bogotá. Fallo.

Actor: Corporación Promotora de Medios de Comunicación Social "PROMEC".

Procede la Sala a desatar la apelación interpuesta por la Corporación Promotora de Medios de Comunicación Social "PROMEC" contra la sentencia de mayo 2 de 1987 pronunciada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el juicio establecido para lograr la nulidad de las Resoluciones números 1397 de 1981 y 181 de 1984 emanadas de la Junta Distrital de Hacienda de Bogotá.

La sentencia apelada:

No accede a las súplicas de la demanda, las cuales se plantearon en el sentido de que se anularan los actos acusados que negaron a la actora en su condición de persona jurídica sin ánimo de lucro la exoneración del impuesto de industria y comercio por las actividades que dicha entidad realiza en el campo de las comunicaciones.

Los actos acusados se basaron en la tesis de la Junta Distrital de Hacienda de Bogotá, que en aplicación del Acuerdo Distrital número 10 de 1974, vigente al momento de su expedición, distingue entre personas jurídicas sin ánimo de lucro y actividades sin fines de lucro, para concluir que la exoneración del impuesto de industria y comercio consagrada en el acuerdo citado es aplicable a las segundas mas no a las primeras si no cumplen, además actividades sin fines de lucro.

La sentencia del *a quo* prohíja dicha tesis y ella constituye su motivación. Dice en uno de sus apartes centrales la providencia apelada: "La conclusión y el análisis correspondiente sobre los fines de lucro en la persona que ejerce la actividad gravada es irrelevante para el caso que se analiza por cuanto para las normas acusadas sólo interesa que la actividad en sí misma tenga fines de lucro".

La apelación:

La actora apeló la sentencia al no compartir la diferenciación establecida por el Tribunal entre la persona y la actividad y esgrimió los siguientes argumentos:

> "Como puede verse, para el honorable Tribunal de primera instancia la falta de ánimo de lucro que exonera del impuesto hace referencia a la actividad y no a la persona del contribuyente.
>
> "Sin embargo, resulta evidente que el concepto legal de carencia de ánimo de lucro se relacionaba con la disposición final de las rentas y beneficios, lo cual significa que debe tenerse en cuenta, no la naturaleza de la renta, sino la estructura total del contribuyente y, especialmente, si puede o no repartir sus utilidades a los asociados".

Apoya, además, sus razones en contra de la sentencia en la jurisprudencia de esta Corporación que según ella privilegia el concepto de que no son las utilidades obtenidas en el ejercicio de las actividades, sino la utilización, el destino, que se les dé a la mismas lo que califica la presencia o ausencia del fin de lucro.

Concepto Fiscal:

La distinguida Fiscal Sexto de la Corporación en su visita de fondo estima que la sentencia debe ser revocada y apoya su conclusión en el siguiente discurso:

> "El Tribunal de Cundinamarca considera que lo relevante no es la naturaleza de la persona que ejerce la actividad, frente al impuesto de industria y comercio regulado por el Acuerdo 10 de 1974, sino que la actividad en sí misma tenga

fin de lucro. Desde este punto de vista, al encontrar que la Corporación 'PROMEC' recibe ingresos por anuncios publicitarios, concluye que esta actividad de prestación de servicios publicitarios tiene fin de lucro y por ello considera que está sujeta al impuesto referido.

"Distingue el *a quo* entre la actividad realizada y la persona que la ejerce, para atribuirle el fin de lucro a la actividad y no a la persona; no comparte la Fiscalía esta tesis del Tribunal. Se confunden los conceptos de dos de los elementos del impuesto de industria y comercio: La actividad industrial, comercial o de servicios obedece al concepto de hecho imponible y la persona que la realiza al de sujeto pasivo. De cuál de estos elementos se predica el 'ánimo de lucro'? Para la Fiscalía es evidente que del sujeto pasivo, pues es él como persona natural, jurídica o sociedad de hecho quien realiza la actividad y quien pretende provecho con ella.

"El 'ánimo de lucro' es un elemento subjetivo y por lo mismo sólo se predica del sujeto, no se puede convertir en elemento objetivo, pues sería ir en contra de su naturaleza misma, el 'ánimo' es una intención que presupone la intervención de la voluntad, es un concepto inherente al sujeto como persona".

Consideraciones de la Sala:

Es evidente que el punto objeto de la contienda jurídica es el de saber si las disposiciones del Acuerdo número 10 de 1974 del Concejo de Bogotá, que regulaba entonces lo concerniente al impuesto de industria y comercio excluye o no del gravamen a las personas jurídicas que, perteneciendo a la categoría de las que no persiguen finalidad de lucro, realizan actividades que les reportan utilidades, no distribuibles sino destinadas a acrecentar el haber asociativo.

El ánimo o fin de lucro es un elemento subjetivo; la consecuencia de ello es que no pueda predicarse de las actividades o servicio un ánimo, una finalidad, puesto que, su calidad de lucrativas o no, dependerá de un factor externo, de una condición no intrínseca, como lo es la intención, la voluntad: En una palabra, el ánimo de la persona natural que la realiza o del objeto social si es una persona jurídica.

La Corporación ha participado de este criterio en sus diferentes juzgamientos cuando ha tenido necesidad de utilizar el concepto de "ánimo de lucro" y por ello resulta válida la afirmación del apelante de que existen antecedentes jurisprudenciales en este sentido, que por supuesto, contradicen el criterio de la Junta Distrital de Hacienda y el del Tribunal Administrativo de Cundinamarca reflejado en la sentencia que se examina. En efecto, a éste respecto ha dicho la Sala:

> "El criterio de lucro o las finalidades de lucro no se relacionan, no pueden relacionarse a las utilidades obtenidas, sino a la destinación que se les dé. La estipulación o norma, que elimina los fines de lucro, es la que tiene como consecuencia, la de que los rendimientos o utilidades obtenidos no sean objeto de distribución o reparto entre socios o integrantes de la persona moral que las genera. Este criterio o concepto ha sido tradicionalmente concebido y respetado siempre" (Sentencia de 6 de febrero de 1987. Expediente número 1444. Ponente doctor Policarpo Castillo Dávila).

Así mismo, en reciente fallo (Expediente número 0422. Consejero doctor Jaime Abella Zárate, sentencia de 14 de abril de 1989) la Sala reiteró dicha posición al decir:

> "Este concepto es el que ha aplicado esta Sala en varias oportunidades y obviamente se aparte del defendido por el Distrito Especial el cual ve en la falta de ánimo de lucro una asimilación al de 'beneficencia' o gratuidad en la prestación de servicios lo cual, carece de respaldo legal y doctrinario que se ha mencionado".

En la situación examinada, se encuentra la Sala con una persona moral, la "Corporación Promotora de Medios de Comunicación Social PROMEC", que según los elementos probatorios del expediente "es una asociación civil de personas, de derecho privado y sin ánimo de lucro" (fl. 97) cuyo patrimonio y utilidades no podrán distribuirse entre los socios ni durante la existencia de la entidad ni en su período de liquidación (fl. 100) y, que en el evento de disolución, deberá hacer que ese patrimonio pase a otras entidades sin ánimo de lucro designadas por la Asamblea (fl. 98); persona jurídica ésta, que reúne todas las características de las llamadas entidades sin ánimo de lucro o de beneficio común. Por tanto, en aplicación de los criterios de orden legal (Acuerdo número 10 de 1974 del Concejo de Bogotá, arts. 1º, 2º y 6º) y jurisprudenciales expuestos, estima la Sala que dicha persona moral debe, por razón de su naturaleza, ser exonerada del gravamen de industria y comercio, aclarando eso sí que por razón del cambio en la legislación operado con la expedición de la Ley 14 de 1983, este análisis está limitado a la época en que estuvo vigente el comentado Acuerdo número 10 de 1974.

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

Falla:

Revócase la sentencia de mayo de 1987 pronunciada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Anúlanse las Resoluciones números 1397 de 1981 y 181 de 1984 proferidas por la Junta Distrital de Hacienda.

Declárase que la Corporación Promotora de Medios de Comunicación Social "PROMEC" no está, por los períodos a que se refieren las Resoluciones números 1397 de 1981 y 181 de 1984 de la Junta Distrital de Hacienda de Bogotá, sujeta al impuesto distrital de industria y comercio.

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.

Carmelo Martínez Conn, Presidente de la Sala; *Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos, Jaime Abella Zárate.*

Jorge A. Torrado T., Secretario.

TITULO V

INDEMNIZACIONES

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

PERJUICIOS MORALES A HERMANOS.

Para que se produzca el pago de perjuicios morales subjetivos a los hermanos, es necesario acreditar dentro del plenario el trato familiar o afectivo que existiera entre ellos.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., veintiséis de enero de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Carlos Ramírez Arcila.*

Referencia: Expediente número 5274.

Actor: Carlos Adán García y otros.

Cumplido el trámite procesal correspondiente sin que se observe causal alguna que invalide lo actuado se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 11 de noviembre de 1987 por el Tribunal Administrativo de Antioquia, dentro del proceso de la referencia, por la cual se accedió a las súplicas de la demanda.

La sentencia apelada:

Dice así el fallo recurrido en su parte resolutiva:

"1º Declárase al Municipio de Medellín administrativamente responsable de los daños y perjuicios causados a los demandantes con la muerte de su hijo William Humberto García González, ocasionada por el agente de 'seguridad y control' José Nevardo Larrea Hernández, el día 16 de octubre de 1983, en la ciudad de Medellín.

"2º Como consecuencia, condénase al Municipio de Medellín a pagar por concepto de perjuicios morales el equivalente a mil (1.000) gramos de oro, en las condiciones indicadas en la parte motiva en favor de cada uno de los padres Carlos Adán García Zuluaga y María Eva González y el equivalente de quinientos (500) gramos oro en iguales circunstancias para cada uno de sus hermanos Gloria Elcy, Jaiber, Huberney, María Eugenia, Mauricio, Jhonny Herley, Teresa de Jesús, Joaquina Emma, Beatriz Elena, Olga Lucía y Luz Marina García González.

"3º La administración municipal dará cumplimiento a los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo" (fl. 204 cdno. 1).

Para llegar a la conclusión anterior el *a quo* razona así en lo pertinente, luego de hacer un análisis de la prueba testimonial allegada al proceso:

"Como se ve son dos grupos de testigos enfrentados en un aspecto fundamental, determinante y definitivo, que incidiría hondamente en la decisión, cual es si la actuación de los agentes de seguridad y control estuvo ajustada a derecho y no se presentó la falla en el servicio o por el contrario ésta se dio por ineficiencia de su prestación, porque los representantes de la ley al llevar a cabo el procedimiento utilizaron equivocada e injustamente las armas de dotación.

"Con el dicho de dos declarantes contrapuestos a dos de ellos, razón nada válida para optar por el de la mayoría porque como es sabido los testimonios se pesan no se cuentan. Empero lo anterior tenemos que tomar partido y lo hacemos identificándonos con el grupo mayoritario, porque pese a que a él concurrió la señora madre del detenido, resentida quizá con el proceder de los agentes, los que integran el minoritario se suponen sospechosas y por qué no decirlo hasta parcializados; Hoyos Alzate, por haber activado la presencia de las fuerzas del orden como que concurrieron al lugar por llamado suyo y Larrea Hernández por la potísima razón de estar defendiendo su propia causa, pues él causó la muerte de William Humberto.

"Los testimonios de las señoras Buitrago Hoyos y Arboleda ofrecen mayores motivos de credibilidad, pues pudiendo haberlo hecho no omitieron en sus deponencias, referirse al alboroto, insultos e improperios que de palabra fueron víctimas los agentes.

"No se informa de daños al vehículo o patrulla, ni de lesiones a los agentes del orden contra quienes se afirma se dirigió la 'asonada' o se lanzaron las 'piedras, botellas y varios objetos'. Ocurrió pues que: 'Solamente todo el mundo gritaba...'

"Los gritos insultantes de los observadores del procedimiento justificaban la utilización de las armas de dotación? De ninguna manera, menos contra la muchedumbre y sobre todo cuando para los agentes no había peligro, pues el tiro mortal '...el último disparo lo hicieron ya casi de huida, al bulto, con un pie en tierra y otro en el carro', como lo atestigua Elisa Isabel Hoyos a folios 62 'cuando el detective se montó al carro...' como advierte la señora Buitrago Aguirre a folio 56. Esto es cuando el supuesto peligro había pasado.

"Lo analizado hasta ahora indica a las claras que el procedimiento del agente Larrea Hernández fue ilegal, que prestó el servicio de policía ineficientemente, en síntesis que hubo falla de la administración" (fls. 201 y 202 cdno. 1).

Antecedentes:

En demanda presentada ante el Tribunal competente Carlos Adán García y otros, solicitan, por intermedio de apoderado, que se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

"1. Declárase al Municipio de Medellín administrativamente responsable de la totalidad de los daños y perjuicios causados a los demandantes con la muerte de su hijo y entrañable hermano: William Humberto García González, ocasionada por el agente de 'seguridad y control': José Nevardo Larrea Hernández, el día 16 de octubre de 1983, en la ciudad de Medellín.

"2. Condénase al Municipio de Medellín a pagar daños morales, a cada uno de los demandantes, con el equivalente en pesos a la fecha de la sentencia, de mil gramos de oro (fino), según los artículos 106 del Código Penal y 8º de la Ley 153 de 1887.

"El Municipio de Medellín dará cumplimiento a la sentencia, en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

"Todo pago se imputará primero a intereses" (fls. 33 y 34 del cdno. 1).

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

"El señor William Humberto García González nació el 26 de enero de 1964, en el Municipio de San Carlos, Antioquia.

"2. El hogar del cual hacía parte William Humberto, está conformado por las siguientes personas; sus padres: Carlos Adán García Zuluaga y María Eva González; y sus hermanos: Teresa de Jesús, Joaquina Emma, Beatriz Elena, Olga Lucía, Luz Marina, Gloria Elcy, Jaiber, Huberney, María Eugenia, Mauricio y Jhonny Herley García González.

"Entre los hermanos y en orden descendiente, William Humberto ocupaba el cuarto lugar; pero al mismo tiempo era el hombre mayor.

"3. William Humberto García González cursó y aprobó estudios secundarios hasta el año tercero, en 1979, a partir de entonces abandonó los estudios para dedicarse a trabajar y ayudar a sus padres al sostenimiento del hogar sin dejar de pensar en seguir estudiando para calificarse mejor, y efectivamente, el 14 de octubre, dos días antes de su muerte había presentado examen de admisión en el SENA, pues su propósito era estudiar mecánica.

"4. El joven, William Humberto, trabajó bastante tiempo en joyería, y posteriormente laboró recogiendo chance, y prácticamente

todo lo que ganaba lo entregaba a sus padres para el sostenimiento de ellos y de los hermanos.

"5. En el Barrio Castilla de esta ciudad, en la casa del señor José Arboleda, distinguida con el número 96-105, de la carrera 69, se efectuó un baile en la noche de 16 de octubre de 1983; el festejo se celebraba en completa normalidad, hasta que surgió un incidente entre los señores Luis Aníbal Casas Hoyos y Jaime Valderrama, razón para que momentos después se presentara una patrulla del 'Departamento de seguridad y control' del Municipio de Medellín, integrada por varios agentes, entre los cuales se encontraba el señor José Nevardo Larrea Hernández. Una vez arribó la patrulla, sus integrantes procedieron a ingresar a la casa en que se realizaba el baile y retuvieron al señor Luis Aníbal Casas, y cuando a éste se le subió al carro oficial, algunos de los vecinos que participaban en el baile, le reclamaron a los agentes de 'seguridad y control', porque consideraban que el procedimiento era injusto.

"6. El joven William Humberto, en compañía de su padre, desde el andén de la casa número 96-105, de la mecionada carrera 69 de esta ciudad, observaba el desarrollo del procedimiento.

"7. Al momento de emprender la retirada, el agente José Nevardo Larrea Hernández, en forma, por demás ilegal, e injusta, con su arma de dotación oficial disparó a la multitud, y fue así como uno de los proyectiles alcanzó a William Humberto García, hiriéndolo mortalmente, pues el proyectil le penetró por la región parietal derecho y salió por la región temporal izquierda.

"8. Como consecuencia del lesionamiento, que fue de naturaleza esencialmente mortal, el joven García González falleció a las 11 y 45 minutos de la noche de 16 de octubre de 1983.

"9. El día de los hechos narrados, el señor José Nevardo Larrea Hernández era agente del 'Departamento de seguridad y control' del Municipio de Medellín y se identificaba con la placa número 051.

"10. La muerte de William Humberto García González, en las circunstancias anotadas, es decir, completamente ilegal e injusta y por parte de la *autoridad,* constituyó un fuerte impacto psicológico a sus padres y hermanos, lo que constituye perjuicios morales subjetivos que deben ser indemnizados por el Municipio de Medellín" (fls. 34 36 cdno. 1).

Como fundamentos de derecho cita la demanda los siguientes artículos 16, 10, 19 y 51 de la Constitución Nacional; artículo 2º del Decreto 2347 de 1971; artículo 30 y 31 del Decreto 1355 de 1970; artículos 1613 y siguientes del Código Civil; artículo 8º de la Ley 153 de 1887; artículos 106 y 107 del Código Penal; y el Acuerdo número 32 del Concejo Municipal de Medellín.

El recurso:

Como ya se dijo la sentencia fue recurrida por la parte demandada. El Municipio de Medellín, a través de su apoderado, solicita que se revoque la sentencia apelada y, en su lugar, se nieguen las pretensiones de la demanda porque la muerte de William Humberto García se produjo como consecuencia de una asonada en la cual intervenía y, además, hubo fuerza mayor, hecho de un tercero y culpa de la víctima. Se expresa así el apoderado en algunos apartes de su extenso alegato de sustentación del recurso:

"En el caso *sub judice* se califican los testimonios de dos grupos de personas como son: de un lado una comunidad solidaria unida por sentimientos afectivos de amistad por vecindad, trato permanente y unión para ayudarse económicamente a través de una cooperativa de hecho en nuestro medio conocida como natillera que precisamente por los testimonios rendidos se puede concluir sin mayor esfuerzo que a la hora del insuceso se hallaba integrada por miembros bajo los efectos del alcohol, pues desde las siete de la noche aproximadamente se hallaban bebiendo, hecho que fue realmente el causante de la tragedia pues todo tuvo su origen a partir del hurto por parte de uno de los integrantes de una botella de aguardiente lo que le acarreó el ser golpeado con arma blanca, machete, razón por la cual otro miembro de esa comunidad acudió a llamar al Departamento de orden ciudadano, antes seguridad y control para que precisamente cumpliera uno de los objetivos a su cargo como son: 'Prevenir la violación de las normas de policía, velar por la moralidad y tranquilidad pública e impedir la violación de la Constitución, las leyes, ordenanzas, acuerdos y demás normas vigentes'.

"Pues bien, mientras una comunidad bebía, bailaba y se recreaba, el Estado, a nivel de municipio disponía de grupos de empleados atentos a la protección de la vida, honra y bienes de los asociados para preservar así la paz pública y precisamente entre estos grupos se hallaba la patrulla que ese día y a esa hora cumplía con su deber y el llamado para detener a 'un sindicado de lesiones personales', en este acápite quiero poner en conocimiento del honorable Consejo de Estado que la dirección en Medellín en el barrio Castilla en la carrera 69 número 96-105 corresponde a una de las comunas más peligrosas del noroccidente de Medellín, donde diariamente se producen dos o tres homicidios y ni siquiera es frecuentada por patrullas de la policía, salvo cuando se hacen redadas y van tres o más patrullas a la vez (fls. 212 a 213 del cdno. 1).

"... ... ..."

"No decimos que el occiso era un delincuente, pues no hay prueba de ello, pero era parte integrante de un grupo que exigían violentamente, al parecer mayor la violencia verbal que la física, que la auto-

ridad se abstuviera de cumplir un acto propio de sus funciones, hecho que lo señala como responsable o por lo menos sindicado de violar el Código Penal colombiano, pues, el sólo hecho de integrar parte del tumulto que insultaba y desde el cual tiraban objetos a los miembros de la patrulla que cumplían con su deber lo ponían en circunstancias de consecuencia lógica a la reacción de los agentes que pretendían evitar el trastorno de la normalidad colectiva en la nada apacible comuna noroccidental de Medellín, concretamente en el barrio Castilla" (fl. 214, cdno. 1).

"... ... ..."

"Desconoce el fallador el hecho de la asonada de que ya la patrulla se retiraba pero tuvo que bajarse del vehículo para evitar que lo destruyeran o como dice el mismo conductor que lo quemaran, tomó únicamente la declaración rendida ante el Tribunal Administrativo y no leyó la rendida ante el Juzgado de Instrucción Criminal aportada como prueba por la misma parte accionante, de donde puede colegirse que esta misma señora estaba prácticamente asida al agente o a la patrulla, pues es la única razón y causa para que ese disparo último le afectara sus oídos con partículas de pólvora, élla lo llama arenilla que se le introdujo en sus oídos y para que esto se produzca no es necesario ser experto en balística para calcular la distancia que hay entre el arma que se dispara y el esparcimiento de la pólvora que llega a los oídos de una persona, considero incluso que esta señora pudo haberse quemado con la explosión del revólver al disparar" (fl. 217, cdno. 1).

"... ... ..."

"Nos cabe ahora preguntar por la culpa de la víctima, la falla en el servicio y la responsabilidad del Estado en un caso ya juzgado por el mismo Estado a través de uno de sus jueces, caso concreto Juzgado Décimo Superior de Medellín con cuyo sobreseimiento definitivo absolvió al sindicado José Nevardo Larrea Hernández por haber eximentes de responsabilidad que intervinieron en el caso como fueron: la fuerza mayor, hechos de un tercero, culpa de la víctima y el caso fortuito veamos:

"*Fuerza mayor*. Los agentes por su investidura, funciones y órdenes recibidas tenían que atender el caso al cual fueron enviados.

"*Hecho de un tercero*. Acá el tercero está conformado o tipificado por el tumulto o multitud de embriagados y enardecidos que insultaban, arrojaban objetos y trataban de impedir que se cumpliera la orden y el procedimiento policivo, cual era el llevar retenido a un sindicado de lesiones personales plenamente identificado y señalado por su denunciante.

"*Culpa de la víctima.* A través del proceso y muy especialmente en las declaraciones juramentadas ante los jueces de instrucción criminal se puede concluir que la víctima formaba parte del grupo, era uno más, ya había reñido y estaba embriagado, no era un transeúnte ocasional o un curioso que desde lejos o la ventana de su casa, observaba los acontecimientos, se hallaba con el tumulto y ello quedó probado tanto en las declaraciones como en la reconstrucción de los hechos, si estaba allí, formaba parte del grupo estaba creando su propio riesgo y en él pereció, obviamente que pereció porque infortunadamente se dio el *caso fortuito,* imprevisto e imprevisible como fue el haberse disparado el arma por una situación o hecho involuntario de Larrea Hernández, quien en su afán de ponerse a salvo mientras se montaba al carro, dio un traspié al movimiento del automotor y sin quererlo y sin darse cuenta siquiera, se le disparó el arma con las nefastas consecuencias. Al respecto los declarantes hablan de un brazo al aire y la otra mano asiéndose del carro y más aún hablan de no haber apuntado a alguien en especial e incluso varios declarantes testigos de la parte demandante coinciden en decir que se le zafó el disparo 'sin querer'. Ha dicho tanto la jurisprudencia como la doctrina con relación al vínculo causal que éste 'es destruido por los eximentes de responsabilidad que intervinieren en el caso como son: Fuerza mayor, caso fortuito, el hecho de la víctima y el hecho de un tercero'.

"Cuando alguno de estos eximentes actúa como causa única del daño, coloca al perjudicado en el imperativo de tener que absorver todo el perjuicio sin reparación alguna o bien pueden concurrir con el hecho del agente dejando subsistente la obligación de reparar pero disminuido, si por lo demás no ha tenido que ver en su ocurrencia.

"Concluyo entonces, que la muerte de William, se produjo como consecuencia de la asonada de la cual era integrante como un ebrio más, que como los demás que asistían al baile, pusieron en peligro la integridad física de la patrulla, lo cual en su huida uno de los agentes que la integraba, en forma involuntaria y por la posición incómoda, dejó escapar al parecer, un tiro que hizo blanco en uno de ellos, en William, pero pudo ser en cualquiera del grupo rebelde concurrente y participante de la asonada. Si los asistentes al baile no se hubieran opuesto y hubieran dejado hacer el procedimiento en forma ordenada y ajustada a derecho nada hubiera acontecido" (fls. 219 y 220 cdno. 1).

"... ... ..."

"En la *litis* hubo sobreseimiento definitivo del sindicado por parte del Estado ya que acogió la figura delictiva tipificada por el tumulto como asonada, verdadera causante del fallecimiento de William Humberto, razón por la cual sumada a toda la argumentación planteada me lleva a solicitar muy respetuosamente del honorable Consejo de

Estado la revocatoria del *a quo,* en nuestro caso, el honorable Tribunal Administrativo de Antioquia" (fl. 221, cdno. 1).

Admitido el recurso y efectuado el trámite legal, las partes no hicieron uso del derecho de presentar alegaciones en la segunda instancia.

El concepto fiscal:

La Fiscal Segunda de la Corporación, en su concepto, solicita que se confirme la sentencia recurrida por considerar que se dio la responsabilidad de la administración.

Dice así la colaboradora fiscal en lo pertinente:

"Estudiado el expediente esta agencia del Ministerio Público se permite observar lo siguiente:

"La sentencia objeto del recurso, expone las razones por las cuales acogió algunos testimonios, o más bien cómo éstos le llevaron al convencimiento sobre lo sucedido. Hizo luego el análisis de los diferentes testimonios, para desechar unos y aceptar otros, lo que a juicio de este despacho, es correcto en tratándose de prueba testimonial. De ese análisis que el juzgador hace, y en el caso de testimonios contrarios sobre un mismo hecho, indudablemente que al aceptarse unas declaraciones se deben desechar los testimonios contrarios. Fue eso lo que sucedió en el presente caso; pues para el sentenciador de instancia, no obstante que los asistentes hicieron manifestaciones de protesta y cometieron contra los agentes agresiones, estas fueron de tipo verbal, lo que no justificaba la utilización del arma por parte del agente.

"Esta Fiscalía comparte enteramente el criterio del Tribunal, pues sin desconocer, que existió una situación difícil, que los asistentes se oponían a la detención del señor Luis Aníbal Casas, que los agentes fueron ofendidos, hubo una desproporción entre la agresión recibida y el proceder del agente para defenderse.

"Tampoco es de recibo afirmar, como lo hace el recurrente, que existió un accidente, que el agente tropezó al subirse al vehículo en marcha, pues durante el proceso ni se alegó esa circunstancia, ni ella aparece probada.

"La circunstancia de que en el proceso penal al sindicado Larrea Hernández se le haya sobreseído en forma definitiva, implica solamente como lo explica la providencia del Juez Décimo Superior, visible al folio 231 y siguientes, que no existió prueba de la intención dolosa en la ejecución del hecho.

"Pero desde el punto de vista que interesa a esta jurisdicción, la actividad desarrollada por dicho agente en la prestación de un servicio público, constituye una falla del servicio, que compromete a la administración.

"Lo anterior es suficiente para que esta Fiscalía se permita solicitar a la honorable Sala la confirmación de la sentencia apelada" (fls. 257 a 258, cdno. 1).

Consideraciones de la Sala:

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

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

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

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

Se debe establecer si en este caso se dan en su totalidad los mencionados elementos. Para demostrarlos se aportaron documentos y se recibieron dentro del proceso testimonios de personas que por una u otra razón presenciaron la muerte de William Humberto García González, hecho fundamental de las pretensiones procesales. Los testigos narran los siguientes hechos en lo concerniente:

Laura Marina Buitrago Aguirre —ante el Tribunal Administrativo— (fls. 56 y ss.). Preguntada sobre la muerte da William Humberto García, dice: "Yo me encontraba en ese baile. Cuando yo llegué al baile me contaron que había habido un problema por un robo de una botella de aguardiente..." "Hacía ya mucho rato que había pasado el problema cuando llegó la autoridad. Yo me encontraba en el patio de la casa cuando vi entrar a un detective, sacó los papeles de identificación y los mostró los papeles a Luis Aníbal Casas. *Este, el detective, estrujó a Luis Aníbal Casas y su madre salió a reclamarle cuando el detective la estrujó también.* En los momentos en que yo salía ví cuando la estrujaba. No atendía a los reclamos de la madre de Casas ni del hermano que era policía. Ahí fue cuando yo le dije a ella que si no lo reclama su madre quién más va a reclamar. *Entonces toda la gente empezó a gritar.* Yo me 'dentré', me demoré un segundo para salir y cuando ya salí el carro no se encontraba al frente, el carro de

la policía, estaba unos metros más abajo. *Cuando yo ví que disparaban que fue el detective que entró por Luis Aníbal Casas...*" "*Cuando el detective se montó al carro hizo otro disparo y arrancaron...* Ahí fue cuando la gente dijo que habían matado a uno y se fueron los policías y se llevaron a Luis Aníbal Casas. *A William se lo llevaron para la clínica y ahí fue donde murió*". Al preguntarle si William tuvo algo que ver en el problema contestó: "No, simplemente estaba viendo. Yo no me dí cuenta que él hubiera atropellado la ley". "...*Yo ví los disparos pero no ví a quién los dirigió, disparó locamente.* Había mucha gente". Preguntada sobre las relaciones del fallecido con la familia contestó: "Yo sí conozco, ellos viven muy unidos". "...*Toda la gente que se encontraba en el baile era muy seria y ninguno tenía arma*". "...Solamente todo el mundo gritaba pero no pude escuchar bien qué era lo que decían".

La declaración rendida ante el Juzgado Décimo Séptimo de Instrucción Criminal (fls. 99 y ss.) concuerda en sus elementos básicos con la rendida ante el Tribunal. Sin embargo, ante el Tribunal sostiene que las gentes integrantes del tumulto que se formó ante la patrulla del Departamento de seguridad y control solamente gritaban; ante el juzgado dice que "le mandaron algo al carro" pero que no sabe qué.

Elkin Emilio Carmona Castro —fls. 60 y ss.—. Preguntado sobre los hechos dice: "...Ese día fue un baile que se realizaba en la casa de José Arboleda..." "Hubo una pelea..." "Estaba yo bailando cuando ví que entraron Orlando con unos agentes de seguridad y control y sacaron a Luis Aníbal Casas..." "...*estaban parados también William y su padre, cuando uno de los agentes hizo un disparo que fue el último que mató al muchacho*". "*El era un muchacho que no lo veía uno alegando con sus padres ni con sus hermanos por cuanto él era el hombre mayor de la casa y sus hermanos le tenían mucho respeto*" ...*William para la familia era un muchacho que hacía mucha falta en la casa porque él con sus hermanas la iba muy bien porque él era quien las llevaba a los bailes y a las heladerías y dejó en la familia un vacío muy hondo que no se ha podido llenar*".

El testimonio recibido por el Juzgado de Instrucción (fls. 104 vto. y ss.) coincide en lo esencial con el rendido en el Tribunal.

Elisa Isabel Hoyos de Ossa (fls. 62 y ss.). "Me llamaron como a eso de las once y media para que fuera a ver que el hijo mío había discutido con otro muchacho, con Jaime cuyo apellido no sé. De ahí se vino el muchacho que se había robado la botella de aguardiente con el cuñado, Orlando Hoyos y dijeron que iban a lamar a seguridad y control. Llamaron allá y llegó una patrulla. Orlando Hoyos se entrevistó con los señores agentes y fueron y se llevaron el muchacho que se iba a llevar, Luis Aníbal Casas que es mi hijo. Yo intervine que por qué se lo iban a llevar, que si era que había robado o había matado a alguien y entonces ellos no me atendieron. Yo dije pues

donde vaya hi hijo, voy yo y ellos me dijeron que no y me empujaron. Cuando me empujaron mi hijo, el otro, el mayor, Norberto Casas, ahí mismo se arrimó y les dijo que por qué me estrujaban, que yo era su mamá y les mostró el carnet de que era agente de la Policía Nacional y le dijeron que se largara de ahí que él era un polizonte hijuetantas. De ahí como las mujeres empezaron a gritar que no se lo llevaran, que por qué se lo llevaban, que yo reclamaba a mi hijo, que si era que se creían muy guapos porque tenían un arma, ahí fue cuando los agentes se enfurecieron y empezaron a echar bala. Gritaron los agentes. Quién es el que está bravo aquí y ahí mismo hicieron el primer disparo en la calle. Entonces la gente más se enfureció cuando echaron bala y les gritaban cosas y los que estaban en el carro de la policía antes se bajaron. Las gentes les decía que malandrines, que por qué ultrajaban a la señora, pero esto lo decían eran las mujeres. El hijo mío, el mayor, se retiró. Cuando ya ellos empezaron a echar bala me paralicé, me dio mucho susto, los oídos se me llenaron de tierra, no se, de arenilla. Al segundo disparo, que eso fue tang, tang, tang y con el último yo oí decir que dizque habían herido a William. Luego ví cuando el papá lo llevaba en brazos y chorreaba sangre de la cabeza..." "Disparó el arma uno bajito y el otro que se tiró de último que es uno acuerpadito. El alto fue el que disparó de último. En resumen, para mí dispararon todos tres porque el primer disparo lo hizo el bajito pero al aire..." "Qué hacía William Humberto García en el momento de ser lesionado y dónde se encontraba? *Contestó:* Pues estaba viendo la pelotera en la acera de la casa de donde sacaron al hijo mío, con el papá". "...*Preguntada:* Díganos qué significó para la familia García González la muerte de William Humberto en las condiciones por usted narradas? *Contestó:* Pues era como el brazo derecho de esa familia porque allá hacían o mejor, si una hermana cumplía años, él era el primero que estaba pendiente de lo que le fueran a hacer a la muchacha, si se iban a ir para cualquier parte él era primero y a mí me parecía que él era muy buen hijo. Después de la muerte se acabó todo, la alegría del hogar. Hay un vacío que no se ha podido recuperar porque la mamá todavía habla de él como si fuera el primer día de haber desaparecido".

Declara también ante el Juzgado Décimo Séptimo de Instrucción Criminal. En general, la declaración concuerda con lo dicho ante el Tribunal.

Dora Elena Arboleda —fl. 70—. Tribunal. Narra la misma versión de los anteriores sobre los antecedentes de la muerte de William Humberto. Afirma que los asistentes al baile reaccionaron únicamente de palabra contra los integrantes de la patrulla.

Ante el juzgado afirma que a la patrulla le fueron lanzados guijarros c una botella pero que no sabe quién lo hizo (fls. 93 a 95).

Carlos Orlando Hoyos Alzate (fl. 68). Narra lo siguiente ante el Tribunal.

"En un baile en la 69 con la 97..." "Yo llegué a mi casa por ahí tipo once de la noche y había ahí un problema entre el esposo de una hermana mía, él se llama Jaime, estaban peleando ahí y entonces ahí estaba Aníbal que vive por ahí, con una peinilla encima de él. Cuando ví el problema yo pedí protección a seguridad y control y *cuando llegó la patrulla, el tipo que tenía la penilla se escondió en el baño y yo le dije al agente que el tipo estaba en el baño y cuando lo sacaron fue que se armó el problema ahí que le gritaban a los agentes dizque lambones y sapos y les tiraban botellas, fue como una especie de asonada a la patrulla. El agente hizo un tiro, yo en ese momento no me dí cuenta cuál de ellos sería...*" "Ya después la chiva de que William había muerto por ese tiro pero ese disparo no fue a quemarropa sino al aire". Preguntado sobre si William hacía parte del grupo que le gritaba a la patrulla y le tiraba objetos, respondió: "Yo no puedo afirmar eso porque ahí había mucha gente".

Ante el juzgado narra los mismos hechos y coincide en su versión con lo expuesto en el Tribunal (fls. 112 y ss.).

Nevardo Larrea Hernández (fl. 27).

Describe los hechos que causaron la muerte a William Humberto García así: "Ese día estábamos patrullando y nos dijeron que nos trasladáramos a esa dirección que informaban de un caso. Fuimos y Orlando Hoyos nos dijo que había un sindicado de lesiones en un baile *y procedimos a sacar a un individuo sindicado de lesiones. Cuando salimos la gente protestó, nos agredieron con piedras, botellas y varios objetos entonces nosotros para evitar que nos hirieran les hicimos unos disparos al aire y eso fue todo*". "El estaba rodeado de gente, *nosotros intentamos salir y no nos dejaban y los ahuyentamos para que nos dejaran salir haciendo los disparos*". Preguntado sobre si William Humberto García dirigía la multitud, contesta: "*Ellos nos atacaron, todos, pero nosotros no sabíamos nombres*".

En la diligencia de indagatoria a que fue sometido el testigo ante el Juez Cuarenta y Siete de Instrucción Criminal el señor Larrea Hernández coincide con su versión del testimonio (fls. 152 y ss.).

Los testimonios coinciden en las circunstancias de tiempo modo y lugar en que se sucedió el hecho que sirve de fuente a las pretensiones procesales, explican claramente por qué les constan los hechos, es decir, establecen la ciencia de su dicho. Efectivamente, existe plena coincidencia en cuanto a la forma en que se produjo la muerte de William Humberto García González.

En cuanto hace relación a los elementos accidentales que rodearon dicha muerte, las versiones son contradictorias en algunos aspectos: unos testigos narran que la patrulla del Departamento de seguridad y control de la ciudad de Medellín fue atacada con piedras y botellas por los asistentes a la reunión social que se efectuaba en esos momentos; los otros afirman que solamente fueron agredidos de palabra.

Pues bien: estudiados los medios de prueba dentro de las reglas de la sana crítica, es decir, haciendo su análisis individual para luego compararlos entre sí y llegar por fin a la síntesis de los elementos de hecho demostrados, se encuentra que los puntos de contradicción en que incurren los testigos carecen de verdadera importancia para efectos de la decisión que se ha de tomar por cuanto el hecho básico, consistente en la muerte de una persona como consecuencia de los disparos hechos por agentes de la administración, en nada varía y su realidad se sobrepone a cualquier clase de contigencias secundarias.

Se aduce y se trata de demostrar por parte de la demandada que la muerte de García González fue el resultado de una asonada propiciada por él y sus amigos contra los agentes del Departamento de seguridad y control. Pero la existencia de tal asonada no fue probada dentro del proceso y si hubiera existido, como tipo penal que es, su verificación así como la fijación de la responsabilidad de quienes la hubieren propiciado y participado en ella, corrèspondería a los jueces penales competentes para conocer de esta clase de delitos.

Tampoco se probó la participación de William Humberto García en el tumulto que se formó, según narran los testigos, en torno al vehículo en que se transportaban los agentes. Los testigos que lo conocían lo ubican parado en la acera al lado de su padre y ninguno habla de que hubiera participado en las agresiones verbales o de hecho que sucedieron contra los integrantes de la patrulla.

No existió entonces causa alguna que justificara la muerte del hijo y hermano de los demandantes. Fueron los disparos imprudentemente hechos por los miembros del Departamento de seguridad y control los que causaron la tragedia y tal conducta hace a la administración responsable de los perjuicios que con ella se causaron.

La responsabilidad de la administración:

Para la Sala existe convicción plena de que hubo falla en la prestación del servicio por irregularidad e ineficacia en la misma. Los agentes del Departamento de seguridad y control fueron a cumplir la misión que les está encomendada por la administración municipal de Medellín o sea a "Prevenir la violación de las normas de policía, velar por la moralidad y tranquilidad pública e impedir la violación de la Constitución, las leyes, ordenanzas, acuerdos y demás normas vigentes" (Acuerdo 32 de 1981 del Concejo Municipal de Medellín fl. 22) pero su labor la cumplieron en forma irregular, ineficaz e imprudente, hasta tal punto, que un procedimiento inicialmente encaminado a dar captura a uno de los participantes en una riña que se produjo dentro de un baile realizado por un grupo social, culminó con la muerte de una persona ajena a los hechos que motivaron la presencia de los agentes.

Existió, entonces, la falla en la prestación del servicio por parte del municipio de Medellín, como primer elemento integrador de la responsabilidad de los organismos estatales ante los asociados.

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

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

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

Los perjuicios:

El perjuicio es actual cuando ha existido antes de la acción indemnizatoria o al tiempo de iniciarse esta; 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 los perjuicios reclamados por la demanda, son de carácter actual según se desprende del *"petitum"* y de los hechos que lo sustentan.

En cuanto a los perjuicios materiales la demanda no solicita que se condene a su pago y, por otra parte, tampoco existe dentro del proceso elemento alguno de prueba que tienda a demostrar que existieron y se concretaron.

En relación con los perjuicios morales subjetivos se considera que sí se presentaron. Como dijo esta Sala, en negocio similar al presente, siendo actor Hernando Enrique Reparato, sentencia de febrero 6 de 1986, en consideraciones que fueron reiteradas en providencia de 15 de septiembre de 1988 "La indemnización por concepto de perjuicios morales tiende a la satisfacción del dolor ocasionado por el hecho que produjo el daño, siendo natural que una tragedia como la ocurrida incida hondamente en el ámbito sentimental de la familia, y se reconocen, en principio, con la mera demostración del vínculo de parentesco que une a los reclamantes, con la víctima, de acuerdo con el grado de relación de cada uno de los demandantes con aquella

y de su edad, por ser esta determinante de la mayor o menor capacidad de experimentar pena ante el hecho trágico".

En el caso *sub examine* los demandantes demostraron ser padre, madre y hermanos del fallecido (fls. 4 a 18) con los respectivos registros civiles tanto de matrimonio como de nacimiento, conforme lo prevee el artículo 105 del Decreto 1260 de 1970, estableciendo así su legitimación en la causa por activa.

La Sala concuerda con el *a quo* en lo que se refiere al pago de perjuicios morales para los padres de la víctima, pero no en lo relacionado con los hermanos. Se ha venido sosteniendo por la Corporación que para que se produzca el pago de perjuicios morales subjetivos a los hermanos es necesario acreditar dentro del plenario el trato familiar o afectivo que existiera entre ellos. Así, en fallo de 12 de febrero de 1988, siendo actor Alvaro Varón Varón y otros se dijo:

"No se hará condena por perjuicios morales en favor de los hermanos de la víctima, porque no obra dentro del plenario ninguna prueba orientada a demostrar el trato familiar o afectivo que existiera entre ellos, ni que vivieran bajo el mismo techo. En este aspecto la Sala ha sido particularmente exigente en el sentido de que tales circunstancias especiales del caso deben acreditarse para darle apoyo a una condena de la naturaleza de la impetrada. Así, en fallo de 28 de abril de 1983, expediente número 3237, consejero ponente: doctor Jorge Valencia Arango, se precisó:

" 'La doctrina y la jurisprudencia han considerado 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 paternas o filiales han desaparecido, se han trocado en inamistosas o se han debilitado sensiblemente.

" '4. Pero entre hermanos legítimos, o naturales que no conviven bajo el mismo techo ni pertenecen al mismo núcleo familiar, lejos de presumirse han de ser irrefragablemente demostradas las susodichas relaciones afectivas y fraternas, mucho más entre el grupo de hijos legítimos y el de los hijos naturales, entre los cuales el «*ex eo quod plerumque fit*...» demuestra que tales afectos y relaciones fraternas raramente existen.

" 'También en sentencia de veintidós (22) de abril de mil novecientos ochenta y cinco (1985), expediente número 3078, actor Segundo Rafael Oviedo y otros, consejero ponente doctor Julio César Uribe Acosta, se destacó:

" 'En relación con las limitaciones a la indemnización por daños morales, la doctrina y jurisprudencia francesas enseñan: «Es indis-

cutible el derecho de los padres e hijos del lesionado a reclamar indemnización por razón de «daño moral», reclamación que en caso de muerte se basa en un derecho propio y no en un título hereditario... Muy controvertido es el derecho de los hermanos —a quienes se reconoce sin excepción la posibilidad de demandar por perjuicios materiales— a hacer efectivo el daño moral. Modernamente parece prevalecer la opinión negativa».

" 'Existen una serie de referencias casuísticas incidentales sobre esta cuestión, pero quien mejor la ha estudiado en términos generales ha sido Lacoste, en Sirey 1897, 2, 25, nota a una sentencia del Tribunal De Rouen (24, 2, 1894). *Este* autor no cree que deba hacerse extensiva a los hermanos el derecho a reclamar. Cierto —dice— que los lazos de amor fraterno pueden ser muy estrechos como pueden serlo asimismo los de la amistad, pero esto no basta. Ha de existir también un lazo familiar. Los vínculos de familia, que unen a los esposos, a los padres y a los hijos tienen primordial importancia para el legislador, que los eleva a fuentes de derechos *y deberes especiales entre esas personas. Allí donde no llegan esos deberes, no debe tampoco llegar el derecho a hacer efectivo el* «daño moral» (cit. por López M. Jaime Augusto. Perjuicios morales. Ed. Lex Ltda., 1982, pág. 151)' " (subrayas de la Sala).

En el mismo sentido se pronunció la Sala en sentencia de 25 de noviembre de 1988 en el proceso de Arturo de J. Marín Herrera y otros contra la Nación colombiana.

En el presente caso los testigos Elkin Emilio Carmona Castro (fls. 60 y ss.), Elsa Isabel Hoyos de la Ossa (fl. 64) y Omar Alfonso Hoyos Zuluaga narran que William Humberto García González acompañaba a las hermanas a las fiestas y a las heladerías, que estaba atento al cumpleaños de las mismas y que después de que él murió "se acabaron las fiestas que había". En cuanto a los demás hermanos no hacen referencia alguna.

No se encuentran demostrados, entonces, factores tales como si los hermanos mayores de edad ya habían constituido sus propios hogares; si entre todos ellos existían vínculos de afecto fraterno, si se colaboraban y auxiliaban mutuamente. Ante la ausencia de prueba sobre la existencia de perjuicios morales ocasionados a sus hermanos por la muerte de William Humberto, la Sala no puede hacer ningún reconocimiento en este sentido porque tales perjuicios en relación con los hermanos no se presumen y deben ser demostrados. Se reformará, por consiguiente, la sentencia del Tribunal en el sentido de negar los perjuicios morales para los hermanos demandantes.

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

Falla:

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

Segundo. Modifícase el punto 2º del fallo recurrido en el sentido de condenar al Municipio de Medellín a pagar a Carlos Adán García y María Eva González, como perjuicios morales subjetivos, el valor equivalente a un mil (1.000) gramos oro, para cada uno de ellos, en su condición de padres del fallecido William Humberto González.

El precio del oro será el que certifique el Banco de la República para la fecha de ejecutoria de esta providencia. Esta condena se hace en concreto.

Tercero. Niéganse las demás pretensiones de la demanda.
Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Esta providencia fue discutida y aprobada en Sala en sesión de la fecha.

Carlos Ramírez Arcila, presidente Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Antonio J. de Irisarri Restrepo,* ausente; *Julio César Uribe Acosta.*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO. DERECHOS DE AUTOR. JURISDICCION ORDINARIA. COMPETENCIA. ACCION DE REPARACION DIRECTA. JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA.

Las acciones indemnizatorias por violación de los derechos de autor son, por regla general, del conocimiento de la justicia ordinaria. Pero cuando esa lesión es causada por hechos u omisiones de la administración, su conocimiento estará a cargo de la jurisdicción administrativa con sujeción a las reglas que gobiernan su competencia.

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

Consejero ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente 5284. Indemnizaciones.

Actor: Luis Eduardo Cuartas Galvis.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por las partes principales contra la sentencia de 28 de octubre de 1987, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se dispuso:

"1º No prosperan las excepciones propuestas por la apoderada de la parte demandada.

"2º La Administración Postal Nacional es responsable de los perjuicios morales causados a los demandantes en razón al desconocimiento de los derechos de autor en la emisión de la estampilla conmemorativa de los 200 años de fundación del Colegio 'Compañía de María La Enseñanza'.

"3º Como consecuencia de la declaratoria anterior la Administración Postal Nacional reconocerá y pagará a cada uno de los demandantes —señores Luis Eduardo Cuartas Galvis y Ricardo Aurelio Bernal Morales— el valor de doscientos (200) gramos oro actualizado a la fecha de la ejecutoria de esta providencia.

"4º La suma reconocida devengará intereses comerciales corrientes dentro de los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de esta providencia, en caso de no pago, y comerciales moratorios del vencimiento de ese término hasta su cancelación.

"5º Para el cumplimiento del fallo désele aplicación a los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

"6º Deniéganse las demás peticiones de la demanda".

En el libelo inicial esas súplicas se formularon así:

"*Primera.* Que la Administración Postal Nacional, ha violado la Ley 23 de 1982 en su artículo 30, y en relación con el trabajo ejecutado por los señores Luis Eduardo Cuartas Galvis y Ricardo Aurelio Bernal Morales, en el boceto, diseño y arte de una estampilla, ordenada por ella en el mes de abril de 1983, para la conmemoración de los doscientos años de la fundación del colegio Compañía de María La Enseñanza.

"*Segunda.* Que los señores Luis Eduardo Cuartas Galvis y Ricardo Aurelio Bernal Morales, han sido perjudicados y vulnerados en cuanto a los derechos de autor y propiedad intelectual, al confeccionar la estampilla especificada en el numeral primero de estas declaraciones y condenas, derechos contemplados en la Ley 23 de 1982 en su artículo 30, por parte de la Administración Postal Nacional.

"*Tercera.* Que en consecuencia, la Administración Postal Nacional, debe reconocer y pagar la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados en los derechos de autor y de acuerdo al numeral anterior, y en las personas de Luis Eduardo Cuartas Galvis y Ricardo Aurelio Bernal Morales, la suma de cinco mil gramos oro a cada uno, o lo que determinen los peritos si a ello hubiere lugar.

"Subsidiariamente la suma de cuatro millones quinientos mil pesos moneda corriente ($ 4.500.000.00), actualizándolos, teniendo en cuenta el incremento del índice de precios al consumidor, y la consiguiente corrección monetaria. Lo anterior teniendo en cuenta que la tirada de estampillas del diseño, boceto y arte de los demandantes, fue de un total de quinientos mil, con un valor nominal de nueve pesos moneda corriente ($ 9.00) cada uno. Esto para cada uno de mis poderdantes".

La causa *petendi* se explicó en los siguientes términos:

Fundamentos de derecho.

"*Primero.* El Decreto 01 de 1984, especialmente su artículo 86 y demás concordantes.

"*Segundo.* El artículo 12 de la Ley 23 de 1982 a la letra dice: El autor de una obra protegida tendrá el derecho exclusivo de realizar, de autorizar uno cualesquiera de los actos siguientes:

"A) Reproducir la obra;

"B) Efectuar una traducción, una adaptación, un arreglo o cualquiera otra transformación de la obra, y

"C) Comunicar la obra al público mediante representación, ejecución, radiodifusión o por cualquier otro medio.

"*Tercero.* El artículo 20 de la Ley 23 de 1982 a la letra dice: Cuando uno o varios autores, mediante contrato de servicios, elaboren una obra según plan señalado por persona natural o jurídica y por cuenta y riesgo de ésta, sólo percibirán en la ejecución de ese plan, los honorarios pactados en el respectivo contrato. *Por este sólo acto se entiende que el autor o autores transfieren los derechos sobre la obra, pero conservarán las prerrogativas consagradas en el artículo 30 de esta ley, en sus literales a) y b)* (lo subrayado es nuestro).

"*Cuarto.* El artículo 30 de la Ley 23 de 1982, en sus acápites A y B, dice: 'El autor tendrá sobre su obra un derecho perpetuo, inalienable, e irrenunciable para:

"'A) *Reivindicar en todo tiempo la paternidad de su obra, y en especial para que se indique su nombre o seudónimo cuando se realice cualquiera de los actos mencionados en el artículo 12 de esta ley;*

"'B) A oponerse a toda deformación, mutilación u otra modificación de la obra, cuando tales actos puedan causar o acusen perjuicios a su honor o a su reputación, *o la obra se demerite, y pedir reparación por estos...*'. (lo subrayado es nuestro).

"*Quinto.* Las demás normas concordantes de la legislación nacional".

Y se narraron como hechos, en síntesis, los siguientes:

a) Que la Administración Postal abrió la licitación privada número 010-83 para el suministro de una emisión postal conmemorativa de los doscientos años de existencia del colegio "Compañía de María La Enseñanza".

b) Que los señores Luis Eduardo Cuartas Galvis y Ricardo Aurelio Bernal Morales licitaron y obtuvieron el derecho a confeccionar o ejecutar el boceto, diseño y arte de la estampilla.

c) Que la emisión hecha por ADPOSTAL fue de 500.000 estampillas por un valor de $ 4.500.000.00.

d) Que en el pliego de condiciones, en su numeral 6 del capítulo II, se lee:

> *"Diseño y presentación:*
>
> "Será un solo diseño, el cual deberá incluir en la diagramación marco.
>
> "El texto será de la siguiente manera: En la parte superior derecha el valor facial de $ 9.00 y la palabra Colombia en vertical en letras de color negro en el margen derecho.
>
> "En la parte superior izquierda en letras de color negro 200 años. En el libro que figura abierto irá en la página izquierda 1783-1983, en la página derecha Compañía de María La Enseñanza. Todo el fondo fuera del libro, irá en color dorado.
>
> "Los pliegos contendrán 50 estampillas, tendrán márgenes de 1.5 a 2 centímetros en sus lados".

e) Que el señor Alvaro Barriga C., escribió en el periódico "El Tiempo" (viernes 30 de mayo de 1983) que el diseño presentado por los demandantes y aprobado por ADPOSTAL había sido mutilado y desmejorado.

f) Que el diseño presentado por Cuartas y Bernal tenía las siguientes características:

> "En la parte superior derecha, el valor facial de $ 9.00 y la palabra Colombia en vertical en letras de color negro en el margen derecho. En la parte superior izquierda en letras de color negro, 200 años. En la parte inferior de un libro abierto y en su página izquierda 1783-1983, en la página derecha Compañía de María La Enseñanza. *En el extremo derecho el nombre de los autores Cuartas & Bernal".*

g) Que en las emisiones actuales se ha respetado la colocación del nombre del autor, lo que no sucedió en el caso que aquí se discute.

h) Que el diseño emitido tiene las siguientes especificaciones:

> *"En la parte superior izquierda en forma horizontal la palabra Colombia.* En la parte superior derecha, el valor facial de $ 9.00. En la parte inferior un libro abierto y en su página izquierda los números 1783-1983; en la página derecha la leyenda: 'Compañía de María La Enseñanza'. *En el extremo derecho el nombre del impresor: De la Rue de Colombia".*

i) Que el diseño original fue desmejorado así:

> "Desapareció del texto la expresión '200 años'. La palabra *Colombia* que originalmente aparecía en forma vertical en la parte derecha de la estampilla se colocó en la parte superior de la misma y en forma horizontal. *El nombre de los autores de la estampilla, que originalmente aparecía en el extremo derecho de la misma, desapareció por completo o mejor fue eliminado, en forma por demás arbitraria, desconociendo los derechos consagrados en la ley colombiana; particularmente el artículo 35 de la Constitución Nacional y la Ley 23 de 1982; y en su lugar se colocó abusivamente, el nombre del impresor.*

Tomada la decisión por el Tribunal, la sentencia fue apelada por las partes interesadas. Cumplido el trámite de rigor, es oportuno entrar a decidir. Para ello,

Se considera:

Estima la señora fiscal en su vista de octubre 28 de 1988, que obra a folios 146 y siguientes, que la sentencia apelada merece ser confirmada. De esta opinión, se destaca el siguiente aparte:

> "En la demanda se dice que los actores licitaron y obtuvieron el contrato para la elaboración del boceto de la estampilla conmemorativa, sin embargo, ese hecho no quedó probado, pues por lo que se pudo establecer, los actores contrataron con las directivas del colegio y nunca con la administración. Así lo afirma en su declaración la hermana Beatriz Jáuregui Olazábal (fls. 112 y 113 cuaderno de pruebas), cuando dice: 'Al celebrarse los doscientos años el Gobierno nos concedió la emisión de una estampilla conmemorativa, luego de los trámites ordinarios se contrataron varias personas para hacer las artes que pedía ADPOSTAL de estos señores unos fueron Cuartas y Bernal, quienes contrataron con la comunidad la hechura para que allá decidieran cuál de las artes serviría para la emisión de la estampilla. La Comunidad pagó los honorarios debidos a estos señores y quedó la emisión de la estampilla dependiendo de ADPOSTAL, posteriormente se emitió la estampilla, salió al público, parte de ella en el arte que habían diseñado Cuartas y Bernal con algunos cambios y el nombre de la estampilla era la Rue de Colombia' ".

> "Con la demanda se anexó copia fotográfica del diseño presentado por los actores, afirmando que fue el aprobado por la Administración Postal. Lo anterior es corroborado con el dicho de la Hermana Beatriz Jáuregui visible al folio 9 cuaderno uno, que es una de las artes que ellos presentaron. Al

folio 114 aparece un oficio del secretario de la Administración Postal, en donde se dice que revisado el archivo de la Oficina de Filatelia del Instituto, tan sólo se encontró, en relación con el folder de la emisión, el diseño para estampilla que le acompañó.

"En los diseños enviados por la entidad y visibles a los folios 116 a 118 del cuaderno de pruebas, se observa la misma fotografía que aparece al folio 9 del cuaderno principal y el nombre *'Cuartas y Bernal'*. Esto indica que los diseños elaborados por los demandantes y que llevaban sus nombres, fueron los bocetos que tuvo en cuenta la Administración para la emisión de la estampilla conmemorativa. Incluso en las correcciones que se hicieron al diseño aparecen los nombres de los autores, lo que demuestra que la Administración sí estuvo enterada y conoció los nombres de los diseñadores. El por qué estos nombres fueron suprimidos en los sellos, es cuestión que se desconoce, en todo caso la Administración incurrió en la omisión a que aluden los demandantes, cuando en las estampillas que en definitiva se emitieron, no aparecen los nombres de sus creadores.

"La circunstancia de no existir contrato entre los diseñadores y la Administración Postal, no cambia en nada la situación, pues los diseños, como quedó establecido, llevaban impresos los nombres de sus autores. Cosa distinta hubiera sido que en los bocetos o diseños los realizadores hubieran omitido colocar sus nombres, pues en tal circunstancias la Administración hubiera podido alegar a su favor tal circunstancia.

"La licitación privada para contratar el suministro de estampillas, tiene como fecha de apertura el día 22 de marzo y el cierre de la misma fue el 7 de abril de 1983 (ver fls. 77 y 78). La Comunidad Compañía de María pagó el 7 de marzo a los demandantes por los diseños encomendados, esto es, antes de la apertura de la licitación en la cual se tuvo en cuenta el boceto elaborado por los señores Cuartas y Bernal.

"No existiendo duda acerca de que los autores del diseño de la estampilla conmemorativa aludida, fueron los demandantes y que la entidad demandada conocía dicha autoría, la Administración Postal Nacional de conformidad con los artículos 9º, 12 y 30 de la Ley 23 de 1982, tenía la obligación de incluir los nombres de los autores del diseño en la estampilla.

"La omisión en que incurrió la Administración le causó perjuicios a los actores, los que en la demanda se limitaron únicamente a los perjuicios morales, en consecuencia sola-

mente había lugar a reconocer lo solicitado, en la forma en que lo hizo la sentencia".

Por un lado, tanto la parte demandada (a fls. 136 y siguientes) como la demandante (a fls. 142 y siguientes) sustentaron el recurso interpuesto, en forma razonada y seria. Aquélla critica la decisión del *a quo* y niega todo derecho a los demandantes por no haber intervenido en la licitación abierta por ADPOSTAL; por no haber pedido la indemnización de perjuicios morales; por ser incongruente la sentencia; por ser arbitraria la condena y por ser absurda la pretensión en cuanto a su monto igual al producto de la venta de las estampillas emitidas.

En cambio, la parte actora encuentra justificado el fallo en el fondo, al fundarse en el mandato del artículo 30 de la Ley 23 de 1982.

Para la Sala la sentencia del Tribunal merece ser acogida, por estar ajustada a la ley y a la orientación jurisprudencial de la Corporación, aunque con algunas precisiones en torno a los siguientes puntos: a) La acción escogida; b) La competencia de la jurisdicción administrativa; c) Los hechos perjudiciales y el daño; d) El derecho de los actores y la conclusión.

a) La acción escogida.

Permite la interpretación de la demanda, presentada el día 22 de marzo de 1985, ya en vigencia del nuevo código administrativo, concluir que los demandantes instauraron una acción de reparación directa y cumplimiento contra el establecimiento público del orden nacional conocido como Administración Postal Nacional.

Los demandantes así lo dan a entender cuando afirman que la entidad pública con sus hechos (la utilización sin autorización previa de un boceto, diseño y arte de su propiedad para la emisión de una estampilla) no sólo violó la Ley 23 de 1982 (sobre derechos de autor) en su artículo 30, sino que les produjo serios perjuicios de carácter moral que merecen un adecuado resarcimiento.

Reafirma la calificación hecha el capítulo de la demanda "Acción incoada y oportunidad de la demanda", en el que se lee:

"Manifiesto que hago uso de la acción indemnizatoria consagrada en el artículo 86 del actual Código Contencioso Administrativo dentro del término consagrado en el artículo 136 del Decreto 01 de 1984" (a fl. 4).

b) La competencia.

Pese a que el artículo 242 de la Ley 23 de 1982 reza: Las cuestiones que se susciten con motivo de esta ley, ya sea por aplicación de sus disposiciones, ya sea como consecuencia de los actos y hechos

jurídicos y vinculados con los derechos de autor, serán resueltas por la justicia ordinaria, estima la Sala que la competencia para la definición de la controversia de reparación directa planteada radica en esta jurisdicción administrativa por disponerlo así el Código Administrativo en los numerales 10 de los artículos 131 y 132, en armonía con el artículo 86 del mismo estatuto. En aquellos porque le adscribe el conocimiento de las acciones de reparación directa y cumplimiento que se promuevan contra la nación, las entidades territoriales o las entidades descentralizadas, en única o primera instancia, según la cuantía, a los tribunales administrativos. Y en el 86 porque en este se describe, más que se define, cuándo procede esa acción de reparación directa.

En otros términos, las acciones indemnizatorias por violación de los derechos de autor son, por regla general, del conocimiento de la justicia ordinaria. Pero cuando esa lesión es causada por hechos u omisiones de la administración, su conocimiento estará a cargo de la jurisdicción administrativa con sujeción a las reglas que gobiernan su competencia.

Comparte la Sala la apreciación hecha por el *a quo* al resolver la excepción de incompetencia propuesta por la entidad demandada, y que a la letra dice:

> "Esta excepción no prospera por cuanto, de una parte, al proponerla confunde la falta de jurisdicción y competencia que tienen diferencias fundamentales y, de otra, resulta indiscutible que la jurisdicción contencioso administrativa sí puede conocer de esta clase de procesos, dada que se ha promovido contra una entidad de derecho público en ejercicio de la acción indemnizatoria o de reparación directa y cumplimiento establecida en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo y para las cuales tienen competencia los Tribunales Administrativos de conformidad con los artículos 131 y 132 del Código Contencioso Administrativo. La justicia ordinaria conoce de los delitos relacionados con los derechos protegidos por la citada Ley 23 de 1982 y de los de naturaleza civil y comercial que no correspondan a la jurisdicción contencioso administrativa.
>
> "En este proceso se pretende la declaratoria de la responsabilidad de la Administración Postal Nacional por violación del artículo 30 de la Ley 23 de 1982 sobre protección de los derechos morales del autor con motivo del trabajo efectuado por los demandantes en relación con el boceto, diseño y arte de una estampilla puesta en circulación para la conmemoración de los doscientos años de fundación del Colegio Compañía María de La Enseñanza".

c) Los hechos perjudiciales y el daño.

De acuerdo con el análisis probatorio hecho por el Tribunal y que esta Sala comparte, se comprobaron los siguientes hechos:

1º Que los demandantes no participaron en la licitación abierta por ADPOSTAL número 010-83, la cual fue adjudicada a Thomas de la Rue de Colombia, con la cual se celebró el contrato número 2463 de 5 de mayo de ese mismo año, para la celebración y suministro de 500.000 estampillas pro homenaje a los 200 años del colegio "Compañía de María La Enseñanza".

2º Que los demandantes sí elaboraron el diseño o modelo que se utilizó en la emisión de dicha estampilla.

3º Que ese trabajo se cumplió en ejecución del contrato que el centro educativo celebró con los demandantes.

4º Que éstos cumplieron su cometido y presentaron el diseño a la Administración Postal.

5º Que esta entidad utilizó ese modelo para la emisión de las 500.000 estampillas sin contar para nada con sus autores, introduciéndole modificaciones y sin incluir en el recuadro el nombre de éstos.

6º Que el trabajo de diseño elaborado por los actores es de naturaleza artística y por ende, era acreedor a la protección legal.

La conducta que se deja reseñada comprometió la responsabilidad de la entidad y violó el derecho de los actores contemplado en el artículo 30 de la Ley 23 de 1982, norma que en lo pertinente dispone:

> "El autor tendrá sobre su obra un derecho perpetuo, inalienable, e irrenunciable para:
>
> "A) Reivindicar en todo tiempo la paternidad de su obra y, en especial, para que se indique su nombre o seudónimo cuando se realice cualquiera de los actos mencionados en el artículo 12 de esta ley;
>
> "B) A oponerse a toda deformación, mutilación u otra modificación de la obra, cuando tales actos puedan causar o causen perjuicio a su honor o a su reputación, o la obra se demerite, y a pedir reparación por éstos;
>
> "C) A conservar su obra inédita o anónima hasta su fallecimiento, o después de él cuando así lo ordenase por disposición testamentaria;

"D) A modificarla, antes o después de su publicación;

"E) A retirarla de la circulación o suspender cualquier forma de utilización aunque ella hubiese sido previamente autorizada".

La norma que se deja transcrita armoniza, para el caso, con el artículo 20 de la misma ley y clarifica la relación parte actora ADPOSTAL, aunque esta entidad no haya contratado el diseño con aquélla porque, como se dijo, la relación contractual se dio entre los autores y el colegio "Compañía de María La Enseñanza".

También desconoció la conducta de la administración el artículo 12 de la misma ley, porque sólo los autores podían autorizar la reproducción de la obra.

Comparte también la Sala la siguiente apreciación hecha por el *a quo:*

"De manera que de las anteriores normas surge la petición de los demandantes en sus derechos de autores del diseño de la estampilla. Esto significa que bien es cierto los demandantes al celebrar, un contrato de prestación de servicios con el colegio Compañía de María de La Enseñanza para la elaboración del diseño de la estampilla conmemorativa, en principio, sólo tenían el derecho a percibir los honorarios pactados, ello no descarta la posibilidad que tienen de gozar de las prerrogativas consagradas en los literales a y b de la Ley 23 de 1982 consistentes en reivindicar en todo tiempo la paternidad de su obra y en especial para que se indique su nombre o seudónimo cuando se realice cualquiera de los actos mencionados en el artículo 12 de esa ley, y también en oponerse a toda deformación, mutilación u otra modificación de la obra en el caso que con esos actos se puedan causar perjuicios a su honor o a su reputación o la obra se demerite. Es cierta la afirmación de la apoderada de la entidad demandada en cuanto a que los demandantes no podrían reproducir, imprimir ni vender la estampilla, por cuanto, como ya se anotó, en ese aspecto el único derecho es el de cobrar los honorarios pactados en virtud de la celebración del contrato de prestación de servicios para la elaboración del diseño, lo cual no quiere decir que no tengan los derechos señalados en los literales A y B del artículo 30 de la Ley 23 de 1982 en armonía con el 12 *ibídem*. Pero no es aceptable el planteamiento de la misma apoderada en el sentido de que como en el pliego de cargos de la licitación para la impresión de las estampillas figura una cláusula según la cual la Administración Postal Nacional se reserva el derecho de modificar el diseño y colorido y si se admitiera que los demandantes celebraron el contrato con la demandada carecería

de fundamento el alegato sobre la modificación o alteración del diseño en razón a que esto constituye un derecho de la Administración Postal Nacional. No lo es por la razón de que esa posibilidad de modificación para la Administración Postal Nacional se da en relación con la elaboración de las estampillas, pues a eso se refiere la licitación, más no en cuanto a la elaboración del diseño de la estampilla que es un aspecto bien distinto".

Frente al acervo probatorio, como lo acepta también el Tribunal, tampoco existe duda alguna en torno al hecho de que la demandada reprodujo la obra de los actores, aunque no se estableció que se le hubieran introducido modificaciones al diseño inicial.

De tal manera que el perjuicio para los demandantes se desprende no sólo de la reproducción no autorizada sino también de la omisión de los nombres de los autores en el cuerpo de las estampillas emitidas. A este respecto baste ver el ejemplar que obra a folio 51.

La conducta administrativa indicada desconoce el mandato de la citada Ley 23 de 1982 y conforma una clara falla del servicio. La administración no tiene frente a los derechos de los autores ningún privilegio exorbitante y se encuentra frente a ellos en situación similar a la de los particulares. No obstante puede afirmarse que es la propia administración la que tiene que dar ejemplo en este campo, porque no puede olvidarse que las autoridades están instituidas primordialmente para salvaguardar la vida, honra y bienes de los asociados (art. 16 de la Constitución). Norma esta que constituye uno de los pilares constitucionales de la responsabilidad estatal por hechos u omisiones. Así mismo la Sala acepta la apreciación del *a quo* en el sentido de que fuera de esa falla del servicio también se demostró el perjuicio y la relación de causalidad entre éste y el hecho causal o falla.

Se separa la Sala de la apreciación de la parte demandada, la que afirma que "es gratuita y arbitraria la afirmación del fallo acerca de que se ha demandado la indemniazción por perjuicios morales".

Para responder a esta glosa y confirmar lo aseverado por el Tribunal, basta transcribir los siguientes apartes que figuran en la demanda, así:

"Estimación de los perjuicios:

"Teniendo en cuenta los fundamentos de derecho, así como los hechos mismos, consideramos que la indemnización para el presente caso debe ser por lo menos igual al valor nominal de la tirada de estampillas, que se efectuó, violentando la ley y el derecho expreso que por ella tenían, tienen y tendrán sobre la obra mis poderdantes. Lo anterior ya que es

casi imposible recoger la tirada para subsanar el error cometido por la ADPOSTAL, demandada, especialmente por parte de su representante legal Douglas Mora, para el momento del daño, y actualmente quien haga sus veces. Es por lo anterior que estimamos la cuantía de los perjuicios morales en cinco mil gramos oro, para cada uno de mis clientes, o la subsidiaria de cuatro millones quinientos mil pesos moneda corriente, más el incremento del índice de precios al consumidor, y la consiguiente corrección monetaria, para cada uno de ellos, ya que ambos vieron perjudicado su derecho en la misma forma, y podía ser excluyente si uno de los dos no aprecia; o mejor si uno sólo hubiese ganado el derecho a efectuar el boceto, diseño y arte de la mencionada estampilla.

"... ... ...

"Cuantía y competencia:

"Teniendo en cuenta el valor de la emisión de estampillas, de las mencionadas antes, estimo la cuantía de esta acción en la suma de cuatro millones quinientos mil pesos moneda corriente ($ 4.500.000.00) ya que no tenemos como base perjuicios materiales, además de ser esta la pretensión nuestra, sin tener en cuenta la indexación monetaria ni el incremento del índice de precios al consumidor. Por lo anterior es competente el honorable Tribunal Administrativo según lo expresado en el artículo 132 numeral décimo del Decreto 01 de 1984, además de tener en cuenta la parte demandada".

La Sala no comparte la condena hecha por el Tribunal, ya que la considera baja. Doscientos gramos oro, en su equivalencia en pesos, no alcanza a ser un adecuado resarcimiento para el daño sufrido. Este puede considerarse restablecido con una condena equivalente a los 400 gramos oro para cada uno. No puede olvidarse que la omisión del nombre del autor en una emisión postal le resta oportunidades futuras a éste, no sólo desde el punto de vista comercial sino de prestigio.

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

Falla:

Confírmase la sentencia de octubre 28 de 1987 dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca con la sola modificación de que la condena no será la equivalente en pesos a doscientos gramos oro (200) sino de cuatrocientos (400) para cada uno de los de-

mandantes. La certificación de equivalencia la dará el Banco de la República a la ejecutoria del fallo. Se entiende esta condena en concreto.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 27 de enero de 1989.

Carlos Ramírez Arcila, presidente Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Antonio J. de Irisarri Restrepo,* ausente; *Julio César Uribe Acosta.*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO. FALLA DEL SERVICIO POR OMISION.

Uno es el caso en que las autoridades sólo pueden actuar a petición de parte, previo el lleno de ciertas formalidades legales, y otro muy distinto aquel en que la administración está obligada a actuar motu proprio, *para evitar o prevenir hechos que atentan o prevenir hechos que atentan o ponen en peligro la vida, honra y bienes de los asociados.*

(Reiteración jurisprudencial del contenido del fallo de octubre 5 de 1988, expediente S-042).

PERJUICIOS MORALES. PRESUNCION DE NOMBRE.

En nuestro medio, tanto la Corte Suprema de Justicia como el Consejo de Estado, vienen aceptando de tiempo atrás la presunción de los perjuicios morales subjetivos en los parientes próximos de la víctima, limitando el ámbito de su aplicación a los padres e hijos y cónyuges entre sí, presunción que se apoya o fundamenta en el sentido común y la experiencia, por ello denominada "presunción de hombre".

Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Bogotá, D. E., siete de febrero de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*
Proyectó: *Doctor Antonio José Lizarazo,* magistrado auxiliar.

Referencia: Expediente número S-067.

Actor: Juan Evangelista Mesa Hernández y otros. Recurso de súplica.

Se deciden los recursos extraordinarios de súplica que, contra la sentencia de julio 21 de 1988 dictada por la Sección Tercera de esta Corporación, dentro del proceso de reparación directa adelantado por Juan Evangelista Mesa Hernández y otros contra la Nación —Ministerio de Defensa Nacional— y el Municipio de Sincelejo, fueron interpuestos oportunamente:

1. Por el "mandatario judicial de la Nación —Policía Nacional—", en cuanto la sentencia recurrida declaró a las entidades demandadas

"solidaria y administrativamente, responsables por *omisión*..., de los perjuicios morales y materiales ocasionados a los demandantes con motivo de la catástrofe de 20 de enero de 1980, ocurrida en la plaza 'Hermógenes Cumplido' de la ciudad de Sincelejo...", a fin de que se revoque parcialmente y en su lugar se profiera sentencia de instancia "en la cual se absolverá a la Nación de los cargos formulados contra ella".

2. Por los demandantes "Carlos Adolfo Hernández Arroyo y Francisco Manuel Berbel Díaz, y de Niled del Rosario, Rosa Aided y Emilse Mesa Romero; José del Cristo, Mary Isabel, Ariel Francisco y Yanet del Carmen Berbel Cisneros, y Lilia Sofía, José David y Oscar Mangones Cordero", en cuanto por ella se les negaron las indemnizaciones reclamadas en la demanda, a fin de que "se reponga la sentencia... y, con acatamiento de los precedentes sobre los aspectos en debate condene solidariamente a la Nación y al municipio de Sincelejo a dejarlos totalmente indemnes".

Como se trata de recursos relacionados con dos aspectos diferentes de la sentencia, se examinarán por separado los cargos formulados contra ella por cada uno de los recurrentes, así:

"1. En cuanto la providencia recurrida condenó solidariamente a la Nación por omisión.

El apoderado del señor director general de la Policía Nacional considera que la sentencia suplicada contraría tres tesis jurisprudenciales de la Sala Plena, a saber:

a) Que la obligación que tienen las autoridades de la República de proteger a todas las personas residentes en Colombia en sus vidas, honra y bienes, conforme al artículo 16 de la Constitución Nacional, es de medio y no de resultado;

b) Que para que proceda la declaratoria de responsabilidad por falla del servicio por omisión es indispensable que la actividad omitida se encuentre en la esfera de las funciones propias del ente estatal que se pretende responsabilizar, y,

c) Que dicho ente haya sido requerido expresamente, mediante querella o solicitud del interesado, si así lo exige la ley, o que por otros medios, en caso contrario, haya tenido conocimiento o información seria, fidedigna, incontrovertible sobre el riesgo.

En el mismo escrito el suplicante indicó los proveídos de Sala Plena en los que, según su parecer, consta la anterior jurisprudencia: sentencias de julio 16 de 1980, expediente 10.134, ponente, doctor Jorge Dangond Flórez, y de junio 12 de 1984, expediente 11.014, ponente, doctor Bernardo Ortiz Amaya, actora Ligia Calderón de Córdoba.

La pretendida contradicción entre los argumentos de la providencia recurrida para condenar a la Nación, y los precedentes jurisprudenciales contenidos en los fallos precitados, ya fue estudiada por esta Corporación mediante sentencia de octubre 5 de 1988, con ponencia de quien es autor de la presente, al decidir el recurso de súplica interpuesto igualmente por el director general de la Policía Nacional, mediante apoderado, contra la sentencia proferida dentro del proceso del que fue actor Samuel Gil Lidueña y otros, contra las mismas entidades demandadas en este proceso (expediente S-042). Por consiguiente la Sala se remite a lo que en aquella providencia se dijo para llegar a la conclusión de que el recurso no estaba llamado a prosperar como no lo está el que ahora se resuelve:

"2. En cuanto al objeto del recurso y con el fin de facilitar su estudio y decisión, se transcriben a continuación los apartes pertinentes de los precedentes jurisprudenciales que se dicen contrariados, para luego confrontarlos con la providencia suplicada.

"En la sentencia de Sala Plena de julio 16 de 1980, expediente 10134, de la cual fue ponente el doctor Jorge Dangond Flórez, se expuso el siguiente criterio:

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

"Posteriormente, al desatar el recurso de súplica interpuesto contra la providencia de 16 de febrero de 1983, proferida por la Sección Tercera de esta Corporación dentro del proceso de reparación directa adelantado por la señora Ligia Calderón de Córdoba y otros contra la Nación, expediente 11.014, además de reiterar la anterior concepción jurisprudencial, dijo la Sala Plena, mediante sentencia de junio 12 de 1984, con la ponencia del doctor Bernardo Ortiz Amaya:

" '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' ".

"Por su parte, la sentencia suplicada condenó a la Nación con base en los siguientes argumentos:

" 'El artículo 16 de la Constitución establece la condición *sine qua non* de existencia de las autoridades de la República: La protección de la vida, honra y bienes de los residentes en Colombia. 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 involucraban 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' ".

"... ... ...".

" 'La función de prevención de la policía obliga a pensar que los funcionarios que menciona el artículo 29 del Decreto 1335 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 trata 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»*' ".

"... ... ...".

" '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'.

"... ... ...".

" '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.* Fundamento (sic) en este principio la fuerza pública combate la subversión tan pronto se presenta y sin esperar orden del poder civil. En el caso *sub judice* si a la administración se le imposibilita prohibir esas bárbaras festividades tan arraigadas en el alma popular, por lo menos debió utilizar todo el esfuerzo para controlarlas y vigilarlas' " (subraya la Sala).

"3. Observa la Sala que no existe una verdadera contradicción entre la providencia recurrida y la tesis jurisprudencial según la cual para que proceda la declaratoria de responsabilidad por omisión es indispensable el requerimiento o la querella del particular ante el órgano administrativo con capacidad funcional para actuar, porque tales decisiones jurisprudenciales se refieren a asuntos diferentes, regulados igualmente por normas distintas. Uno es el caso en que las autoridades sólo pueden actuar a petición de parte, previo el lleno de ciertas formalidades legales, y otro muy distinto, aquel en que la administración está obligada a actuar *motu proprio*, para evitar o prevenir hechos que atentan o ponen en peligro la vida, honra y bienes de los asociados, como así se dejó dicho en la providencia de junio 12 de 1984:

"'...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'.

"Por lo que a la interpretación del artículo 16 de la Carta se refiere, conviene señalar que en el proceso de reparación directa del que fue actora la señora Ligia Calderón de Córdoba, al desatar el recurso extraordinario de anulación interpuesto por ella contra la sentencia de febrero 17 de 1983, cuyo enfoque jurídico fue sostenido por la sentencia de Sala Plena de junio 12 de 1984, que se cita como contrariada por el fallo suplicado, la Corporación precisó su posición jurisprudencial en los siguientes términos:

"'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 esta 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 deben 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 salvaguardia de la vida, honra y bienes de los asociados, bienes estos tangibles e intangibles que trascienden los lindes del simple interés particular.

"... ... ...".

"La protección que a la vida, honra y bienes de los ciudadanos deben las autoridades, según el artículo 16 de la Constitución —principio que viene consagrado desde 1886— no puede concebirse jamás como estática, es decir, que no puede aceptarse que los organismos policivos sean sujetos pasivos

entregados a la espera impasible de la petición de protección por parte del miembro de la comunidad que la necesita, sino que por el contrario deben observar una actitud de permanente alerta determinada por las circunstancias de cada momento que viva la colectividad y tomar la acción que corresponda *motu proprio* —cuando la situación azarosa de perturbación en un caso dado la hagan aconsejable respecto de una o determinadas personas— en razón de la influencia que tales circunstancias obren sobre ellas por la posición que ocupan en la vida social (sentencia de Sala Plena de 12 de julio de 1988. Consejero ponente: Doctor Simón Rodríguez Rodríguez, actora: Ligia Calderón de Córdoba).

"De donde se sigue que tampoco por este aspecto la providencia recurrida es contraria a la jurisprudencia actual del Consejo de Estado sobre esta materia. Y no se diga que al momento de interponer el recurso extraordinario de súplica se daba la contradicción alegada, porque esta última no constituye una interpretación nueva del artículo 16 de la Constitución, sino que, por el contrario, ella sintetiza y armoniza los precedentes jurisprudenciales de la Sección Tercera de la Corporación en relación con esta norma básica de nuestra organización jurídica sobre la cual se ha estructurado la teoría de la responsabilidad estatal. Baste señalar que desde 1967 ya se había sostenido la siguiente interpretación, citada como antecedente en la sentencia de Sala Plena de julio 12 de 1988:

" '...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 esta 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 aquel no intenta siquiera contrarrestarlo. No puede quebrantarse sin consecuencias el artículo 16 de la Constitución' (sentencia de 17 de noviembre de 1967. Actores: Alfonso Salazar y otros. Consejero ponente: Doctor Gabriel Rojas Arbeláez).

"De lo anterior resulta claro que no hay contradicción jurisprudencial entre la sentencia suplicada y las providencias indicadas por el recurrente, y como en el trámite de este

recurso extraordinario no cabe el estudio de las pruebas que sirvieron de fundamento al fallador por cuanto la Sala Plena debe limitarse a verificar si hubo o no la pretendida contradicción doctrinal y si debe mantenerse o rectificarse el precedente jurisprudencial, y como, por otra parte, no hay razón alguna para variar la tesis sostenida en el fallo recurrido, se concluye que el recurso interpuesto por el director general de la Policía Nacional, mediante apoderado judicial, contra la sentencia de seis (6) de mayo de 1988, no está llamado a prosperar".

2. En cuanto se les negaron las indemnizaciones demandadas por los recurrentes.

Por su parte, los demandantes atrás mencionados interpusieron el recurso de súplica por cuanto se les negaron las indemnizaciones pedidas en el libelo introductorio, impugnación que el apoderado de los recurrentes plantea en los siguientes términos:

"a) *Primer cargo.* Al negarle la indemnización a los señores Carlos Adolfo Hernández Arroyo y Francisco Manuel Berbel Díaz, padres extramatrimoniales de Mario Primitivo Hernández Alvarez y de Carlos Julio Berbel Cisneros 'porque el sentenciador ignora la forma como se hizo el reconocimiento, el momento en que ocurrió y finalmente si se dio cumplimiento a lo preceptuado en los artículos 240 y siguientes del Código Civil', y artículos 57 de la Ley 153 de 1887 y 4º de la Ley 75 de 1968..."

Se indican como contrariados por la sentencia impugnada los precedentes jurisprudenciales contenidos en las providencias que el recurrente relaciona así:

"a) Providencia de 3 de febrero de 1983, expediente número 3561, magistrado ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo;

"b) La sentencia dictada el 25 de abril de 1988 en el proceso de Jaime Arturo Bertel y otros, también damnificados de la tragedia de la 'Corraleja' (expediente núm. 3882);

"c) Manuel Catalino Carabalí. Expediente número 2945. Sentencia de 11 de febrero de 1982. Magistrado ponente: Doctor Jorge Dangond Flórez;

"d) Tránsito Jiménez. Sentencia de 23 de abril de 1984. Magistrado ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo (expediente núm. 3298);

"e) Ricardo Valero Labrador. Expediente número 2079. Sentencia el 9 de febrero de 1982. Magistrado ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo (se trata del expediente núm. 2799);

"f) Margarita Portocarrero Guerrero. Expediente número 3074. Sentencia de 28 de julio de 1983. Magistrado ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo... y,

"g) Jorge William Salazar. Expediente número 3110. Sentencia de 19 de noviembre de 1981. Magistrado ponente: Doctor Jorge Valencia Arango" (se trata del expediente núm. 3130).

"b) *Segundo cargo.* Al negarle la indemnización de los daños morales a los demandantes Miled del Rosario, Rosa Aided y Emilse Mesa Romero; José del Cristo, Mary Isabel, Ariel Francisco y Yanet del Carmen Berbel Cisneros y Lilia Sofía, José David y Oscar Mangonez Cordero, porque no probaron el afecto que los unía a sus hermanos *'muertos en todos los momentos de la vida, suministrando amplia y detallada prueba de la comunidad espiritual entre los hermanos'*, la sentencia en proyecto desconoció los precedentes sentados entre otros procesos, en los numerados 2086, 2680, 2893 y otros varios acumulados a él, sentencia de 8 de agosto de 1985, proferida en el caso *Quebradablanca,* y 10.768, Clara Inés Camargo de Linares, sentencia de 14 de marzo de 1984, y 10.976, Ana Vanegas de Cabrera, sentencia de 27 de abril de 1984, ambas de la Sala Plena".

"En todos los fallos mencionados se reconoció la indemnización a los hermanos demandantes de daño moral con la sola prueba del parentesco aunque en el último se exige la prueba de otras circunstancias para graduar la indemnización pero no para reconocerla.

"En el fallo de Clara Inés Camargo de Linares se dijo:

" '...Sí se produjeron, como es obvio, perjuicios morales, consistentes en la pena que el hecho luctuoso causó, que no es puede (sic) menos que admitir como verdad incontestable, mientras no se demuestre lo contrario, *teniendo en cuenta los vínculos familiares* y, por tanto, afectivos con el occiso'.

"Y en el de Ana Vanegas de Cabrera está escrito:

" 'Para los hermanos... deberán acreditarse las condiciones en convivencia, familiaridad y mutua ayuda o colaboración *para poder evaluar esos perjuicios morales* (subrayo)...', a los que condenó en abstracto sobre la base del solo parentesco.

"Y si se compara la sentencia en proyecto que exige para otorgarle indemnización del daño moral a los hermanos que se pruebe el afecto que los unía al hermano fallecido *'en todos los momentos de la vida, suministrando amplia y detallada prueba de la comunidad expiritual* (sic)', se tiene que el proyecto de sentencia en mención se opone contradictoriamente a los precedentes que condenaron a las personas públicas demandadas a pagárselos con la sola prueba de la calidad de hermanos".

El primer cargo no se examinará por improcedente ya que todas las providencias que se indicaron como contrariadas por la sentencia suplicada, son de la Sección Tercera de la Corporación, y como lo tiene dicho el Consejo de Estado desde la sentencia de 25 de marzo de 1981, de la cual fue ponente el doctor Carmelo Martínez Conn (expediente núm. 10.392), la jurisprudencia para efectos del recurso de súplica "no es otra que la interpretación adoptada por la antigua Sala de Negocios Generales o la acogida por la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado sobre un determinado aspecto jurídico", posición doctrinal que fue reiterada recientemente, mediante fallo de 31 de agosto de 1988 con ponencia del consejero doctor Carlos Betancur Jaramillo (expediente S-032).

En consecuencia, no prospera el recurso en relación con el primer cargo.

Por las razones que se acaban de exponer, al examinar el segundo cargo sólo se tendrán en cuenta las dos providencias de Sala Plena que los recurrentes citaron y en las cuales se dejaron sentados los siguientes precedentes jurisprudenciales:

En la sentencia de marzo 14 de 1984:

"Pero sí se produjeron, como es obvio, perjuicios morales, consistentes en la pena que el hecho luctuoso les causó, *que no se puede menos que admitir como verdad incontestable, mientras no se demuestre lo contrario, teniendo en cuenta sus vínculos familiares y, por tanto, afectivos con el occiso"* (subraya fuera del texto).

En la sentencia de abril 27 del mismo año:

"Para los hermanos deberán acreditarse las condiciones de convivencia, familiaridad y mutua ayuda o colaboración para poder evaluar esos perjuicios morales, los que no podrán exceder de 250 gramos para cada uno. *Se atemía así la tesis reiterada de que esos perjuicios se deben única y exclusivamente por causa del parentesco.* Se busca, en la nueva forma, no encontrar una regla matemática para cuantiar esos perjuicios, sino unos presupuestos aproximados para la utilización del arbitrio judicial" (subrayas fuera del texto).

En esta misma providencia, al proferir la condena correspondiente, se precisó:

> "...hasta un máximo de 250 gramos oro para cada uno de los hermanos... si se acreditan en el mismo incidente del numeral anterior las condiciones exigidas en la motivación".

Para una mejor ilustración, se transcriben a continuación los apartes pertinentes de la sentencia suplicada, en la que se establece que para que proceda el reconocimiento de perjuicios morales en favor de los hermanos de la víctima, es preciso demostrar plenamente que entre ellos existió afecto en distintos momentos de la vida. En ella se lee:

> "...No se hace ningún reconocimiento por perjuicios morales subjetivos en favor de las hermanas Miled del Rosario; Rosa Aided y Emilse Mesa Romero, *porque dentro del proceso no hay prueba plena del afecto que haya existido entre hermanos. El afecto debe darse a lo largo de la vida, no puede ser conducta fugaz.* No es de recibo la simple afirmación de que los parientes se vieron tristes durante las exequias, pues este es un momento doloroso, que conmueve inclusive a los que no están vinculados por la sangre" (fl. 99).

En relación con los hermanos José del Cristo, Mary Isabel, Ariel Francisco, Yanet del Carmen Berbel Cisneros, la sección dijo:

> "No se reconocen perjuicios morales a los hermanos demandantes, *porque no hay ni una sola prueba dentro del proceso que sea demostrativa del afecto que hubiera existido entre ellos y el finado.* Con un solo testimonio que no es muy ilustrativo sobre este aspecto, le es imposible a la Sala dar por probado ese afecto *que, como se ha reiterado jurisprudencialmente, no se presume sino entre cónyuges y entre éstos y sus hijos*" (fl. 112).

Y, por lo que hace a los hermanos Mangonez se dijo:

> "No se hace reconocimiento por perjuicios morales subjetivos en favor de Lilia Sofía Mangonez Cordero, entre otras cosas, porque nada se dijo respecto de ella, en el auto admisorio de la demanda".
>
> "No se hace ningún reconocimiento por perjuicios morales subjetivos en favor de los hermanos José David y Oscar Mangonez Cordero, porque *dentro del proceso no hay prueba plena del afecto que haya existido entre éstos y el finado.* El trato afectuoso debe darse a lo largo de la vida, no es cuestión de momento. No es de recibo la simple afirmación de que los parientes se vieron tristes, afligidos durante las exequias, pues este es un momento doloroso, que conmueve

inclusive a los que no están vinculados por los vínculos de sangre. *Es necesario que el afecto sea probado en distintos momentos de la vida suministrando amplia y detallada prueba de la comunión espiritual entre hermanos*" (subraya de la Sala).

Ciertamente, de la simple comparación de las tesis jurisprudenciales transcritas aparece que en la sentencia suplicada se exige una prueba adicional, la del afecto y comunión espiritual existente entre los hermanos en distintos momentos de la vida, que no se venía exigiendo para el reconocimiento de la indemnización por el daño moral subjetivo a favor de los hermanos de la víctima. Pero tampoco podría afirmarse con base en tales precedentes que la jurisprudencia actual de la Corporación sea la de presumir el perjuicio moral subjetivo por el solo hecho del parentesco, porque la jurisprudencia a este respecto no ha sido uniforme, y, así como en ocasiones ha condenado a su resarcimiento sin más pruebas que la del vínculo familiar (sentencia marzo 14 de 1984), en otras oportunidades ha exigido pruebas adicionales (sentencia de abril 27 de 1984), o ha reducido el ámbito de la presunción a los padres y a los hijos.

Conviene, en consecuencia, precisar la jurisprudencia de la Corporación sobre este punto, por cierto, muy debatido en la doctrina nacional y extranjera.

No existe duda para la Sala acerca de la resarcibilidad de los llamados perjuicios extrapatrimoniales, entre ellos el daño moral subjetivo consistente en la afección de los sentimientos íntimos de la persona. Por consiguiente, todo aquel que acredite haber sufrido un perjuicio extrapatrimonial tiene derecho a la correspondiente indemnización.

El problema radica en la prueba del daño y en su evaluación monetaria, por cuanto se refiere a bienes de la personalidad que no poseen valor económico determinable. La doctrina moderna reconoce que dada la naturaleza misma del daño, este no puede demostrarse mediante pruebas directas, pero exige que quien pretenda su satisfacción debe probarlo mediante indicios o por otros medios que lleven al fallador la convicción de su existencia e intensidad. En nuestro medio, tanto la Corte Suprema de Justicia como esta Corporación, vienen aceptando de tiempo atrás la presunción de los perjuicios morales subjetivos en los parientes próximos de la víctima, limitando el ámbito de su aplicación a los padres e hijos y cónyuges entre sí, presunción que se apoya o fundamenta en el sentido común y la experiencia, por ello denominada "presunción de hombre", la que obviamente, puede ser desvirtuada por la parte demandada.

El sentenciador apreciará en cada caso las pruebas aportadas al proceso en conjunto, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, conforme lo ordena el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, y,

por lo mismo, no es permitido a la jurisprudencia establecer requisitos, formas especiales o reglas para su valoración en razón del tiempo, la edad, el parentesco, la posición social o la condición económica de los demandantes o de la víctima directa. Las relaciones afectivas de las personas no obedecen a reglas formales que puedan fijarse de antemano y, si bien la experiencia permite presumir la existencia del daño moral entre parientes próximos, no ocurre lo mismo con su intensidad, aspecto que siempre deberá probarse dentro del proceso.

Con las precisiones que se acaban de hacer y aunque la sentencia suplicada exige, sin fundamento legal alguno, que "el afecto y comunión espiritual existente entre hermanos" se pruebe que se ha dado en "*distintos momentos de la vida*", resulta claro que ella no es violatoria de la jurisprudencia actual de la Corporación en cuanto a la exigencia de la prueba del daño moral subjetivo en tratándose de hermanos de la víctima.

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

Falla:

No prosperan los recursos de súplica interpuestos por los apoderados de la Policía Nacional y de los demandantes, contra la sentencia de julio 21 de 1988, dictada por la sección tercera de esta Corporación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 7 de febrero de 1989.

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

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO. Inexistencia.

En el caso de corralejas, la Nación nada tuvo que ver por tratarse de fiestas locales; no hay ninguna lógica en responsabilizar a la Nación por la mala construcción de unos palcos en la que no obró ningún funcionario nacional.

(El texto del salvamento corresponde al que se expidiera con ocasión del expediente S-041).

Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Bogotá, D. E., trece de febrero de mil novecientos ochenta y nueve.

Referencia: Expediente número S-067. Recurso de súplica.

Actor: Juan Evangelista Mesa Hernández y otros.

El salvamento de voto en este caso es similar al del expediente número S-041, que se transcribe a continuación:

"A las muy juiciosas razones expuestas lúcidamente en breves síntesis que acojo, por la doctora Clara Inés Forero de Castro, sólo puedo agregar las siguientes:

"En la sentencia suplicada, la Sección Tercera de la Corporación, en relación con las causas inmediatas del derrumbamiento de los palcos de la fiesta de corraleja de Sincelejo, que originaron la demanda, dice lo siguiente:

"No le queda duda entonces a esta Sala que las causas inmediatas del derrumbamiento de los palcos fueron:

"1º La mala calidad y adecuación de los terrenos donde se construyeron los palcos;

"2º La mala calidad de los materiales y la falta de técnica conque se construyó todo el circo portátil;

"3º El sobrecupo que se presentó en los palcos el día de la tragedia".

Y agrega: "Esta deducción, además del informe de la Comisión Oficial, tiene un profundo sustento probatorio en nu-

merosas piezas que obran en el expediente y de las cuales a continuación se cita (sic) algunas".

"Siendo como está demostrado que los palcos para las fiestas de corraleja de Sincelejo, fueron construidos bajo la dirección de una junta municipal designada por el alcalde de la ciudad, en la cual como es obvio, la Nación nada tuvo que ver por tratarse de fiestas locales, no hay ninguna lógica en responsabilizar a la Nación por la mala construcción de unos palcos en la que no obró ningún funcionario nacional. El suscrito cree y eso debe estar debidamente demostrado en el proceso, en la responsabilidad que le cabe al municipio de Sincelejo, pero no entiende de ninguna manera, por qué se responsabilizó a la Nación, cuando la Sala encontró que la responsabilidad era sólo de quienes construyeron el palco y permitieron el sobrecupo en los mismos".

"Por lo demás, no cabe duda de que el recurso de súplica sí procedía, por cuanto se cambió la doctrina de la Sala Plena, especialmente si nos atenemos a las circunstancias en las cuales se produjeron las decisiones, como es el caso de la demanda promovida por la señora Ligia Calderón de Córdoba, decisión en la cual interviene en favor de la ponencia, especialmente por las siguientes circunstancias:

"El doctor Córdoba era magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Valedupar, e intervino en el procesamiento y condena de algunas personas vinculadas al narcotráfico, circunstancia que determinó en su contra una serie de amenazas a su vida que era de público conocimiento de la ciudadanía y que además, el doctor Córdoba en razón de su actuación como funcionario público, había sido objeto de un atentado dinamitero en la que fue volada parte de su residencia salvándose milagrosamente. Dadas tales circunstancias, el doctor Córdoba tuvo inicialmente protección policiva de la cual carecía en el momento del atentado que le costó su vida. Por esas razones el Consejo decidió en esa oportunidad, que la policía omitió el deber de darle protección a un funcionario público cuya vida estaba amenazada en razón de su actividad judicial y había sido objeto de atentados anteriormente. Es decir: el Consejo ha tenido siempre en cuenta en las condenas por omisión de un deber legal por parte de funcionarios públicos, las circunstancias propias del hecho, las que no fueron tenidas en cuenta en el caso en comento, a pesar de que en la misma sentencia se acepta cuáles fueron las causas inmediatas del accidente, ajenas al ámbito de la acción de la Nación".

"Con la nueva doctrina, que modifica la anterior de la Corporación, y que hace ilimitada la responsabilidad civil de la Nación, se ha abierto una tronera al presupuesto nacional de imprevisibles consecuencias. Creo que el recurso de súplica debió resolverse favorablemente y por ello me aparto de la decisión mayoritaria".

Atentamente,

Carmelo Martínez Conn.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO. FALLA DEL SERVICIO POR OMISION.

Para que pueda surgir responsabilidad administrativa por falla del servicio por omisión, es requisito indispensable, además de comprobar la culpa de la administración, demostrar que hubo la omisión de una actividad administrativa por parte de aquella entidad a la cual se le hubiere atribuido la función no ejercida y que esa omisión de la autoridad competente, generó de una manera directa e inmediata el perjuicio. Si hubo desconocimiento de la jurisprudencia sostenida por el Consejo de Estado en cuanto ignora el criterio según el cual para que una entidad sea declarada responsable por omisión, se requiere que dicha omisión se refiera a las funciones que le son propias y el no ejercerlas sea la causa directa del daño a indemnizar.

Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.—

Referencia: Radicación S-067.

Actor: Juan Evangelista Mesa Hernández y otros.

Con el respeto que me merece la tesis mayoritaria, procedo a precisar las razones que motivan mi salvamento de voto al fallo que antecede y las cuales fueron expuestas en la sesión respectiva de la Sala Plena Contenciosa.

1. Recurso a resolver por la Sala:

El señor apoderado de la Nación —Policía Nacional interpuso el recurso de súplica contra la sentencia proferida por la Sección Tercera de esta Corporación, el 21 de julio de 1988—, mediante la cual se declaró responsable, a la Nación colombiana Ministerio de Defensa Nacional y al municipio de Sincelejo y se ordenó la indemnización de los perjuicios originados en los hechos ocurridos el 20 de enero de 1980, en la ciudad de Sincelejo cuando se realizaba la fiesta de las Corralejas.

El recurrente afirma que se contrarió la jurisprudencia de la Sala Plena del Consejo de Estado sobre responsabilidad del Estado por falla del servicio por omisión y cita concretamente como sentencias violadas de 16 de julio de 1980 expediente 10134 consejero ponente

doctor Jorge Dangond Flórez y la de 12 de junio de 1984, expediente 11014, consejero ponente doctor Bernardo Ortiz Amaya.

Precisa que en dichas sentencias se establecía en materia de responsabilidad del Estado por omisión lo siguiente:

a) La obligación que tienen las autoridades de la República de proteger a todas las personas residentes en Colombia en sus vidas, honra y bienes, conforme al artículo 16 de la Constitución Nacional, es de medio y no de resultado.

b) Para que proceda la declaratoria de responsabilidad por falla del servicio por omisión es indispensable que la actividad omitida se encuentre en la esfera de las funciones propias del ente estatal que se pretende responsabilizar.

c) Y es también necesario que dicho ente haya sido requerido expresamente, mediante querella o solicitud del interesado, si así lo exige la ley, o que por otros medios, en caso contrario, haya tenido conocimiento o información seria sobre el riesgo.

Se alega que en el fallo recurrido se contraría la anterior jurisprudencia por cuanto se declaró a la Nación colombiana y al municipio de Sincelejo solidaria y administrativamente responsables por omisión, de los perjuicios morales y materiales ocasionados a los demandantes con motivo de los hechos ocurridos el 20 de enero de 1980, en la ciudad de Sincelejo durante la celebración de la fiesta de las corralejas, afirmando la responsabilidad por omisión de las entidades estatales, de manera absoluta e incondicional, con fundamento en el artículo 16 de la Constitución Nacional, aceptando que la obligación que el citado artículo le atribuye al Estado es de resultado y no de medio y desconociendo el requisito de que la actividad omitida debe estar dentro de la esfera de las funciones propias del responsable.

2. La responsabilidad administrativa por falla en el servicio:

Las notas fundamentales de la teoría de la falla en el servicio pueden precisarse, según la jurisprudencia y la doctrina así:

a) Se reemplaza el concepto de culpa individual o subjetiva del agente por la culpa de la administración.

b) La culpa de la administración surge por su deber de proteger a los particulares en su vida, honra y bienes.

c) No es una responsabilidad objetiva.

d) Para que surja la responsabilidad es necesario que se demuestre la culpa de la administración, ya sea funcional, orgánica o anónima y que se demuestre también que la culpa de la administración

existe por omisión, retardo, irregularidad, insuficiencia o ausencia del servicio, a cargo de la entidad demandada.

e) También debe probarse la existencia de un daño.

f) Igualmente ha de establecerse que la causa directa e inmediata del daño fue la omisión, el retardo, la irregularidad, la insuficiencia o la ausencia del servicio.

A juicio de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, el fundamento de la citada responsabilidad se encuentra, en el derecho colombiano, en el artículo 16 de la Constitución Nacional.

Pero es claro que dicho artículo que consagra los fines mismos del Estado, es el fundamento mediato de la responsabilidad, el cual se encuentra desarrollado en diferentes normas que atribuyen a las distintas autoridades administrativas las competencias que les son propias, dándoles así los instrumentos adecuados, a través de los cuales el Estado protege la vida, honra y bienes de los asociados.

Por ello, para que pueda surgir la responsabilidad administrativa por falla del servicio por omisión, es requisito indispensable, además de comprobar la culpa de la administración, demostrar que hubo la omisión de una actividad administrativa por parte de aquella entidad a la cual se le hubiere atribuido la función no ejercida y que esa omisión de la autoridad competente, generó de una manera directa e inmediata el perjuicio.

3. El caso sub judice:

La sentencia recurrida acepta que la causa inmediata del perjuicio fue el derrumbamiento de los palcos por la mala calidad y falta de adecuación de los terrenos donde se construyeron, la mala calidad de los materiales y la falta de técnica en su construcción, así como el sobrecupo.

Y menciona expresamente que "los constructores de los palcos fueron los responsables iniciales".

Si la causa de los perjuicios a indemnizar fueron *esos hechos* de los particulares, no es lógico que se declare responsables *por omisión* a la Nación —Ministerio de Defensa— y al municipio de Sincelejo.

En el caso *sub júdice,* la condena a la Nación colombiana y al Ministerio de Defensa Nacional se fundamenta en los artículos 16, 20 y 120 número 7 de la Constitución Nacional y se afirma que como el presidente debía mantener el orden público, es decir la seguridad, tranquilidad, salubridad y moralidad "*...lógicamente el control de unas festividades que involucraban dichas facetas debían ser objeto de la vigilancia del gobierno central...*"

Pero cuál es aquí la responsabilidad de la Nación —Ministerio de Defensa Nacional—? Cuál la función que dejó de cumplir, qué originó el perjuicio?

Se cita también el artículo 29 del Decreto 1335 de 1970, según el cual, la policía uniformada puede actuar por iniciativa propia en el caso de *peligro inminente*; pero cuál era el peligro inminente?, la construcción de unos palcos? la realización de las fiestas? Correspondía a la policía nacional vigilar la construcción de las tribunas, que fue según el fallo recurrido, el hecho que causó el daño?

Los anteriores interrogantes llevan a la conclusión de que sí hubo desconocimiento de la jurisprudencia sostenida por el Consejo de Estado, en cuanto se ignora, el criterio ya aceptado, según el cual para que una entidad sea declarada responsable por omisión, se requiere que dicha omisión se refiera a las funciones que le son propias y el no ejercerlas sea la causa directa del daño a indemnizar, y en el caso de autos, se condena a la Nación —Ministerio de Defensa Nacional—, a reconocer unos perjuicios cuya causa fue la mala construcción de unos palcos por parte de unos particulares.

Ahora bien, en la parte motiva del fallo se invoca el ordinal 7º del artículo 120 de la Constitución Nacional que atribuye al presidente de la República la función de mantener el orden público, planteamiento que de acuerdo con lo hasta aquí expuesto no es válido, pero que de llegar a aceptarse implicaría que la Nación sería siempre la responsable, desconociendo el fenómeno de la descentralización administrativa que, se consagra en la Carta Fundamental, y según la cual la función administrativa se encuentra repartida entre los diferentes niveles de la administración.

Por otra parte, en el fallo recurrido, se aplica el artículo 16 de la Constitución Nacional y con una interpretación amplia e incondicional, se declara la responsabilidad de la Nación —Ministerio de Defensa Nacional— y al municipio de Sincelejo, sin que se hubieran dado las condiciones que exigía la jurisprudencia anterior y, especialmente la referente a la omisión de las funciones propias de la entidad o dependencia que se declara responsable.

Criterio que además resulta inconveniente, pues con su aplicación puede resultar responsable cualquier entidad del Estado, aunque la omisión alegada no se refiera a actividades propias de su competencia.

Finalmente, con relación a los argumentos que la sentencia recurrida plantea para negar la prosperidad del recurso interpuesto por algunos demandantes a quienes se les negaron las indemnizaciones pedidas, no hay discrepancia.

Por lo hasta aquí expuesto, considero que el recurso de súplica interpuesto por el señor apoderado de la Nación —Policía Nacional— ha debido prosperar y la Sala Plena Contenciosa convertida en falladora de instancia absolver a la Nación y al municipio de Sincelejo, pues como lo afirma la sentencia recurrida los directos responsables fueron quienes construyeron, de manera deficiente los palcos.

Consuelo Sarria Olcos.

Fecha *ut supra.*

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO. FALLA DEL SERVICIO POR OMISION.

Aceptado que las corralejas son eventos organizados a nivel local y por personas particulares, las autoridades nacionales, ajenas a esa determinada actividad, no podían ser condenadas con fundamento en el artículo 16 de la Constitución Nacional, sino por omisión de un deber que específicamente debieran cumplir, con base en norma legal concreta, respecto al evento que estaba realizándose.

Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Bogotá, D. E., nueve de febrero de mil novecientos ochenta y nueve.

Referencia: Expediente número S-067. Recurso de súplica.

Actor: Juan Evangelista Mesa Hernández y otros.

Respetuosamente me aparto en forma parcial, de la decisión mayoritaria de la Sala.

Estimo que el recurso extraordinario de súplica interpuesto por la Nación —Policía Nacional—, estaba llamado a prosperar pues a mi entender la sentencia recurrida sí modifica la jurisprudencia contenida en las providencias citadas.

En efecto, en ellas se afirma: "...las entidades estatales son responsables por *omisión,* pero no de manera absoluta, incondicional, sino relativa, condicionada a la existencia de determinadas circunstancias".

En la sentencia consultada se cambia esta regla por la extensión incondicional de la responsabilidad a la "casi totalidad de las autoridades del orden nacional" y a las del orden municipal.

En el fallo recurrido se acepta que las corralejas son eventos organizados a nivel local y por personas particulares.

Nadie discute la responsabilidad que incumbe a las autoridades municipales ,las cuales debían supervisar toda la organización de las festividades y garantizar la seguridad de los ciudadanos.

Pero las autoridades nacionales, ajenas a esa determinada actividad, en mi sentir, no podían ser condenadas con fundamento en el artículo 16 de la Constitución Nacional, sino por omisión de un deber que específicamente debieran cumplir, con base en norma legal concreta, respecto al evento que estaba realizándose.

Indudablemente a la policía compete velar por la seguridad de los ciudadanos y por la conservación del orden público. Al igual que a las demás autoridades, como lo ordenan el artículo 16 y el 120 ordinal 7º de la Constitución Nacional en cuanto se refiere al presidente de la República. Pero no debe olvidarse que las entidades locales tienen plena autonomía administrativa y que el alcalde, como jefe de la administración municipal es la primera autoridad de policía y por tanto lo que en el municipio ocurra y que esté bajo su cuidado directo, afecta la responsabilidad del municipio y no la de las autoridades nacionales.

Al haberse ampliado en la sentencia recurrida el criterio para derivar responsabilidad extracontractual de las entidades públicas con base en lo dispuesto por el artículo 16 de la Constitución Nacional, sin tener en cuenta que la omisión de funciones debe referirse a aquellas que la ley haya encomendado y que les corresponda ejercer directamente, se cambió la jurisprudencia sentada por la Sala Plena.

La descentralización territorial y por servicios es factor que no debe ingnorarse cuando de señalar responsabilidades se trata; y por ello, la interpretación y aplicación tan amplia del artículo 16 de la Carta, no ha sido nunca aceptada por la Sala Plena de la Corporación.

No así el interpuesto por la parte actora, ya que comparto los razonamientos que para negar su prosperidad se exponen en la sentencia.

Clara Forero de Castro.

EMPRESA DE ENERGIA ELECTRICA DE BOGOTA. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL.

Para evitar riesgos, las cuerdas que conducen energía eléctrica de alta y media tensión se deben colocar a una altura mínima en relación con la superficie del suelo o del agua que atraviesan. Esta altura mínima, para la clase de cables que ocasionaron el insuceso, según lo determinan expertos en la materia, debería ser de ocho metros más o menos, aunque las normas para electrificación rural del Instituto Colombiano de Energía Eléctrica (ICEL) permite una altura mínima de seis metros.

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

Consejero ponente: *Doctor Carlos Ramírez Arcila.*

Referencia: Expediente número 4009.

Actor: Alberto Pradilla Bermúdez.

El señor Alberto Pradilla Bermúdez, mayor de edad y vecino de la ciudad de Bogotá, por conducto de apoderado judicial demandó a la Corporación Autónoma Regional de la Sabana de Bogotá y de los Valles de Ubaté y Chiquinquirá "CAR" y a la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, establecimientos públicos del orden nacional y distrital, respectivamente, con pretensiones que textualmente formula así:

"...a fin de que se declara (sic) a dichas entidades, conjunta y solidariamente, responsables de los perjuicios sufridos por mi representado como consecuencia del accidente ocurrido en el embalse o represa del Sisga el día 15 de noviembre de 1980. Como consecuencia de dicha declaración respectivamente solicito que se condene a las citadas entidades a pagar a mi poderdante, a título de indemnización, el valor total de los perjuicios materiales y morales que dicho accidente causó, en la cuantía que resulte probada en el proceso o en un

incidente de regulación de perjuicios. Así mismo, solicito que se condene a las demandadas al pago de las costas del proceso".

Como fundamento de sus pretensiones se exponen en la demanda los hechos que el apoderado del actor, en su alegato de conclusión, resume así:

"En la tarde del día mencionado, el demandante y su cónyuge riberanos de la represa y asiduos aficionados al deporte de la navegación a vela, paseaban en una embarcación velera de su propiedad, cuando súbitamente el mástil hizo contacto con unas líneas eléctricas, produciendo un corto circuito y una fortísima descarga. Ella le causó al doctor Pradilla muy severas lesiones y quemaduras que, a la postre, determinaron la amputación de su pierna izquierda y la de la mitad del pié derecho, a más de otras gravísimas secuelas que se han traducido en una anormal circulación sanguínea y en otros delicados y dolorosos trastornos fisiológicos, a los cuales han correspondido, por supuesto, los inherentes efectos de tipo sicológico.

"Las lesiones sufridas por el doctor Pradilla, obviamente requirieron su inmediata hospitalización para las atenciones, tratamientos y curaciones correspondientes, primero en el Hospital de Chocontá, luego en la Clínica del Country y, finalmente, por recomendación de sus médicos tratantes ante los limitados recursos técnicos de tales centros hospitalarios y la extrema gravedad de las quemaduras, en un hospital de los Estados Unidos de Norteamérica. Allí permaneció recluido por más de dos meses en una primera etapa de tratamiento básico que incluyó varias intervenciones quirúrgicas —entre ellas las de amputación ya mencionadas—, y luego hubo de ser seguida de una segunda fisioterapia, adaptación de prótesis, cirugías menores y recuperación sicológicas.

"No obstante todo aquello y otros tratamientos hospitalarios y ambulatorios que tuvieron lugar posteriormente y que se extendieron durante más de dos años, así como algunos que aún deben repetirse periódicamente, la integridad y capacidad físicas del demandante, sufrieron, de por vida, una muy apreciable mengua".

Al resumen anterior, conviene agregar, para mejor comprensión del problema, lo que textualmente se expresa en los últimos hechos de la demanda así:

"20. Según pudo establecerse posteriormente en las investigaciones penales que se siguieron, en algunas diligencias administrativas y a través de las gestiones realizadas por algunos miembros de la familia de mi poderdante, la causa física directa e inmediata del accidente fue el contacto del mástil del velero de propiedad de los esposos Pra-

dilla con cables de alta tensión desprovistos de toda protección, que en razón de la elevación exagerada en el nivel de las aguas de la represa quedaron colgando directamente encima de dichas aguas.

"21. En efecto, ocurre que en los alrededores de la represa o embalse del Sisga se hallan tendidas líneas aéreas de conducción de energía eléctrica que cuelgan de postes de madera colocados en tierra firme. Así, pues, en circunstancias normales dichas líneas de energía eléctrica no solamente pasan por sobre tierra firme, sino que, siguiendo clarísimas disposiciones internacionalmente reconocidas, se hallan suspendidas de los postes a determinada altura en relación con el suelo, de manera que se eviten los peligros que conlleva la conducción de energía eléctrica.

"22. Ocurrió, sin embargo, que para la fecha del lamentable accidente las autoridades encargadas de la administración y manejo de la represa o embalse del Sisga dispusieron o permitieron un desmedido aumento en el caudal de aguas de la misma, de modo que su nivel subió en forma tal que el agua invadió las riberas en lo que antes era tierra firme, hasta un punto tal que los postes de los que cuelgan los cables de las citadas redes eléctricas pasaron de estar en tierra firme a quedar parcialmente sumergidos en el agua, y, por consiguiente, los propios cables aéreos pasaron de hallarse ubicados sobre tierra firme a hallarse colocados sobre las aguas del embalse, y por lo tanto su altura respecto de la superficie se redujo en la misma medida en que subió el nivel de las aguas.

"23. Inexplicablemente, tan considerable ascenso en el nivel de las aguas y el consiguiente sumergimiento parcial de los postes, a pesar de los enormes peligros que conllevaban, no se acompañaron de la colocación por las autoridades responsables de ningún tipo de avisos o señales que de alguna manera limitaran la navegación o previnieran a los usuarios de la laguna sobre los nuevos e inminentes peligros a los que habían quedado expuestos.

"24. En tales condiciones, los esposos Pradilla Jaramillo, no obstante su calidad de riberanos de la represa, de amantes del deporte de navegación a vela, de asiduos prácticamente del mismo en el Sisga y de conocer por todo ello el embalse como las palmas de sus manos, no podían suponer, ni tenían por qué haber imaginado que suspendidos sobre la laguna y a muy pocos metros de altura habían aparecido de repente unos cables de energía de alta tensión que siempre habían estado en tierra a más de doscientos metros de distancia de la orilla, contra los cuales vino a estrellarse la parte superior del mástil de su velero".

Considera la demanda que con las acciones y omisiones en que incurrieron los demandados se violaron los artículos 16 de la Cons-

titución Nacional, los numerales 1º y 4º del artículo 7º del Decreto 940 de 1979 y los artículo 1º y 2º de los estatutos de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá aprobados por la junta directiva en sesión de 12 de diciembre de 1969. Así mismo expone el concepto de la violación de las normas indicadas.

El proceso se ha tramitado conforme a los procedimientos legales y no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado.

Posiciones de las entidades demandadas:

La apoderada de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, en algunos apartes de su alegato de conclusión dice:

"Se demostró plenamente dentro del expediente que la línea de transmisión en referencia fue construida por la CAR quien posteriormente a su construcción la entregó a la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá como consta en la declaración de los señores Jorge Castilblanco y Alfonso Zabala, quienes en su testimonio manifiestan la circunstancia de cómo la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá adquirió la mencionada red eléctrica que fue construida y trazada por la CAR".

"Además se comprobó que la altura de la línea o sea los doce metros está cumpliendo con las normas que consagran la altura de las mismas en estas circunstancias. Comprobándose también que las líneas eléctricas que parten de la subestación de Chocontá disponían de las protecciones de seguridad requeridas para estos casos, interruptor que en el momento del accidente se desconectó automáticamente una vez actuó el réle de protección a tierra sin necesidad de la acción de ningún manual operativo, tal y como lo afirmaron los señores peritos en su dictamen".

"En el mismo dictamen se conceptuó que teniendo en cuenta las condiciones que rodearon el accidente se puede determinar que eran perceptibles desde doscientos metros de distancia, aunque las velas les impidiera observar, las líneas eléctricas eran perceptibles teniendo en cuenta que efectuaban un recorrido de dosciento cincuenta metros entre los bordes de la zona inundada tres postes de madera inmunizada color oscuro vertical, con diámetro de veinte a veinticinco centímetros, lo cual de acuerdo a lo dictaminado por los peritos era señal evidente de cruce de las líneas".

"De acuerdo a lo considerado por las normas ICEL que en desarrollo del cuestionario efectuado por el demandante en el punto c) se determina que la altura mínima es de seis metros en zonas despobladas y en vías fluviales, y que en el mismo dictamen se considera

que las líneas eléctricas en el sitio del accidente tenían un total de ocho metros con treinta y ocho centímetros de altura del conductor más bajo sobre el piso (tierra)".

"No existió la falla del servicio por cuento (sic) a pesar de la descarga eléctrica que se produjo por el mástil del velero que tocó la línea eléctrica, esta no se reventó sino que funcionó los sistemas de seguridad en el control de la subestación de Chocontá".

"Se comprobó que en el mástil del velero se encontraba la nota de precaución 'Mástil de alumnio y cualquier otro componente metálico conduce electricidad. Haciéndose contacto y/o cerca a una línea eléctrica de potencia puede causar daños serios o la muerte. Permanezca alejado de líneas aéreas eléctricas de potencia cuando navegue o salga del bote".

Por su lado, el abogado de la Corporación Autónoma Regional de la Sabana de Bogotá y de los Valles de Ubaté y Chiquinquirá "CAR", expresa:

II. Ausencia de falta o falla del servicio por parte de la CAR

"2.1. Mediante la escritura pública número 1.362, otorgada el 7 de marzo de 1973 en la Notaría Sexta del Círculo de Bogotá, la Corporación Autónoma Regional de la Sabana de Bogotá y los Valles de Ubaté y Chiquinquirá 'CAR' enajenó a título de compraventa y a favor de la Empresa de Energía de Bogotá 'todos los haberes pertenecientes a la División de Electrificación de «LA CAR»..' entre ellos la red de 'Electrificación Rural —Chocontá—' " (clásula 7ª pp. 2 y 7 del citado instrumento), contrato que se celebró habida consideración de 'que el Gobierno Nacional, el Gobierno Distrital y la ciudadanía en general tienen interés en que se unifiquen los servicios de energía en las distintas regiones del país, para que los beneficios recibidos por los habitantes de las grandes ciudades se hagan extensivos a todos los municipios', de 'que de acuerdo con el estudio adelantado por varias comisiones nombradas por «LA EMPRESA» y la «CAR»' se llegó a la conclusión de que es conveniente, desde todo punto de vista, tanto para los usuarios como para otras entidades, que *'la Empresa'* se encargue directamente de la prestación del servicio de energía en los municipios situados dentro de la jurisdicción de 'LA CAR' y a los cuales les ha venido prestando directamente dicho servicio, de 'que en la cláusula décima primera del contrato firmado entre «LA EMPRESA» y «LA CAR» el 16 de abril de 1963, en desarrollo de las estipulaciones consignadas en el acuerdo de préstamo 313-00 con el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF), se otorgó a «LA EMPRESA»

opción para que al término de los cinco primeros años adquiera el sistema de electrificación construido por «LA CAR» sobre la base de un avalúo comercial, según el método que se estime conveniente para los intereses de la comunidad', de 'que «LA EMPRESA», obrando dentro del término estipulado en el citado contrato, ha decidido hacer uso del derecho de opción consagrado a su favor', de 'que el Consejo Nacional de la Política Económica y Social rindió concepto favorable a la negociación mencionada, según su oficio número COMPES-068 de 2 de octubre de 1972' y, en fin, de 'que la Contraloría General de la República concedió a «LA CAR» la autorización fiscal para descargar de sus activos los elementos que integran su sistema de electrificación para ser traspasados a «LA EMPRESA», según el Oficio número 846740 de 10 de enero de 1973 de la División de Auditoría de las Entidades Descentralizadas', consideraciones estas consignadas en las cláusulas primera a sexta de la citada escritura pública de compraventa, documento público que, dicho sea de paso, se incorpora al expediente, previa su autenticación por parte del magistrado doctor Mauricio Torres Cuervo, en el curso de la diligencia que, por comisión de esa honorable Corporación, se practicó el 7 de diciembre de 1984 por la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, según consta al folio 65 del cuaderno número 1, anexo 2, escritura pública que, de otra parte, obra en varias copias debidamente autenticadas dentro del expediente.

"2.3.1. En declaración rendida ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en cumplimiento de la comisión que le confirió esa honorable Corporación, el ingeniero civil Efraín Enrique Sandoval García dijo, entre otras cosas, lo siguiente: 'Ejercí el cargo de director ejecutivo de la CAR durante el período comprendido entre el mes de octubre de 1978 hasta el mes de septiembre de 1982... A raíz de las averías sufridas por la presa durante el año de 1969, las cuales limitaron la capacidad de almacenamiento del embalse a un 70% de la capacidad del diseño, durante los años siguientes al ya citado 1969 la Corporación adelantó estudios correspondientes para lograr la utilización de la capacidad total de diseño del embalse, esto es, el 30% de la capacidad, equivalente a un volumen aproximado de unos 30 millones de metros cúbicos; estos estudios permitieron el diseño de una solución consistente en la práctica de inyecciones de impermeabilización para parte del núcleo de la presa y del estribo izquierdo de la misma. Durante el año de 1978 y 1979 se abrió una licitación internacional con el objeto de efectuar los trabajos recomendados, los cuales terminaron alrededor del año de 1980, procediéndose a continuación a efectuar pruebas de los trabajos realizados. Estas pruebas consistían, básicamente en subir la

cota de almacenamiento permitido hasta antes de las obras, en la medida en que las condiciones de la hidrología de la zona lo permitiesen. Durante este proceso se logró probar, durante los inviernos del fin del año, primer semestre y segundo semestre del año siguiente, hasta una capacidad de almacenamiento próxima a los 95 millones de metros cúbicos. Es importante tener en cuenta que la capacidad total de almacenamiento es aproximadamente de 104 millones de metros cúbicos. Del resultado de las pruebas realizadas se pudo inferir que el almacenamiento del embalse había sido logrado hasta aproximadamente el 98% de la capacidad diseñada para el mismo... A partir del problema sufrido con la presa..., se encomendó inicialmente el estudio de averiguación de las causas de la falla observada a la firma INGETEC. Má adelante... el estudio de análisis del problema y diseño de la solución fue encomendado a la firma Gómez Cajiao y Asociados, Ingenieros Constructores. Para efectos de la realización de las obras correspondientes, mediante licitación internacional, se adjudicaron los trabajos a una firma americana que, si mal no recuerdo, es la compañía CIMESA. Las labores de interventoría, los trabajos contratados y, posteriormente, el seguimiento de las pruebas de tales trabajos, se encomendaron a la firma de interventoría y las pruebas de trabajos realizados a la firma Gómez Cajiao y Asociados... Una de las funciones encomendadas a la Corporación Autónoma Regional, es la de manejo, administración y regulación de las aguas de uso público. El embalse del Sisga, que es uno de los almacenamientos importantes que tiene la Sabana de Bogotá, de acuerdo a lo sucedido durante el año de 1969 estaba operando, como lo anoté anteriormente, a un setenta por ciento de su capacidad de diseño, esto es, podía almacenar en consecuencia regular la cuenca del río Sisga hasta un volumen de setenta millones de metros cúbicos. Habida consideración de las necesidades crecientes cada día del recurso agua para Bogotá y la Sabana de Bogotá durante las épocas de verano, era imperativo para la Corporación y, por consiguiente, para los usuarios de la misma agua almacenada, lograr el almacenamiento del diseño del embalse en su totalidad, esto es, incrementarlo aproximadamente en treinta millones de metros cúbicos; de ahí la importancia de los trabajos que se contrataron para resolver el problema de la presa, y lograr, en consecuencia, la posibilidad de almacenar en la medida en que la hidrología lo permite, la totalidad de su capacidad de regulación... El caso de la falla de la presa, en el momento en que se presentó, fue ampliamente conocido, inclusive a través de diferentes medios de comunicación para la parte de los trabajos de reparación y habida consideración del invierno imperante entre los años 79 y 80; el aspecto de los trabajos mismos de reparación y de pruebas de las mismas obras, fue

también comentado a través de los medios de comunicación, prensa y televisión... Durante el período de reparación, como en cualquier período durante el año, no se ha utilizado o se ha dispuesto colocación de avisos sobre variaciones en el nivel del agua sobre los embalses, en razón a que de acuerdo a la hidrología que impere en la zona y a las necesidades o demanda de aguas, los niveles tienen, durante todo el tiempo en el año, oscilaciones, unas veces descendentes y otras ascendentes, de acuerdo a la época en que se practiquen visitas o inspecciones a los mismos; en resumen, es normal que en épocas de invierno los niveles asciendan en los embalses y en épocas de verano, que se requiere la utilización de las aguas al macenadas, desciendan...' (cuaderno núm. 1, anexo 2, fls. 60 a 62, inclusive)".

"2.3.8. Los peritos Hernando Guzmán Bretón y Gonzalo E. Estrada Vega, al rendir su experticio el 13 de noviembre de 1985, dijeron: '...Siendo la represa del Sisga de regulación de caudales para abastecimiento de agua al sistema de acueducto y al sistema de energía eléctrica de Bogotá, cuenta con las válvulas de desagüe que permiten esta regulación según el volumen de agua almacenado y las necesidades de los sistemas dichos. En cuanto... a las medidas de seguridad para regular el nivel de las aguas en el embalse del Sisga, podemos agregar que cuenta dicho embalse con un tubo de descarga por encima del nivel del embalse muerto y a una profundidad suficiente para obtener una descarga máxima de 15 metros cúbicos por segundo, protegido por válvulas de cabecera (entrada) y finales de acinamiento hidráulico (sic; debe ser accionamiento hidráulico) las principales y manuales las de emergencia, que permiten la regulación del caudal a voluntad de los operarios así como el mantener un nivel deseado en el embalse, también en forma voluntaria. En el caso de grandes avenidas del río que alimenta el embalse y que el desfogue anteriormente dicho no sea suficiente, cuenta el embalse con un vertedero construido a la cota 2.670.50 metros sobre el nivel del mar que evacuaría cualquier volumen de agua mayor impidiendo inundaciones por encima de esta cota a lo largo de todo el perímetro del embalse... En cuanto... al orden de prioridad de los servicios prestados por la CAR tanto en la represa del Sisga como en la del Neusa y la comparación entre unos y otros..., el servicio primordial del embalse del Sisga es la regulación de los caudales del río que la surte para contar con disponibilidad de agua especialmente cuando dichos caudales son muy bajos, para atender necesidades tanto del sistema de acueducto, así aunque en menos escala, del sistema eléctrico que alimenta a Bogotá. Las instalaciones del Sisga no cuentan con zonas destinadas a la recreación o el turismo. La CAR es propietaria de los terrenos que inunda el embalse hasta su máxima cota demarcada con

mojones en varios lugares que circundan dicho embalse. Por encima de dicha cota, los terrenos pertenecen a diferentes propietarios particulares. Así como no existe ninguna prohibición especial para la navegación en el embalse, tampoco existe un permiso específico. Por el contrario, el embalse del Neusa tiene servicios exclusivos de recreación, turismo, como zonas para camping, botes turísticos con capacidad de veinte personas, pesca con supervisión y expresa autorización de la CAR. Cuenta este embalse con buenas vías de acceso y que rodean la laguna para comodidad de sus visitantes" (cuaderno 2 bis, fls. 256 a 259 inclusive).

"IV. El daño

"4.1. Concuerdo con el señor apoderado del actor, cuando en el hecho décimo octavo de la demanda, afirma que 'en un accidente tan lamentable... es difícil evaluar los perjuicios...', pero discrepo de él en el análisis que de los mismos hace en el citado hecho, por las siguientes razones:

"4.1.1. Si se estimaba que se habían sufrido perjuicios 'familiares', ha debido demandarse, adicionalmente, a nombre de la cónyuge e hijos del actor ya que, sin pretender el suscrito restar un ápice al sufrimiento de la familia del doctor Alberto Pradilla Bermúdez causado por el lamentable y doloroso accidente que aquél tuvo, la verdad, desde un punto de vista jurídico, es que las afirmaciones que bajo el respectivo literal se hace en el sentido de haberse tenido que movilizar la familia a los Estados Unidos, de no haber podido, en un comienzo, llevar a los pequeños hijos con sus padres, de haber tomado en arriendo una casa en los Estados Unidos y de adquirir los implementos básicos para continuar llevando allí una vida normal, del impacto que, no obstante su corta edad, padecieron los niños a su llegada al mencionado país y ver a su padre en las condiciones en que se encontraba, de la influencia que las secuelas del accidente tuvieron en el estado de ánimo del doctor Pradilla, y, en fin, de las difíciles circunstancias por que tuvieron que pasar para adaptarse a la nueva situación, no son nada distinto del triste relato de lo sucedido al doctor Pradilla y a su familia, sin la consistencia o precisión necesarias para fundar en ellas una acción indemnizatoria" (fl. 66, cdno. 1).

"4.3.4. Para terminar de plasmar en este escrito la premisa mayor del silogismo jurídico que pretendo formular en el presente acápite, básteme hacer mención al artículo 193 del Código de Procedimiento Civil, según el cual 'cuando se pidan pruebas que deban practicarse en el extranjero, se suplicará su diligenciamiento a una autoridad judicial del respectivo

país o a un cónsulo de Colombia', mediante exhorto dirigido al Ministerio de Relaciones Exteriores, entidad esta que, a su turno debe enviarlo a su destino 'con observancia de lo que dispongan los tratados públicos, las leyes y los principios de derecho internacional'. Así, las cosas, es pertinente anotar que el cumplimiento de la comisión en el exterior por parte del cónsul colombiano deberá sujetarse a las leyes colombianas, dado que 'el comisionado tendrá las mismas facultades del comitente, con relación a la diligencia que se delegue' y, en cuanto las exceda, la actuación de aquel es nula (art. 34 del C. de P. C.). Aún más claro resulta el anterior aserto, cuando la prueba es testimonial, pues el cónsul recibe las declaraciones en la sede del consulado que, por virtud del derecho internacional, se considera parte de nuestro territorio.

"4.3.5. De lo expuesto ha de concluirse que para que un documento privado emanado de un tercero pueda apreciarse como prueba, es indispensable que quien lo suscribió reconozca su firma y ratifique bajo juramento la veracidad de las declaraciones que el documento contiene; que tal ratificación debe decretarse, practicarse y valorarse conforme a las normas del Código de Procedimiento Civil relativas a la prueba testimonial y, en fin, que el cónsul colombiano en el extranjero, que haya sido comisionado para la práctica del reconocimiento, tiene las mismas facultades, limitaciones y deberes del juez comitente, motivo por el cual, mediante providencia que debe ser notificada por estado a las partes, habrá de señalar fecha y hora para la práctica de la prueba respectiva" (fls. a 77, cdno. 1).

"4.6. Para terminar este acápite destinado al análisis del daño, permítaseme poner de presente a esa honorable Corporación, con todo respeto, que de conformidad con el artículo 10 de la Ley 58 de 1982 'para la tasación de los perjuicios en acciones indemnizatorias contra el Estado, deberá examinarse la concordancia entre los daños alegados y la declaración de renta de las personas vinculadas a la controversia', siendo de advertir que en el expediente no aparece declaración de renta alguna, de ningún año gravable, del demandante doctor Alberto Pradilla Bermúdez" (fls. 81 a 82, cdno. 1).

"VI. La culpa de la víctima:

"..."

"6.4. Los peritos Hernando Guzmán Bretón y Gonzalo E. Estrada Vega, al absolver los cuestionarios formulados por el señor consejero ponente y por los apoderados de las partes, se pronunciaron así sobre este particular: 'En cuanto a la parte final del cuestionario del señor

apoderado para que nos manifestemos sobre la posibilidad que tendría un navegante en condiciones iguales a las que rodearon este accidente de observar las líneas de conducción de energía según la ubicación de las velas del navío, nos basamos en las declaraciones que recoge el expediente en el sentido de que las condiciones atmosféricas reinantes eran excelentes, el día era muy claro a esa hora y el viento soplaba muy tenue. Nosotros consideramos que los conductores de aluminio (calibre número 2 ACSR, diámetro 8,026 mm.) ante una buena visibilidad como la reinante entonces, son perceptibles a los 200 metros de distancia. Es cierto que las velas extendidas pueden impedir la visión directa del cable enfrentado a ellas, sin embargo la línea eléctrica al atravesar el sector inundado hacía un recorrido de más de 250 metros entre los bordes de la zona inundada soportada en tres postes de madera inmunizada, color oscuro, verticales con diámetro de 20 a 25 centímetros que perceptibles desde el velero lateralmente podrían ser una evidencia del recorrido de la línea eléctrica soportada por ellos' (fls.. 85 a 86, cdno. 1).

Alegato de la parte actora:

"..."

"Las lesiones sufridas por el doctor Pradilla, obviamente requirieron su inmediata hospitalización para las atenciones, tratamientos y curaciones correspondientes, primero en el Hospital de Chocontá, luego en la Clínica del Country, en el Pabellón de Quemados del Hospital Militar Central, y, finalmente, por recomendación de sus médicos tratantes ante los limitados recursos técnicos de tales centros hospitalarios y la extrema gravedad de las quemaduras, en un hospital de los Estados Unidos de Norteamérica. Allí permaneció recluido por más de dos meses en una primera etapa de tratamiento básico que incluyó varias intervenciones quirúrgicas —entre ellas las de amputación ya mencionadas— y que luego hubo de ser seguida de una segunda fisioterapia, adaptación de prótesis, cirugías menores y recuperación sicológica".

"No obstante todo aquello y otros tratamientos hospitalarios y ambulatorios que tuvieron lugar posteriormente y que se extendieron durante más de dos años, así como algunos que aún deben repetirse periódicamente, la integridad y capacidad física del demandante, sufrieron, de por vida, una muy apreciable mengua".

"El trámite del presente proceso se ha seguido en legal forma; en el curso del mismo se practicaron las pruebas solicitadas por las partes y ahora, resta tan sólo, poner de presente cómo todas ellas demostraron fehacientemente la '*causa petendi*' y, por ende, configuraron los elementos constitutivos de la llamada responsabilidad

patrimonial de la administración y la consiguiente obligación de reparar los perjuicios causados".

"La responsabilidad del Estado:

"Como es bien sabido, en Colombia —al igual que en otros países— la elaboración y el desarrollo de la institución de la responsabilidad del Estado han sido, fundamentalmente, obra de la jurisprudencia. Esta labor, que a partir de la vigencia del Decreto ley 528 de 1964 ha estado a cargo del Consejo de Estado y de los Tribunales Administrativos, tiene establecido de manera clara y definida, muchas veces reiterada, que son tres los presupuestos o elementos que configuran tal tipo especial de responsabilidad, a saber: una falta o falla del servicio, un daño o perjuicio y un nexo causalidad entre aquella y éste.

"La falla del servicio:

"Sea lo primero, dejar sentado que, según se demostró plenamente a través de los estatutos de las entidades demandadas y de las certificaciones juradas que dentro del proceso rindieron sus respectivos representantes legales, la CAR, es responsable de la administración y manejo de la represa del Sisga y por consiguiente de la regulación del nivel y el caudal de sus aguas; que, a su vez, la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá es propietaria desde 1973 de las líneas eléctricas causantes del accidente de autos y la encargada de la administración y la prestación del servicio correspondiente (fls. 222 y 223 del cdno. 2 bis y 20 a 22 del cdno. 3).

"Ahora bien, en múltiples sentencias ha reiterado el Consejo de Estado, que la falta o falla del servicio (o de la administración) consiste en la 'omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio' (sentencia de 28 de octubre de 1976 de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Exp. núm. 1482; consejero ponente: Doctor Valencia Arango. Anales 1976. Tomo XCI. 615). Por otra parte, la jurisprudencia y la doctrina han precisado —al unísono— que para los efectos de la responsabilidad del Estado, la noción de falla del servicio, se entiende referida, no al concepto propio de servicio público en el derecho administrativo, sino al conjunto de las actividades, que en ejercicio de la función pública, incumbe realizar al Estado directamente o a través de cualquiera de sus órganos, dependencias o agentes".

"En el caso de autos, bien la CAR, bien la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, o ambas simultáneamente o sucesivamente, incurrieron en múltiples y evidentes fallas del servicio por haber omitido su prestación o por haberla realizado de manera ineficiente".

"La cadena de 'fallas' comenzó desde los propios diseño y construcción de la red eléctrica en tierras comprendidas dentro del nivel máximo de anegación previsto para la represa del Sisga. Porque si, tal como quedó demostrado en las inspecciones judiciales que tuvieron lugar en el sitio del accidente y en la sede administrativa de la CAR (fls. 244 a 255 del cdno. 2 bis y 134 a 138 del cdno. 4 respectivamente), el suceso efectivamente ocurrió en un punto destinado a estar cubierto por las aguas de la represa, resultaba imprudente y peligroso, en grado sumo, que allí mismo se instalaran unas líneas eléctricas por la propia CAR. Así lo reconocen de manera expresa hasta los peritos ingenieros —eléctricos— quienes por lo demás siempre parecieron más bien testigos de la parte demandada, cuando al responder el punto g) de su dictamen dijeron: 'Las líneas eléctricas causantes del accidente cumplían con los estudios y requisitos *excepto con la determinación de la ruta a seguir en su parte final al no considerarse que esa zona era inundable al llegar el embalse a su nivel máximo de diseño dado por la cota del vertedero*' (el realzo es del suscrito).

"La siguiente falla consistió en que, si resultaba necesario tender tales líneas sobre terrenos susceptibles de ser inundados por las aguas de una represa como la del Sisga, tal circunstancia no hubiera sido tenida en cuenta en función de la altura mínima que en todo tiempo deben tener los cables eléctricos sobre la superficie que atraviesan. Por el contrario, todo indica que la CAR al instalarlos y, posteriormente, la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá cuando recibió el sistema eléctrico para su administración, no calcularon que en cuanto se produjera la prevista inundación de la zona, la altura de los cables sobre el agua vendría a quedar muy por debajo de los límites autorizados por las reglamentaciones vigentes sobre la materia, como en efecto ocurrió".

"Lo que resulta aún más grave es que, en tales condiciones, ni siquiera dispusieron el revestimiento de los cables con el material protector necesario para evitar cortocircuitos por contacto".

"Y que no se alegue una supuesta ausencia de falla del servicio, sobre la base de aducir que antes del accidente el nivel de las aguas de la represa jamás había llegado a la altura que llegó a tener en aquella época. Porque si bien es cierto que tal cosa quedó demostrada en el transcurso de las diligencias de inspección judicial mencionadas, ella, lejos de acreditar que no hubo improvidencia, conduce en cambio a demostrar lo contrario. En efecto, allí mismo se demostró que la CAR estaba poniendo en práctica la decisión de inundar la represa hasta su nivel máximo, a fin de probar su resistencia con ocasión de algunas reparaciones técnicas que acababan de practicársele. Así pues, la anegación hasta ese nivel —por primera vez desde la construcción de la represa— constituyó un claro hecho voluntario de la administración, de ninguna manera atribuible a caso fortuito o fuerza mayor.

"Lo anterior desemboca en otra falla del servicio, consistente esta vez, en haber omitido toda precaución previa acerca de esta especial inundación, que pusiera sobre aviso a los riberanos y a los deportistas, que a ciencia y paciencia de la CAR y de la Empresa de Energía Eléctrica, solían utilizar, desde siempre, la laguna para la práctica de actividades de recreación. En efecto, como pudo comprobarse en la diligencia de inspección judicial tantas veces citadas, brilló por su ausencia —y la carga de la prueba correspondía en este caso a las demandadas— la existencia del más pequeño de los avisos, la adopción de la más mínima de las medidas preventivas encaminadas a prever los peligros y riesgos sobrevinientes como consecuencia del desusado nivel de las aguas. En todo caso, hubiera sido imperativo el traslado previo de las líneas eléctricas, la elevación de sus cables, el revestimiento anotado o, por lo menos, la colocación de un aviso que indicara el nuevo peligro" (fls. 89 a 94, cdno. 1).

"Por lo que hace a la altura que las redes eléctricas tenían sobre el nivel del agua en la fecha del accidente, las pruebas pertinentes consistieron en la inspección judicial anticipada (fls. 227 a 257 del cdno. 2), la inspección judicial llevada a cabo en la represa durante el proceso y los testimonios recogidos durante la misma (fls. 244 a 255 del mismo cdno.), así como en la declaración del funcionario de la CAR que tenía el carácter e (sic) administrador de la represa cuyo testimonio sobre el particular obra a folios 68 a 71 cuaderno número 4 anexo 2. Resulta particularmente importante la aseveración de dicho testigo en el sentido de que la línea eléctrica que causó el accidente se encontraba a 5.90 metros de altura sobre la superficie del agua según medición verificada por él mismo.

"La falta de revestimiento de los cables eléctricos se comprobó de primera mano en la inspección judicial y fue abonada por los señores peritos ingenieros en su dictamen (sic).

"Las evidencias acerca de las pruebas de resistencia a las que estaba siendo sometida la represa en la época del accidente y del hecho de haberse llevado deliberadamente ella a su máximo nivel de inundación, aparecen dentro de las declaraciones rendidas por funcionarios de la CAR durante las inspecciones judiciales practicadas en la sede social de la entidad (fls. 134 a 138 del cdno. 4 anexo 2) y en la propia represa (fls. 244 a 255, del cdno. núm. 2 bis) y en las declaraciones de Iván Gómez Villa, Efraín Sandoval, José Miguel Alvarez que aparecen a folios 63 a 64, 60 a 63 y 64 a 66 respectivamente del cuaderno número 4 anexo 2. Esto último se demostró también mediante las declaraciones de los testigos Alfonso María Zabala (fl. 23 cdno. núm. 4), y Juan Enrique Moreno, administrador de la represa del Sisga (fls. 68 a 71 del cdno. 4 anexo 2)" (fls. 95 a 96 cdno. 1).

"El caso especial de las actividades peligrosas:

"... ... ..."

"Una de las más elaboradas y representativas expresiones de este grupo es, sin duda, la llamada 'teoría de las actividades peligrosas'. Ella consiste, precisamente, en sostener que, en el evento de los daños causados como consecuencia del desarrollo de actividades que de suyo entrañan un alto grado de peligrosidad, el perjudicado que demanda la reparación del perjuicio está liberado de demostrar la falla del servicio —o la culpa en el caso del derecho civil— porque ella se presume del mero ejercicio de la actividad. En estos casos, basta con probar la ocurrencia del hecho, en su efecto dañoso y el vínculo causal entre uno y otro.

"En el Derecho Administrativo, la validez de dicha tesis ha sido acogida ya por la doctrina y la jurisprudencia nacionales y extranjeras. El Consejo de Estado colombiano la ha reconocido tangencialmente en fallos como el de 24 de octubre de 1975 (Anales 1975, Segundo Semestre, Tomo 89, número 447-448, pág. 438) reiterado en la ya citada sentencia de 28 de octubre de 1976, y en Sala Plena de 31 de octubre de 1982 (citado en el Diccionario Jurídico de María Elena Giraldo y Nubia González, Tomo IV, págs. 808 a 810).

"De cualquier modo, lo que sí resulta indiscutible, es que la conducción de electricidad es una de tales actividades peligrosas. Así lo afirman, en efecto, la sentencia últimamente citada y, expresamente, tratadistas como René Chapus (Droit Administratif Géneral, Tomo I, pág. 854, Paris, 1985), Georges Vedel (Derecho Administrativo, pág. 335, Biblioteca Aguilar, 1980) y André de Laubadere (Traité de Droit Administratif, Tomo I, pág. 691, Sexta Edición, París 1973)" (fls. 97, 98 cdno. 1).

"El perjuicio:

"... ... ..."

"En el caso de autos es evidente que mi representado sufrió, ha seguido sufriendo y seguirá sufriendo, mientras viva, gravísimos perjuicios como consecuencia de su electrocución por el contacto con las líneas eléctricas. Aparte de las terribles quemaduras internas y externas, el doctor Pradilla perdió una pierna y el otro pié, permaneció hospitalizado varios meses, hubo de trasladar temporalmente su residencia y la de su familia a los Estados Unidos, se vio sometido a múltiples intervenciones quirúrgicas y penosos tratamientos médicos, sicológicos y de adaptación y, finalmente, vio disminuida, en consecuencia, su capacidad laboral.

"Por lo que hace a los perjuicios materiales, es evidente que en este caso existieron, tanto los llamados actuales como los llamados futuros. Los primeros están constituidos por las sumas de dinero que el demandante hubo de cancelar por concepto de honorarios a los muchos médicos que lo atendieron, en Colombia y en el exterior, de gastos de su viaje a los Estados Unidos, de costos hospitalarios por concepto de cirugías, anestesia, drogas, hospitalización, valor de las prótesis y de su adaptación así como también los correspondientes a los costos de los diversos tratamientos a que debió someterse. De la misma manera deberá incluirse en este rubro, el lucro cesante equivalente a los meses durante los cuales el doctor Pradilla estuvo incapacitado para atender sus negocios y cumplir sus compromisos profesionales.

"Los perjuicios futuros están constituidos por la disminución que experimentará el patrimonio del demandante como consecuencia de haber él perdido el ochenta por ciento de su capacidad laboral.

"Por lo que hace referencia a los perjuicios morales, ellos se limitan a reclamación de los subjetivados, es decir al llamado *'pretium doloris'*, porque si bien seguramente los hubo también objetivados, la tradicional y reconocida dificultad que se predica de su probanza, se ha puesto una vez más en evidencia durante el presente proceso" (fls. 99 y 100 del cdno. 1).

"El nexo causal:

"... ... ..."

"Nadie ha negado nunca que el estado actual de invalidez del doctor Pradilla y los múltiples perjuicios —ya descritos— padecidos por él, fueron y son la consecuencia directa e inmediata del accidente de 15 de noviembre de 1980.

"La electrocución sufrida por mi mandante en aquella fecha y todas sus secuelas posteriores, fueron producidas por la descarga eléctrica que originó el corto circuito producido por el contacto entre los cables eléctricos desnudos colocados por debajo del nivel mínimo de seguridad exigido por las regulaciones correspondientes y el mástil de la embarcación velera en la que él navegaba" (fls. 101 y 102 cdno. 1).

"Ausencia de culpa del demandante:

"Los demandados y muy particularmente la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, han afirmado o insinuado que el accidente tuvo causa la negligencia del demandante consistente en navegar en el Sisga sin expresa autorización, en no haberse percatado

de la presencia de los cables eléctricos colgados sobre la superficie de la misma y en haber pasado por alto un aviso de prevención colocado por el fabricante en la base del mástil del velero.

"Tales supuestas actitudes culposas no llegaron a demostrarse y no pasaron de ser vanos intentos de tapar el sol con las manos. Por el contrario, la evidencia que surge de autos apunta a destacar que la conducta del doctor Pradilla se ciñó en un todo a la propia del hombre prudente y diligente que, acompañado de su esposa, se embarca en su velero un sábado por la tarde para pasear por los alrededores de su finca navegando en una represa que tradicionalmente ha sido y continúa siendo utilizada para tales fines, por él mismo y por muchísimos otros paseantes y deportistas" (fls. 102 a 103 cdno. 1).

"... ... ..."

"Desde luego, el doctor Pradilla, conocedor de su velero, había tomado nota acerca del aviso de prevención colocado por el fabricante de la embarcación. Y, naturalmente, dado su carácter prudente que nadie ha desvirtuado —habría extremado sus precauciones— para evitar el riesgo de contactos con conductores eléctricos, si hubiera conocido o debido conocer la circunstancia de que sobre la represa rondaba un peligro recientemente configurado, en la forma de líneas eléctricas desnudas a muy baja altura.

"El rutinario aviso acerca de los riesgos inherentes a los materiales empleados en la construcción de la embarcación, ciertamente no liberaba a las entidades públicas encargadas de la operación de la represa y de las líneas eléctricas, de su obligación de conjurar el grave peligro aparecido o al menos haber colocado una señal o dado una voz de alerta" (fls. 88 y ss., cdno. 1).

Concepto fiscal:

De la vista fiscal conviene tomar los siguientes apartes:

"Consideraciones:

"... ... ..."

"El accidente a que se refieren los hechos de la demanda, quedó plenamente demostrado. En relación con las causas que lo generaron habrá que analizar y apreciar las diferentes pruebas que aparecen en el expediente, siendo este aspecto de suma importancia a fin de determinar la responsabilidad de los antes acusados" (fl. 109, cdno. 1).

"... ... ..."

"Es claro pues que para la época en que se sucedieron los hechos el nivel de las aguas había aumentado, debido al mayor volumen de agua represado.

"Los mismos declarantes coinciden en afirmar, que no obstante haberse aumentado el volumen del agua en la represa, no se llegó a su máxima capacidad, no habiendo existido la necesidad de utilizar los mecanismos de desagüe previstos para casos de emergencia" (fl. 110, cdno. núm. 1).

"... ... ..."

"De las declaraciones anteriores se deduce, que al subir el nivel de las aguas debido a las pruebas que la CAR estaba realizando, unos postes quedaron parcialmente sumergidos en el agua. Este hecho es aceptado por la misma Empresa de Energía Eléctrica (ver documento al fl. 20 del cdno. 3).

"También se constató que después de ocurrido el accidente, esos postes fueron retirados del lugar en donde inicialmente fueron colocados. Que fue precisamente en los días subsiguientes al accidente sufrido por el señor Pradilla, que una cuadrilla de la Empresa de Energía Eléctrica le cambió de ubicación a los postes, retirándolos hacia la orilla de la represa.

"Al parecer la Empresa de Energía Eléctrica no fue avisada de las pruebas que se estaban realizando en la represa por parte de la Corporación. Así pues que sólo después de ocurrido el accidente procedió a reubicar los postes.

"Sobre este punto vale la pena destacar lo que dicen los peritos al folio 257 del cuaderno 2 bis:

"'...g) Las líneas eléctricas causantes del accidente cumplían con los estudios y requisitos, excepto con la determinación de la ruta a seguir en su parte final al no considerarse que esa zona era inundable al llegar el embalse a su nivel máximo de diseño dado por la cota del vertedero' (fl. 111 a 112 cdno. 1).

"... ... ..."

"Por otra parte tanto el señor Alberto Pradilla como su esposa, admiten haber navegado en la represa del Sisga; él afirma tener una vasta experiencia en la materia. Eran además propietarios de una finca en el lugar y dueños también del velero que conducían. Teniendo en cuenta las circunstancias anotadas, se puede deducir, que solamente una confianza excesiva, rayana en imprudencia, llevó al actor a descuidar la conducción del velero".

"Es importante también destacar, las características del velero, construido en material metálico y con un mástil de aluminio y de considerable altura, según se pudo constatar en la diligencia de inspección judicial cuya acta aparece al folio 244 y subsiguientes del cuaderno 2 bis. En esa misma oportunidad se pudo apreciar que en el mástil del velero aparece una leyenda advirtiendo sobre el peligro del mástil metálico con la electricidad".

"En el expediente quedó establecido, que la construcción de las redes eléctricas estuvo a cargo de la Corporación, pero que éstas fueron cedidas a la Empresa de Energía Eléctrica quien en últimas tenía a su cargo su mantenimiento".

"Debe advertirse también, que por su naturaleza, la represa del Sisga cumple con una función de almacenamiento de agua para fines estrictamente de servicios públicos como regulación de caudales de las aguas para el suministro de energía eléctrica, acueducto y riego, según las necesidades lo exijan. No es pues una laguna o un parque de recreación".

"Lo anterior impone al visitante una conducta más diligente y cuidadosa".

"Del análisis anterior, este despacho considera que en el presente caso existió realmente responsabilidad de los entes demandados, así como también culpa de la víctima, la que resultó ser determinante en la ocurrencia de los hechos. En consecuencia habrá lugar a declarar la responsabilidad de los entes demandados y condenar al pago de perjuicios pero disminuidos".

"En relación con los daños que se solicitan, este despacho considera acertadas las observaciones que hace el representante de la Corporación Autónoma Regional de la Sabana de Bogotá 'C.A.R.' visibles a los folios 36 y siguientes del cuaderno número 1" (fls. 112 a 113 cdno. 1).

Consideraciones de la Sala:

Es aceptado por la jurisprudencia y la doctrina que la administración responde por perjuicios causados a los asociados siempre y cuando se presenten en forma copulativa los elementos integradores de la responsabilidad por falla del servicio, que esta Corporación ha señalado en forma reiterada así:

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

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.

Si falta alguno de estos elementos, estructurales no habrá lugar a indemnización.

Ahora bien: los elementos probatorios allegados al proceso demuestran lo siguiente:

1º Que el demandante se dedicaba el día 15 de noviembre de 1980, a navegar, en un velero de su propiedad, en la represa del Sisga y encontrándose en tal actividad el mástil de la nave hizo contacto con unos cables conductores de energía eléctrica de tensión media que atravesaban parte del embalse (testimonios de José Alejandro Cadena Gómez fl. 35 cdno. 2 bis, Sonia Bialikamien de Michaan, fl. 40 cdno. 2 bis, María Clara Jaramillo de Pradilla, fl. 78 cdno. 2 bis).

2º Que como consecuencia de lo anterior el actor sufrió graves daños en su salud que dieron lugar a la amputación de la pierna izquierda y de parte del pie derecho dejándole, además, cicatrices en otras partes del cuerpo (testimonios María Clara Jaramillo de Pradilla, fl. 78 cdno. 2 bis, dictamen Medicina Legal, fl. 284 cdno. 2 bis, testimonio José Omar Jaramillo Escobar fl. 41 cdno. 2 bis).

3º Que fueron necesarios tratamientos tanto en el país como en Estados Unidos para salvar la vida del paciente y que, como resultado, le fueron colocadas prótesis para facilitar su movilización (dictamen Medicina Legal, fl. 284 cdno. 2 bis. Testimonio José Omar Jaramillo Escobar, fl. 41 cdno. 2 bis, testimonio Fabio Londoño González, fl. 34 cdno. 2 bis).

4º Que la administración de la represa del Sisga corresponde en su integridad a la Corporación Autónoma Regional de la Sabana de Bogotá y de los Valles de Ubaté y Chiquinquirá "CAR" y que por la época del accidente se encontraba aproximadamente llena en un 98% de su capacidad pero que, en ningún momento, pasó los límites de su capacidad máxima.

Así mismo, se encuentran abundantes medios indicativos de que la CAR por esa época estaba realizando pruebas para establecer la efectividad de unas reparaciones realizadas en la represa y, por ello, era necesario llenar el embalse hasta su máxima capacidad, sin traspasar esos límites lo que sería imposible, dados los controles con que cuenta, especialmente el denominado "vertedero", lugar por el cual salen las aguas al alcanzar su límite máximo (interrogatorio director CAR, fl. 222 cdno. 2 bis; testimonio Miguel Alvarez Calderón, fl. 134 cdno. 1 bis, documentos de los fls. 147 y ss., cdno. 1 bis, testimonio Efraín Enrique Sandoval García, fl. 60 cdno. 1 bis, testimonio Iván de J. Gómez Villa, fl. 63 cdno. 1 bis, testimonio Juan Enrique Moreno González, fl. 68 cdno. 1 bis).

5º Que las redes eléctricas que dieron ocasión al accidente fueron construidas por la CAR pero que ellas fueron vendidas posteriormente, por medio de la escritura pública número 1362 de marzo 7 de 1973 de la Notaría Sexta de Bogotá a la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, la cual las recibió según acta de 2 de abril de 1973, incluido el traspaso de los empleados que los operaban (fl. 77 y ss. cdno. 1 bis).

6º Que, como consecuencia de lo anterior para el 15 de noviembre de 1980 las redes eléctricas que causaron el accidente eran de propiedad y estaban a su cuidado, de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá (cdno. 3 fl. 20) informe bajo juramento del gerente general de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá.

7º También se halla establecido que la altura mínima de los cables que conducen esta clase de energía eléctrica es de 6 metros sobre el piso o el nivel de las aguas, según las normas técnicas que regulan la materia (dictamen pericial fl. 256 cdno. 2 bis. Testimonio Rodrigo Querubín Londoño fl. 74 cdno. 2 bis. Testimonio Jairo López Morales, fl. 49 cdno. 2 bis).

8º Que el día del accidente las cuerdas de la Energía Eléctrica se encontraban un poco por debajo del mínimo de altura sobre la superficie del agua.

Son concurrentes varios testimonios de empleados de la CAR y de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá en establecer que la altura de las cuerdas en relación con la superficie del agua era de 5.90 metros (testimonio de Juan Enrique Moreno González, fl. 68 cdno. 1 bis, que ratifica en la inspección judicial, fl. 244 cdno. 2 bis), memorando interno del administrador de la represa al jefe de Hidrología de la CAR (fl. 250 cdno. 2).

9º De otra parte, con los mismos testimonios y documentos se establece que la profundidad del agua era de 3.10 metros en el sitio del accidente y tomando los datos que dan los señores peritos sobre las especificaciones de la red se puede, establecer, previa la operación matemática respectiva, que el cable más bajo se encontraba a 5.70 metros de la superficie del agua (dictamen pericial fl. 271 cdno. 2 bis).

10. Así mismo, se ha demostrado a través de la misma demanda y de los testimonios recibidos, que el demandante señor Alberto Pradilla Bermúdez, navegaba el día del accidente totalmente distraído y con gran imprudencia, dado que si hubiera estado atento y hubiese sido diligente, seguramente tal hecho no se habría producido ya que los cables de conducción de la energía y los postes en los cuales se sustentan eran visibles desde una distancia de 200 metros en un día claro y soleado como aquel 15 de noviembre de 1980 (dictamen pericial fl. 284 cdno. 2 bis, testimonio de María Clara Jaramillo de Pradilla, fl. 78 cdno. 2 bis, testimonio Juan Martín Arbouin Guzmán, fl. 62 cdno. 2 bis, testimonio José Alejandro Cadena Gómez, fl. 35 cdno. 2 bis).

11. Por último existe prueba en el proceso de que el velero con su mástil tiene una altura superior a los 7 metros y que el fabricante colocó advertencias sobre el peligro de acercarse a cables conductores de corriente eléctrica, o hacer contacto con ellos (inspección judicial fl. 244 cdno. 2 bis).

Así mismo, se demostró que el demandante Alberto Pradilla Bermúdez se reintegró a sus labores habituales una vez efectuados los tratamientos médicos que requería. (Interrogatorio de parte fl. 139 cdno. 1 bis. Testimonio de Daniel Eduardo Visbal Manjarrés, fl. 69, cdno. 2 bis).

Así las cosas y dado que son dos las entidades públicas demandadas, se ha de establecer qué responsabilidad cabe a cada una de ellas y qué participación tuvo cada parte integradora de la relación jurídico procesal en los hechos que sirvieron de causa a las pretensiones procesales.

a) *Situación de la CAR.*

Se ha probado plenamente dentro de las etapas procesales que en la época anterior al accidente que causó las lesiones al demandante, la CAR, cumpliendo con su condición de administradora de la represa del Sisga, había ordenado obras de reparación de la misma. Culminadas tales obras se procedió a llenar el embalse hasta su límite máximo para poner a prueba la calidad de los trabajos realizados. Como consecuencia del hecho anterior la represa subió de nivel sin traspasar los límites máximos de inundación por cuanto no llegó sino hasta el 98% de su capacidad de almacenamiento total.

No fue entonces, como lo dice la demanda "...un desmedido aumento en el caudal de las aguas de la misma..." sino una utilización del embalse dentro de los límites normales, porque, como lo afirman los testimonios recibidos sobre el tema, los propietarios de predios riberanos conocen las permanentes alzas y bajas en el nivel de las aguas y, por otra parte, existen mojones indicativos de los linderos que delimitan las tierras inundables de propiedad de la CAR. Además, por las mismas especificaciones técnicas de este tipo de obras es imposible que se supere el límite máximo de inundación ya que el llamado "vertedero" está construido precisamente para evitar tal posibilidad.

En cuanto a las redes eléctricas, cuyo contacto con el mástil del velero produjo el accidente, si bien es cierto que fueron construidas por la CAR como lo demuestran los documentos allegados al plenario, y vendidas y entregadas a la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, esta entidad asumió su administración y mantenimiento desde el mes de abril de 1973, por lo cual si la CAR, plantó los postes de sostenimiento de las líneas de conducción en terreno inundable, la Empresa

de Energía Eléctrica desde el momento mismo en que las compró y se hizo cargo de su administración y mantenimiento, ha debido tomar las previsiones necesarias para evitar los riesgos que pudieran presentarse en las épocas de utilización de la capacidad máxima de la represa.

Se afirma en la demanda, en el hecho 20, que "la causa directa e inmediata del accidente fue el contacto del mástil del velero de propiedad de los esposos Pradilla con cables de alta tensión, desprovistos de toda protección, que en razón de la elevación exagerada quedaron colgando directamente encima de dichas aguas". Y en el hecho 22 se agrega: "...para la fecha del lamentable accidente las autoridades encargadas de la administración y manejo de la represa o embalse del Sisga dispusieron o permitieron un desmedido aumento en el caudal de aguas de la misma, de modo que su nivel subió en forma tal que el agua invadió las riberas..."

Y en el 23 se insiste "inexplicablemente, tan considerable ascenso en el nivel de las aguas y el consiguiente sumergimiento parcial de los postes..." (fl. 12).

Afirmaciones estas que no reflejan toda la verdad, pues la elevación de las aguas, ni fue exagerada, ni "las autoridades encargadas de la administración y manejo de la represa... dispusieron o permitieron un elevado aumento en el caudal de las aguas", ni el "ascenso en el nivel de las aguas" fue ni "tan considerable" ni tan "inexplicablemente", como se quiere hacer aparecer y en lo cual se hace gravitar el mayor peso de la responsabilidad del accidente.

No se necesita ser un técnico en la materia, ni siquiera un ingeniero civil, ni un vecino del lugar, para darse cuenta que el nivel de las represas es oscilante de acuerdo con el clima, y que en todo caso su capacidad y ascenso no puede sobrepasar los límites de su vertedero. En el caso de la represa del Sisga por la época del accidente el ascenso de las aguas apenas alcanzó a llegar al 98% de su capacidad.

De modo que esta causal de responsabilidad que se imputa a la CAR no resultó probada.

En su alegato de conclusión el apoderado de la parte actora dice: "En el caso de autos bien la CAR, bien la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, o ambas simultánea o sucesivamente, incurrieron en múltiples o evidentes fallas del servicio por haber omitido su prestación o por haberla realizado de manera ineficiente" (fl. 92, cdno. 1).

En cuanto concierne a la CAR, no es fácil entender cómo puede faltar a su servicio o ser ineficiente al tratar de aumentar al máximo su caudal de aguas ya que el represamiento de éstas es una de sus principales funciones. Distinto sería si su función fuera la de represar las aguas para explotar y fomentar el deporte de la navegación. No aparece siquiera acreditado en el proceso que al demandante se le

hubiera concedido permiso para navegar, aunque todo parece indicar que tampoco se le prohibió la navegación, pero este aspecto no ha sido materia de alegación como causal de responsabilidad.

Quiere decir lo anterior, que la CAR no podrá ser objeto de condena por este concepto.

b) *La situación de la Empresa de Energía Eléctrica.*

Se ha establecido, por otra parte que la red de conducción cuyo contacto con el mástil del velero que dio lugar al accidente de que trata este proceso, fue adquirida por la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá mediante la escritura número 1362 de 7 de marzo de 1973, otorgada en la Notaría Sexta de Bogotá y que, como consecuencia, esa empresa estatal pasó a tener la administración, conservación y explotación de la citada red. Es decir, el 15 de noviembre de 1980, hacía 7 años que el suministro de fluido eléctrico para la zona estaba totalmente a cargo de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá.

Ahora se ha de establecer si la empresa cumplió a cabalidad con los cuidados y especificaciones técnicas que en el desarrollo de su actividad eran indispensables en guarda del interés de los asociados y en cumplimiento de los cometidos estatales determinados en el artículo 16 de la Constitución Nacional.

Es apenas natural que, para evitar riesgos, las cuerdas que conducen energía eléctrica de alta y media tensión se deben colocar a una altura mínima en relación con la superficie del suelo o el agua que atraviesan. Esta altura mínima, para la clase de cables que ocasionaron el insuceso, según lo determinan expertos en la materia cuya opinión se allegó al proceso, debería ser "de 8 metros más o menos, aunque, las normas para electrificación rural del Instituto Colombiano de Energía Eléctrica (ICEL) permite una altura mínima ...de 6 metros" (dictamen fl. 256 cdno. 2 bis).

El día del accidente, como se vio atrás, las cuerdas de la Energía Eléctrica se encontraban un poco por debajo del mínimo de la altura sobre la superficie del agua y los postes que servían de sustento de tales líneas estaban parcialmente sumergidos en el agua. Ya se dijo que quien plantó los postes y extendió las líneas fue la CAR pero en el momento de la ocurrencia del accidente, ya hacía siete años que su propiedad, administración y mantenimiento había pasado a la Empresa de Energía Eléctrica, por lo cual era a esta empresa y no a ninguna otra a quien le correspondía velar por su buen funcionamiento. Muy indicativo de que alguna previsión ha debido tomarse, es que al día siguiente del accidente, se promovieron los postes y las líneas al lugar a donde presumiblemente era el indicado y que de haberlo hecho antes, posiblemente, el accidente no se hubiera producido. La Empresa de Energía Eléctrica, más que nadie, está en la

obligación de conocer los riesgos que puede ocasionar su actividad peligrosa.

Por esta razón, no puede decirse que la Empresa de Energía Eléctrica haya estado exenta de responsabilidad en el acaecimiento del accidente que ha dado origen a este proceso, aunque no en la forma como se afirma en la demanda y con prescindencia de culpabilidad por parte del actor como se verá a continuación.

c) *La responsabilidad del actor en el accidente.*

Existen en el expediente elementos de juicio para establecer sin lugar a dudas, que el demandante Alberto Pradilla Bermúdez obró con ligereza en el espacio temporal que antecedió al accidente. Efectivamente, la misma demanda narra cómo el demandante salió con su esposa a navegar "sin rumbo determinado" (hecho tercero) y cómo "el matrimonio Pradilla Jaramillo paseaba relajada y desprevenidamente a bordo del velero ...Por otra parte los elementos probatorios aportados así lo demuestran.

Es aceptado por la demanda, por el actor, por la esposa del actor y por los testigos, que el día del accidente se presentaba una tarde soleada y con perfecta visibilidad. Los señores peritos que, en las condiciones expuestas, los cables conductores de la energía eléctrica eran visibles desde una distancia de 200 metros y, además la línea eléctrica, tenía una extensión de 250 metros en su paso por el sector inundado, con soportes en tres postes de 20 a 25 centímetros de diámetro.

Apreciado este aspecto se puede concluir que los tripulantes del velero iban absolutamente distraídos y sin poner atención al rumbo, dejando que el viento los condujera a la deriva. Sólo esta actitud totalmente desprevenida puede explicar que los navegantes no observaran la proximidad de las cuerdas y de los postes. Existió, pues, negligencia por parte del demandante en el ejercicio de una actividad que, como la navegación, también es peligrosa, es decir, que el actor incurrió en un error de conducta en que una persona prudente no hubiera caído dentro de las mismas circunstancias.

Lo anterior se corrobora, con los testimonios de Jorge Alejandro Cadena Gómez (fl. 36 cdno. 2 bis), Jorge Eduardo Umaña Crane, expertos navegantes de veleros quienes narran las precauciones que deben tenerse en este tipo de deporte y concretamente hablan de la distancia a que se ven los obstáculos y de lo peligrosa que es la represa del Sisga por sus cambios en la dirección del viento.

En este sentido no sobra transcribir parte de la declaración de Ana Lucía Sánchez Nosa (fl. 234 vto. cdno. 2) cuando dice: "...entonces el viento echaba el velero hacia arriba hacia el lado de las

cuerdas de la luz, hacia el sur lo estaba echando, las cuerdas de esa luz van para la hacienda de Iberia, entonces el velero quedó en medio de las dos cuerdas de la luz y no podía salir, pero endespués (sic) el viento otra vez bajó y lo empujó y lo sacó de ahí y de nuevo volvió a quedar en el mismo sitio de antes dentro de las cuerdas de la luz y ahí fue cuando quemó al señor Pradilla".

Además, según se pudo comprobar en la inspección judicial, en el mástil es visible una leyenda que previene sobre el peligro de graves riesgos aún de muerte, al acercarse o hacer contacto el velero con líneas de energía eléctrica.

Se configura entonces, sin lugar a dudas, culpa de la víctima en el accidente que dio origen al proceso, y tal circunstancia se acentúa más si tenemos en cuenta que dada la altura del velero, desde la línea de flotación hasta el extremo de su mástil (más de 7 metros) el contacto con la red eléctrica se habría producido aun cuando la cuerda inferior hubiera estado sobre el nivel de las aguas a la distancia mínima indicada por las normas técnicas que regulan la materia.

No debe perderse de vista que el actor, además de ser un experto conductor en esta clase de veleros, es un prestigioso ingeniero, que por razón de su profesión y de ser un propietario riberano tenía que saber de los altibajos de la represa, la que al decir de su esposa, conocían como la palma de la mano.

Por todas estas circunstancias, no puede negarse, como se hace en la demanda y en los alegatos de la parte actora, que parte de la culpa en este accidente, la tuvo el actor al no conducir el velero con las previsiones que en el mástil se le indicaban respecto de la altura del mismo.

Conclusiones:

Hechas las anteriores consideraciones, es preciso concluir que la responsabilidad en el accidente de que trata el presente proceso, es compartida entre el actor y la Empresa de Energía Eléctrica. La Sala teniendo en cuenta los diferentes aspectos, tanto objetivos como subjetivos distribuye la responsabilidad, asignando un 20% para el actor y un 80% para la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá.

Perjuicios morales:

Es indudable que, dado el dolor que conlleva esta clase de accidentes y las consecuencias de orden sicológico que producen la pérdida de parte del cuerpo, el actor fue víctima de perjuicios morales. Si de acuerdo con la reiterada jurisprudencia que en tal sentido existe, tales perjuicios se estiman en una cuantía máxima de mil gramos oro,

la cantidad que corresponde pagar por este concepto a la Empresa de Energía será de ochocientos (800) gramos oro.

Perjuicios materiales:

En cuanto a los perjuicios materiales, la proporción será la misma, pero la condena se hará en abstracto por carecer de elementos de juicio suficientes para su estimación concreta por lo cual se regulará mediante incidente conforme lo preveen los artículos 307 y 308 del Código de Procedimiento Civil con sujeción a las siguientes pautas:

a) Se determinará el valor de lo dejado de percibir durante el tiempo en que por razón del accidente estuvo incapacitado el actor para desempeñar las funciones que ejercía con antelación a tal hecho, tiempo comprendido entre el 15 de noviembre de 1980, fecha del accidente, hasta el día en que estuvo en condiciones de reasumir sus funciones. Para la estimación de los salarios se tendrán en cuenta las declaraciones de renta del actor, no extemporáneas, correspondientes a los años 1979 y 1980. Si no acreditare ningún salario se acudirá al mínimo legal a la fecha del accidente, o sea el 15 de noviembre de 1980.

b) Además, se debe tener en cuenta la posible disminución de su capacidad funcional permanente, producida por el accidente con base en los elementos de prueba que obran en el proceso y al momento que se fije por la oficina de Medicina Legal del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. El reconocimiento se hace hasta el término de su vida probable conforme a las tablas de mortalidad de las compañías de seguros aprobadas por la Superintendencia Bancaria.

En la liquidación se distinguirá la indemnización debida o consolidada, desde la fecha del accidente hasta la fecha de este fallo, y la indemnización futura en la forma establecida por la jurisprudencia de la Corporación.

La Sala encuentra acreditado que hubo un tratamiento médico en el extranjero, lo que se demuestra mediante pasajes, facturas, recibos y testimonios, pero el monto de su valor no se encuentra debidamente establecido, por lo cual, la prueba de los correspondientes costos, deberá aportarse en la forma legal dentro del respectivo incidente.

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

Falla:

1. Declárase a la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, responsable en una proporción del ochenta por ciento (80%) en concurrencia con el actor, doctor Alberto Pradilla Bermúdez, del accidente sufrido por éste el día 15 de noviembre de 1980, en la represa del Sisga, municipio de Chocontá, departamento de Cundinamarca.

2. En consecuencia, condénase a la mencionada entidad, a pagar, al doctor Alberto Pradilla Bermúdez el equivalente a ochocientos (800) gramos oro como perjuicios morales, lo cual se liquidará con referencia a su precio el día de la ejecutoria de la presente sentencia.

3. Condénase a la citada entidad, a pagar al actor, en la misma proporción, los perjuicios materiales causados, los que se liquidarán mediante el incidente previsto por el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, con sujeción a las pautas indicadas en la parte motiva.

4. Absuélvase a la Corporación Autónoma Regional de la Sabana de Bogotá y los Valles de Ubaté y Chiquinquirá "CAR" de las pretensiones demandadas.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

Esta providencia fue discutida y aprobada en Sala en sesión de fecha 9 de febrero de 1989.

Carlos Ramírez Arcila, presidente Sala. Aclaración de voto; *Carlos Betancur Jaramillo, Antonio J. de Irisarri Restrepo, Julio César Uribe Acosta.*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

EMPRESA DE ENERGIA ELECTRICA DE BOGOTA. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL.

La aclaración la hago para dejar constancia de mi discrepancia en cuanto a la proporción de la responsabilidad del demandante en el accidente, por no considerar justo condenar a la Empresa de Energía en una proporción mayor del 40 y 50 por ciento.

Referencia: Expediente número 4009. Actor: Alberto Pradilla Bemúdez.

No obstante el tiempo prolongado de discusión de la ponencia inicial presentada en el presente negocio, no fue fácil llegar a un acuerdo mayoritario, con lo cual se ha evitado una mayor demora ya que por razón de un posible empate de la Sala relacionado con diferentes apreciaciones en algunos aspectos, el negocio hubiera podido pasar a decisión de Sala Plena, o por razón de un salvamento de voto del ponente el negocio habría tenido que pasar a la conducción de otro consejero, y en cualquiera de los dos casos con aumento de tiempo en una solución definitiva, pero gracias a una adecuación de los diferentes criterios se ha logrado evitar lo uno y lo otro aunque con el aceptamiento de una aclaración de voto por parte del ponente.

Tal aclaración la hago para dejar constancia de mi discrepancia en cuanto a la proporción de la responsabilidad del demandante en el accidente, la que para el resto de los componentes de la Sala pudo ser mínima en concepto de uno de ellos, de 20% para otro y del 40% para el tercero, para finalmente, aceptar el término medio del 20% como criterio mayoritario, con la aclaración de mi parte, por no considerar justo condenar a la Empresa de Energía en una proporción mayor del 40 o 50 por ciento.

A esta conclusión llego, no por simple arbitrio sino por los fundamentos aducidos en la demanda. Así, en el hecho 20 se afirma: "...la causa física directa e inmediata del accidente fue el contacto del mástil del velero de propiedad de los esposos Pradilla con cables de alta tensión desprovistos de toda protección, que en razón de la elevación exagerada en el nivel de las aguas de la represa quedaron colgando directamente encima de dichas aguas" (fls. 11 y 12).

En el hecho 22 se dice: "...para la fecha del lamentable accidente las autoridades encargadas de la administración y manejo de la re-

presa o embalse del Sisga dispusieron o permitieron un desmedido aumento en el caudal de aguas de la misma..."

En el concepto de la violación se agrega: "...pudo establecerse que aquel (el accidente) se originó como consecuencia de haberse dispuesto o permitido la elevación del nivel de las aguas de la represa..." (fl. 14).

Como puede verse, se hace bastante hincapié en el desmesurado aumento del caudal de las aguas de la represa, lo cual no solamente es imposible tratándose de una represa de esta clase sino que su capacidad no llegó a pasar del 98% de su posibilidad normal. Por esta razón se absuelve a la CAR. La elevación de su nivel no llegó nunca, ni puede llegar, por razón de los vertederos, a sobrepasar su capacidad total.

Al contrario, si las cuerdas de energía no hubieran estado, a la fecha del accidente, a una altura de 5.80, el mástil del velero no hubiera tenido una altura de 7 metros o si el conductor de éste hubiera obrado con alguna prudencia, el hecho lamentado no hubiera sucedido. Por estas razones la ponencia original consagraba una responsabilidad compartida entre el demandante y la Empresa de Energía Eléctrica, en un 50% para cada uno.

Bogotá, 10 de febrero de 1989.

Carlos Ramírez Arcila, Consejero de Estado.

DEMANDA. Requisitos. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA. JURA NOVIT CURIA. ACCION DE REPARACION DIRECTA Y CUMPLIMIENTO.

Las exigencias consistentes en indicar las normas que se estimen violadas, y en explicar el concepto en que lo fueron, solamente deben satisfacerse cuando de impugnación de actos administrativos se trate, lo cual implica que esos mismos señalamientos y explicación no se requieren cuando se ejerciten acciones distintas a las impugnadoras de actos administrativos, como acontece con el contencioso de reparación directa y cumplimiento.

La calificación jurídica que de la pretensión, haga el actor, no es requisito esencial de ésta y, por lo tanto, mal podría predicarse la incongruencia de la sentencia con relación a elementos que son totalmente extraños a la definición misma de la pretensión.

El régimen de responsabilidad patrimonial de los entes públicos es una valoración teórica que incumbe efectuar autónomamente al juzgador, como dispensador del decreto ante la realidad histórica que las partes le demuestren.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO. FALLA DEL SERVICIO. RESPONSABILIDAD POR DAÑO ESPECIAL. RESPONSABILIDAD POR EXPROPIACION Y OCUPACION DE INMUEBLES. RESPONSABILIDAD POR RIESGO. PRINCIPIO DE IGUALDAD.

En los regímenes de responsabilidad en que la falla del servicio no entra en juego, la administración solamente se exonera si demuestra la fuerza mayor o el hecho de la víctima. No ocurre otro tanto en el caso fortuito.

PERJUICIOS. DAÑO EMERGENTE. LUCRO CESANTE.

Si además del daño emergente, se busca la recuperación del lucro cesante, la obligación del responsable del daño no es la de pagar el precio de la cosa destruida, sino el de su valor de obsolencia, o de rescate, de la época en que dejaría de producir utilidad neta.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., veinte de febrero de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Antonio José de Irisarri Restrepo.*

Referencia: Expediente número 4655 (97). Actor: Alfonso Sierra Velásquez. Indemnizaciones.

Se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por el señor apoderado del actor contra la sentencia de 26 de noviembre de 1984, dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

I. La demanda:

En demanda presentada el 16 de abril de 1982, el apoderado del señor Alfonso Sierra Velásquez, solicitó las siguientes declaraciones y condenas:

> "*Primero.* Que el municipio de San Pedro representado por el alcalde señor Jorge Jaramillo o por quien desempeñe el cargo en cada momento procesal, y las Empresas Públicas de Medellín representadas por su gerente doctor Diego Calle Restrepo o por quien desempeñe el cargo en iguales oportunidades, *son solidaria y administrativamente responsables* de los perjuicios irrogados al demandante señor Alfonso Sierra Velásquez, con ocasión de la falta o culpa del servicio, en la prestación del servicio público de suministro de energía o fluido eléctrico, la cual generó daño en su patrimonio al causar la muerte por electrocutación, de doce (12) valiosos semovientes de su propiedad, vacas Holstein lecheras de la más alta calidad, en la noche comprendida entre el sábado cinco (5) de septiembre y el domingo seis (6) del mismo mes y año de mil novecientos ochenta y uno (1981).
>
> "*Segundo.* Que dichos perjuicios, integrados por daño emergente y lucro cesante, ascienden a la suma que probatoriamente se establezca dentro de esta secuela ordinaria, o en el incidente que autoriza la liquidación de los mismos en el Código de Procedimiento Civil artículo 308.
>
> "*Tercero.* En consecuencia, los *demandados* pagarán al demandante *solidariamente* el valor de los quebrantos en la forma y cuantía que se señale en el fallo, de acuerdo con lo que en la parte narrativa se determine y en la probatoria se acredite, una vez en firme la sentencia que ponga fin a este proceso; y además a los *intereses* respectivos a partir de la fecha de esta demanda, o de su notificación en subsidio, o en último término de la fecha que señale el Tribunal.

"*Cuarto*. Que se condene igualmente en forma *solidaria* a las Empresas Públicas de Medellín y al municipio de San Pedro a pagar a nuestro mandante el señor Alfonso Sierra Velásquez, por concepto de perjuicios morales subjetivos provenientes del accidente o hecho atrás aludido, mil gramos oro al valor o cotización del Banco de la República para la época del fallo.

"*Quinto*. Que el fallo se cumpla dentro del término fijado por los artículos 121 y 122 del Código Contencioso Administrativo, y vencido el primer mes a partir de la fecha de presentación de la cuenta respectiva, comenzarán a correr intereses corrientes comerciales".

Subsidiarias:

"*Primero*. Que el municipio de San Pedro y las Empresas Públicas de Medellín, representados por el alcalde y gerente respectivamente, *son solidariamente responsables de* los daños ocasionados al demandante señor Alfonso Sierra Velásquez, por motivo de la rotura de una línea conductora de fluido eléctrico, *actividad peligrosa* que compromete la responsabilidad *objetiva* de los demandados en la prestación del servicio de conducción y suministro de energía eléctrica; y a consecuencia de la cual rotura, se causó la muerte por electrocutación de doce (12) semovientes de su propiedad, vacas holstein lecheras de la más alta calidad, en la noche comprendida entre el cinco (5) y seis (6) de septiembre de mil novecientos ochenta y uno (1981).

"*Segundo, Tercero, Cuarto* y *Quinto* en la forma en que se han deducido en la pretensión principal.

El actor del libelo relató los hechos así:

"1º Nuestro poderdante, Alfonso Sierra Velásquez, en la finca Flandes del municipio de San Pedro, vereda Ovejas, se dedica a actividades agropecuarias, especial y principalmente a labores de cría y ordeño de ganado Holstein puro, registrado, clasificado e importados de los Estados Unidos de Norte América; y ganado Holstein colombiano, incremento natural del ganado puro que ha introducido del mencionado país.

"2º Todo el ganado de la nombrada finca Flandes es de propiedad del señor Alfonso Sierra Velásquez, quien de su explotación deriva ingentes utilidades precisamente por lo refinado de la técnica que emplea y de la altísima pureza de sus semovientes que lo acreditan como uno de los mejores ganaderos del país, en este ramo.

"3º Del dicho ganado de la finca Flandes y de propiedad de nuestro cliente, perecieron electrocutadas doce (12) vacas holstein, dos de ellas importadas de los Estados Unidos de Norte América, y el resto holstein colombiano, por haber pisado o hecho contacto con cables o cuerdas conductoras de energía eléctrica que rompieron y vinieron a tierra y consecuencialmente energizaron el piso, o al ponerse en contacto con otros animales ya muertos, en la noche comprendida entre el sábado cinco y domingo seis de septiembre de mil novecientos ochenta y uno (1981).

"4º Esos cables o líneas conductoras de energía eléctrica (o cable o línea roto), forman parte de los que cruzan la mencionada finca y pertenecen o pertenece al servicio público que prestan las Empresas Públicas de Medellín como entidad suministradora de fluido eléctrico, y que en forma conjunta cumple con el municipio de San Pedro para la conducción de energía eléctrica a la vereda de Ovejas de este municipio.

"5º El servicio público de energía eléctrica se presta en aquella región tanto por el municipio de San Pedro como por las Empresas Públicas de Medellín; éstas venden a aquél la energía eléctrica, y el municipio a su vez la compra en bloque y procede a vender a los consumidores. El municipio sostiene las líneas y los usuarios tienen transformador. El municipio es distribuidor directo de la energía, pero las Empresas Públicas la producen y suministran en bloque al distrito municipal y a la vez lo asesoran en tal menester o cometido. Por esto son responsables por igual de los daños que se causen por motivos de tales actividades.

"6º La caída de una línea primaria de distribución de 13.200 v. que atravesaba el potrero en donde pastaban los semovientes electrocutados, obedeció a *culpa del servicio,* o *falla funcional* del mismo por el mal o indebido sostenimiento de estas. De esta manera es indudable que se comprometió la responsabilidad patrimonial de las entidades encargadas de la prestación de dicho servicio.

"7º Después del accidente las Empresas Públicas de Medellín enviaron personal a su servicio para reparar la fisura de la línea, pues la copa (aislador) de esta quedó en varios pedazos los cuales al ser examinados por un experto en la materia llamado por nuestro mandante, mostraron una fisura previa que contenía humedad y polvo.

"8º Los semovientes muertos eran vacas de calidad excepcional. Figuraban entre ellas dos novillonas puras, hijas de vacas puras importadas de los Estados Unidos directamente por el demandante y de un valor superior a dos millo-

nes de pesos ($ 2.000.000.00) cada una. Las demás, siendo también de extraordinaria calidad, tenían un valor unitario superior al medio millón de pesos ($ 500.000.00).

"9º La pérdida de las mencionadas reses implica un perjuicio patrimonial en su aspecto de daño emergente, de mucha consideración, si se tiene en cuenta la excepcional calidad que las distinguía factor que indudablemente se proyectaba en su elevado precio; y representa también un lucro cesante de relieve como que si el hecho no hubiera advenido, se esperaba como ganancia cierta una renta diaria de leche, no menor de cuarenta (40) litros por cabeza.

"10. Las líneas o línea que se rompió, desde hacía varios meses amenazaba ruina y el demandante puso este hecho en conocimiento de la municipalidad de San Pedro así como también la existencia de árboles que en parte fueran de la finca, podían hacer contacto con ella".

II. La sentencia apelada:

Cumplido el trámite de rigor, el Tribunal denegó las súplicas de la demanda y en el acápite de las consideraciones expuso:

"Por todo lo anterior, se llega a la conclusión final de que sólo a la participación de un elemento extraño representado en una descarga eléctrica, con sus consecuencias conocidas dentro del fenómeno atmosférico que se observa turbado cuando aquella se presenta, y que llegó hasta romper la línea y destrozar totalmente el aislador copa y el espigo y a dejar huellas de quemaduras en la cruceta, el ángulo y la punta del riel, situación a la cual se agrega el hecho de que el diseño y la construcción de las líneas se encontraron ajustados no sólo a las normas técnicas, sino que también se ha hecho sobre las mismas el mantenimiento y sostenimiento pertinente, sobre el cual hasta el momento del insuceso nadie se había quejado en relación a su estado de conservación.

"Se impone entonces como lógica conclusión que sólo debido a la causación de unos hechos que configuran el fenómeno jurídico del caso fortuito se debió la muerte por electrocutación de los semovientes de propiedad del demandante.

"Demostrada así una causal eximente de la responsabilidad extracontractual, huelgan consideraciones sobre el evento *sub júdice*" (fl. 326-327 cdno. 1).

III. El concepto fiscal:

En su vista de fondo, la Fiscalía expuso:

"Leyendo la demanda y en especial el capítulo sobre concepto de la violación, que me he permitido transcribir en parte, se entiende que el actor plantea como base de la indemnización que solicita, la llamada falla del servicio consistente en el mal funcionamiento del servicio de energía, a su vez presenta también como fundamento de sus peticiones, el llamado daño especial o responsabilidad sin falta, fundada en el principio de la justicia distributiva de la carga pública.

"Aunque un tanto confusa, lo cierto es que la demanda plantea las dos posibilidades. Igual planteamiento vuelve a ser presentado en el alegato de conclusión visible al folio 281 y siguientes y en el memorial con que se sustentó el recurso de apelación al folio 331.

"En la demanda, como en el alegato de conclusión se presenta con mayor fuerza la responsabilidad por daño especial, tanto es así que solamente unas pocas frases se refieren a la falla del servicio.

"En el curso del proceso, el interesado no se preocupó de probar la falla del servicio, tal vez por considerar que la responsabilidad se debía declarar por el sólo hecho de estar probado el daño y estar establecido que se trataba de la prestación de un servicio público (teoría de la responsabilidad sin falta).

"La sentencia apelada, sin embargo entendió y estudió la demanda como fundada en la teoría de la falla del servicio.

"La ambigüedad que presenta la demanda, no permite saber, si existió o no la falla del servicio, pues resulta que si la base del razonamiento para solicitar la indemnización es el daño especial, debe entonces excluirse por entero la existencia de una falla o falta del servicio. Si se conviene en la legalidad y buen funcionamiento pero con un resultado dañoso para quien demanda, no es necesario establecer la falla del servicio; en el otro supuesto se parte de la base que ha existido un mal funcionamiento, sea por acción o por omisión, que por supuesto también ha producido un perjuicio.

"Se ve pues, que en una misma demanda resulta incongruente sostener los dos planteamientos.

"En relación con la sentencia, este despacho comparte plenamente el análisis de las pruebas que en ella se realizó,

para concluir exonerando al municipio, y negar las súplicas de la demanda.

"En relación con las Empresas Públicas de Medellín en el presente caso, es un hecho que su intervención se limitó únicamente a ser la entidad que vendía en bloque la energía al municipio, siendo último el encargado de prestar el servicio por el cual se reclama. No estando a cargo de las Empresas la prestación de ese servicio público no está llamada a responder por las supuestas irregularidades en el mismo como bien lo dice el fallo apelado.

"Distinto sería el caso en la hipótesis de que fueran las Empresas Públicas de Medellín las obligadas a prestar el servicio y hubieran celebrado un contrato para esos efectos con otro ente, en ese preciso caso era razonable pensar, que no podía oponer ese convenio frente a terceros para efectos de exonerarse de cualquier responsabilidad, que es lo que alega el apelante. Pero, vuelve y se repite, en el presente caso el servicio público estaba a cargo del municipio de San Pedro, así que es ese ente oficial el que está obligado legalmente a responder.

"En este orden de ideas, la sentencia apelada ha debido absolver a las Empresas Públicas de Medellín" (fls. 350-351 cdno. 1).

Consideraciones de la Sala:

Antes de analizar la procedencia o improcedencia de la declaratoria de responsabilidad impetrada en el presente proceso, examinará la Sala la supuesta incongruencia que se daría si se dictase sentencia condenatoria, según el planteamiento de la colaboradora fiscal en su vista de fondo (fl. 350, cdno. 1), y conforme al cual no es posible acumular en una misma demanda, ni siquiera en forma sucesiva o subsidiaria, una pretensión indemnizatoria fundada en una falla del servicio y una basada en la responsabilidad resultante de una actividad peligrosa.

Considera la Sala que no asiste la razón a su colaboradora fiscal, por los siguientes motivos:

1. Una demanda que en el acápite destinado a enunciar las pretensiones no califique el régimen jurídico bajo el cual entiende colocarse el actor, no deja de ser una demanda incoada en debida forma y, por tanto, no le es aplicable la inadmisibilidad y rechazo *"in limine"* que consagran los artículos 143 del Código Contencioso Administrativo y 85 del Código de Procedimiento Civil si, de otra parte, el libelo reúne los restantes requisitos prescritos por los artículos 136 y siguientes

del Código Contencioso Administrativo. Ello significa, pues, que la calificación jurídica que de la pretensión haga el actor, no es requisito esencial de esta y, por tanto, mal podría predicarse la incongruencia de la sentencia con relación a elementos que son totalmente extraños a la definición misma de la pretensión. De manera que si se presenta una demanda que, por ejemplo, no define en el capítulo destinado a enlistar las pretensiones el régimen jurídico que el actor considera aplicable pero que en acápites distintos expone los fundamentos de derecho y demás requisitos exigidos por el artículo 137 del Código Contencioso Administrativo y 75 del Código de Procedimiento Civil, no puede remitirse a duda que tal demanda es una demanda en debida forma que, luego de rituado el correspondiente proceso y sin que se observe causal de nulidad alguna que invalide la actuación, obliga al juzgador a proferir sentencia de mérito.

2. Una interpretación armónica de los preceptos aplicables al evento en comentario determina en qué consiste la congruencia de la sentencia. En efecto: cuando los artículos 170 del Código Contencioso Administrativo y 305 del Código de Procedimiento Civil establecen cuál ha de ser el contenido de la sentencia y sientan el principio de la congruencia de esta, lo hacen con obvia referencia a lo pedido en la demanda. Es por ello que resulta indispensable hacer el cotejo con lo que esta última debe contener, es decir, respecto de lo que prescriben los artículos 137 del Código Contencioso Administrativo y 75 del Código de Procedimiento Civil. En este orden de ideas, tres son los requisitos relevantes para la dilucidación del tema planteado, a saber: las pretensiones deducidas en el libelo, los hechos que les sirven de fundamento y el derecho en que las primeras hallan apoyo. Los tres requisitos mencionados están regulados similarmente en el Código Contencioso Administrativo y en el Código de Procedimiento Civil según pasa a verse. No obstante, las diferencias que los distinguen son también notorias y la determinación exacta de ellas es de suma importancia para precisar la noción de congruencia de la sentencia.

a) *La pretensión.* Cuando el numeral 2 del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo señala como requisito que ha de contener toda demanda que se dirija a esta jurisdicción especializada que se exprese "lo que se demanda", se está refiriendo claramente a la pretensión, en la misma forma en que lo hace el numeral 5 del artículo 75 del Código de Procedimiento Civil cuando expresa: "lo que se pretenda, expresado con precisión y claridad". Valga la pena anotar que en el anteproyecto presentado por el exconsejero Jorge Valencia Arango a la consideración de la Comisión Asesora del gobierno para la redacción de lo que es hoy el Código Contencioso Administrativo adoptado mediante el Decreto-ley número 1º de 1984 se recogía como texto del numeral 2º en comentario, exactamente la misma literatura que utiliza el numeral 5 del artículo 75 del Código de Procedimiento Civil. De manera, pues, que tanto el numeral 2 del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo como el 5 del artículo 75 del Código de Pro-

cedimiento Civil aluden a un mismo requisito de la demanda: la pretensión, denominada también *"petitum"* o petición que es, para volver a la terminología del Código Contencioso Administrativo "lo que se demanda", lo que se le pide al juzgador que declare o decrete en la sentencia.

b) *Los hechos u omisiones que sirvan de fundamento a la demanda.* Este requisito es diferente del anterior; se halla contenido tanto en el numeral 3 del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo como en el 6 del artículo 75 del Código de Procedimiento Civil y, como es sabido, hace referencia a la denominada *"causa petendi"*, es decir, a los presupuestos fácticos de la pretensión, a la realidad histórica que sirve de base al proceso. Retomando la terminología utilizada por el Código Contencioso Administrativo, tal realidad histórica está constituida por "los hechos u omisiones que sirvan de fundamento de la acción".

c) *Los fundamentos de derecho.* Como requisito diferente de los dos anteriores, exige el artículo 137 del Código Contencioso Administrativo que la demanda contenga "los fundamentos de derecho de las pretensiones", norma que equivale a lo que dispone el numeral 7 del Código de Procedimiento Civil. Significa este requisito que para que la demanda pueda ser admitida debe contener la enunciación de los presupuestos sustanciales o procesales que, en concepto del actor, regulen la problemática jurídica que pretende plantear a la composición del juzgador.

De lo hasta ahora dicho puede deducirse que los tres requisitos mencionados no sólo son esenciales sino que, por ser diferentes entre sí por su contenido intrínseco, no juegan el mismo papel respecto del principio de la congruencia de la sentencia. En efecto: el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil enseña que la sentencia ha de estar en consonancia con las peticiones de la demanda; a su vez el artículo 170 del Código Contencioso Administrativo ordena que las peticiones deben resolverse con base en los hechos de la controversia, el conjunto de las pruebas aportadas, las normas jurídicas pertinentes y los argumentos esgrimidos por las partes. De los preceptos en cita se deduce pues, que la sentencia debe ser congruente con lo pretendido, es decir, con lo que se demanda. La pretensión por tanto, responde a la pregunta "¿qué demanda el actor?" y es con base en la respuesta que a tal interrogante se encuentre en el *"petitum"* de la demanda como el juez debe fallar para no incurrir en una sentencia incongruente. La incongruencia no surge, pues, con base en la pregunta "¿por qué demanda el actor?" ya que, como se verá luego, es el juez quien debe dar respuesta a tal interrogante, al menos cuando está en presencia de pretensiones que, como las deducidas en el presente proceso, buscan la declaratoria de la responsabilidad extracontractual de un ente público y la consiguiente condena al resarcimiento de los daños y perjuicios que se dicen sufridos.

Si bien es cierto que en el caso de autos el actor hace la calificación jurídica —innecesaria e irrelevante por demás— de su pretensión, ello no obsta para que la Sala pueda entrar a dictar sentencia de mérito considerando la pretensión indemnizatoria formulada en la demanda y otorgándole el fundamento jurídico correspondiente, pues el juzgador, en procesos como el presente, debe aplicar en toda su extensión los clásicos principios romanos que enseñan que las partes suministran los hechos al juez y éste dispensa a aquellas el derecho, el cual debe conocer y aplicar (*"Da mihi facti, ego tibi jus"*; *"jura novit curia"*) .

3. *La naturaleza de la acción y la regla "jura novit curia"*. Dispone el artículo 137, numeral 4 del Código Contencioso Administrativo que uno de los requisitos que debe contener toda demanda dirigida a esta jurisdicción es el de expresar los fundamentos de derecho de las pretensiones. Y agrega:

"*Cuando se trate de las impugnación de un acto administrativo* deberán indicarse las normas violadas y el concepto de su violación" (subraya la Sala).

Nítidamente fluye de la norma transcrita y del período destacado que las exigencias consistentes en indicar las normas que se estiman violadas y en explicar el concepto en que lo fueron, solamente deben satisfacerse cuando de *impugnación* de actos administrativos se trate, lo cual implica que esos mismos señalamiento y explicación no se requieren cuando se ejerciten acciones distintas a las impugnatorias de actos administrativos, como acontece con el contencioso de reparación directa y cumplimiento (C. C. A., art. 87). Los antecedentes que se registran en la jurisprudencia de esta Corporación así como los que muestran los trabajos de la comisión asesora del gobierno para la redacción de lo que luego vino a ser el mencionado decreto ley avalan ampliamente la anterior afirmación.

a) Así, en providencia de 9 de noviembre de 1978 (Expediente núm. 2401); actor: Marco Aurelio López y otro), la Sala revocó el auto de un tribunal administrativo que inadmitió una demanda indemnizatoria, con fundamento en que el libelo se limitó a mencionar las disposiciones legales que consideró aplicables sin expresar el concepto de la violación, y en su lugar dispuso admitirla y dar trámite legal al proceso. Luego de hacer referencia a lo dispuesto por los artículos 84 y 87 de la Ley 167 de 1941, sustancialmente idénticos a los preceptos 137 y 143 del nuevo Código Contencioso Administrativo, y tras recordar que el juez tiene el deber de actuar en forma razonada cuando examina las demandas para encontrar, con criterio amplio, su verdadera naturaleza, expresó la Corporación lo siguiente:

"En los primeros tiempos del derecho griego el juez sólo podía aplicar la ley invocada y probada por las partes. Pero desde hace muchos siglos se impuso el principio general según el cual se presume el

conocimiento del derecho y la regla común de que éste no requiere prueba y entonces los jueces pudieron decir a los abogados litigantes: *"Venite ad factum, Cura jura novit"* o *"Da mihi facti, ego tibi just"*, frases que se han condensado en el conocido aforismo *"jura novit curia"*, para expresar que el tribunal conoce el derecho y afirmar, así, la trascendental repercusión jurídica de que puede o debe aplicarlo al caso controvertido aunque no haya sido alegado por quienes acuden a él en busca de justicia.

"Estudiado y acogido por los maestros como principio fundamental de los sistemas procesales, el brocardo clásico ha guiado a la jurisprudencia en la interpretación de los preceptos legales que imponen a los demandantes la obligación de expresar, en sus libelos, los fundamentos de derecho de sus pretensiones, para llegar a la conclusión de que esa exigencia busca facilitar la labor del juez en la calificación de la relación sustancial que se invoca, porque, como dice Alsina 'aunque las partes no invoquen el derecho, o lo hagan en forma errónea, al juez corresponde calificar la relación sustancial en *litis* y determinar la norma jurídica que rige' ".

Luego de citar conceptos de autorizados tratadistas de derecho procesal, coincidentes todos en la apreciación conforme a la cual el juzgador puede y aún debe aplicar el derecho que fuere pertinente, así este no sea el invocado por las partes o resulte contrario al invocado, tales como Rocco, Chiovenda, Carnelutti, Sentis Melendo y Couture, concluye del siguiente modo:

"Todas esas afirmaciones doctrinarias encajan en nuestro sistema jurídico y, de manera especial, en el ordenamiento contencioso administrativo que se ha ido perfeccionando con la constante renovación jurisprudencial. La Ley 167 de 1941 exige que toda demanda contenga la expresión de las disposiciones que se estiman violadas y el concepto de la violación, pero a esta formalidad, que ciertamente es indispensable cuando se trata del ejercicio de la acción de simple nulidad o la de plena jurisdicción —nulidad con restablecimiento del derecho— no se le otorga hoy la trascendencia que hace algunos años llevó al Consejo de Estado a sostener, sin distinciones, que el juzgador no puede fundar la sentencia 'en ninguna norma que no haya sido expresa y precisamente citada'. No. El criterio ha variado a la luz de la moderna tendencia procesal y el advenimiento de nuevas pretensiones que debe decidir la jurisdicción contencioso administrativa, y ello, como decía Couture, es, sin duda, un índice de superación en el tecnicismo de nuestra justicia y de amplitud en el cumplimiento de las funciones de nuestra magistratura" (copiador de secretaría, Tomo 27, págs. 358-367).

b) En sentencia de 15 de abril de 1982, esta Sala expresó lo siguiente:

"Pero no tiene razón el fallador de instancia. En efecto, la cita precisa de las normas violadas y el concepto de la violación, son elementos esenciales de las demandas en acciones de impugnación (simple nulidad y acción de plena jurisdicción) porque en tales casos cada violación de norma legal es *'causa petendi'* autónoma e independiente para 'pretender' la nulidad del acto simplemente, o, en su caso, adicionalmente, el restablecimiento del derecho. Si el fallador oficiosamente estudia la violación de normas distintas a las señaladas en el libelo, está modificando la demanda, la *'causa petendi'* de la pretensión y, por lo mismo, fallando *'extra petita'. Pero tratándose de claras pretensiones declarativas y de 'condena', como son las acondicionadas a las súplicas sobre responsabilidad extracontractual, rige para el juez contencioso administrativo como para el contencioso civil el viejo principi* 'jura novit curia', *según el cual de oficio debe aplicar la ley que corresponde aunque sea distinta a la invocada por el litigante, pues el derecho nunca es nuevo ni ajeno para el juez"* (Expediente núm. 3158; actor: Raúl Vargas Moreno; copiador de Secretaría Tomo 42, págs. 141 y 142. Las sublíneas no son del texto).

c) Idéntico principio fue reiterado recientemente por la Sala en sentencia de fecha 5 de agosto de 1988, con ponencia de quien redacta la presente, así:

"...en demandas como la de que se trata, enderezadas a que se declare la responsabilidad patrimonial de una persona jurídica de derecho público por hechos u omisiones suyas y se la condene al resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por esos hechos u omisiones, rigen con la plenitud de sus alcances jurídicos, los clásicos principios generales del derecho conforme a los cuales incumbe a las partes dar los hechos y al juez el derecho aplicable, pues es este último quien debe conocerlo y dominarlo en forma tal que su obligación es la de aplicar el derecho pertinente, así este no haya sido invocado. Es, justamente, lo contrario de lo que acontece en demandas que aducen pretensiones de nulidad de los actos administrativos, o de nulidad de ellos con restablecimiento del derecho, en las cuales se impugna un acto administrativo por considerarlo violatorio de una norma jurídica superior.

"Respecto de la diferenciación entre acciones de impugnación y acciones declarativas y de condena, y la forma en que juegan los principios *"da mihi facti, dabo tibi jus"* y *"jura novit curia"* respecto de unas u otras, ha dicho esta Sala lo que en seguida se transcribe:

> " 'En las «acciones de impugnación» o «recursos extraordinarios» o «acciones rescisorias» o «acciones constitutivas» como han sido denominadas doctrinariamente las «rescisiones limitadas» de que habla Carnelutti, en las cuales, su propia naturaleza, (sic) se impetra la nulidad de un acto jurídico, individual o general, creador de situación jurídica individual o de situaciones generales o reglamentarias, acto

voluntario de derecho privado o de derecho público, la *causa petendi* está configurada por una causal previamente determinada por la ley, la violación de una norma jurídica de superior jerarquía y de allí es donde surge la «pretensión» o *petitum* de nulidad *iudicium rescindens* o de nulidad y consecuencial restablecimiento del derecho *iudicium rescisorium*.

" 'Obviamente, si en tal clase de acciones, el juez da por demostrada una causal no alegada por el demandante, cambia la *causa petendi* o lo que es lo mismo, cambia el elemento histórico de la demanda y si con tal base anula o rescinde el acto impugnado, cambia el *petitum*, pues en ellas, cada violación legal es *causa petendi* propia, independiente y autónoma de un *petitum* de nulidad o rescisión y es sabido que el juez no puede extender sus poderes más allá de la demanda, salvo expresas excepciones de ley sobre fallos *ultra* o *extra petita*: *«nemo iudex sine libello»*.

" 'Pero, contrario a lo anterior, es lo que rige frente a las acciones declarativas o de condena, en que frente a una *causa petendi* simplemente conformada por diversas circunstancias de hecho contempladas en la hipótesis abstracta de la ley sustancial que, al afirmarse en la demanda y demostrarse en el plenario, originan el *petitum* o consecuencia atributiva de derecho o creadora de obligaciones conforme a la misma conclusión hipotética del legislador. Pues bien, en esta clase de acciones rigen, en su plenitud, los viejos principios romanos según los cuales las partes dan los hechos y el juez pone en derecho, aunque resulte distinto o contrario al invocado por ellas, pues tiene plena vigencia el principio «...*jura novit curia*...» (*«Anales»*, Tomo 105, números 479-480, págs. 903 y 904)' ".

Lo hasta aquí dicho permite concluir, sin duda alguna para la Sala, que la circunstancia de que los hechos relatados en la demanda sean constitutivos de una falla del servicio, o conformen un evento de riesgo excepcional o puedan ser subsumidos en cualquier otro régimen de responsabilidad patrimonial de los entes públicos, es una valoración teórica que incumbe efectuar autónomamente al juzgador, como dispensador del derecho ante la realidad histórica que las partes le demuestren. De esta guisa, no resulta incongruente el *petitum* de la demanda cuando sostiene los dos planteamientos teóricos, como lo afirma la agencia del Ministerio Público, pues aunque la responsabilidad por falla del servicio se apoya en la culpa o falta de la administración y la llamada responsabilidad objetiva no tiene en cuenta aquel elemento subjetivo, una y otra son valoraciones jurídicas de una misma y única realidad histórica, constitutiva del fundamento fáctico, que está claramente relacionado con lo pretendido en el libelo.

No le asiste, pues, razón a la Fiscalía en sus planteamientos.

En el expediente se hallan debidamente probados los siguientes hechos:

1º Que por la finca "Flandes", de propiedad del actor, pasaban unas líneas primarias de energía, colocadas por las Empresas Públicas de Medellín en jurisdicción del municipio de San Pedro (fl. 49) y,

2º Que entre la noche de 5 y la madrugada de 6 de septiembre de 1981, cayó sobre la zona donde se halla ubicada la finca del actor, un copioso aguacero acompañado de descargas eléctricas (fls. 98, 106, 121, 135, 171);

3º Que en la fecha indicada en el ordinal precedente murieron doce reses de las que pacían en la hacienda "Flandes" (fls, 49, 142, 275) y testimonios de Celina Zapata de García (fl. 107), Rafael Antonio Rodríguez (fl. 112) y Bernardo A. Restrepo Cárdenas (fl. 118);

4º Que las reses en cuestión eran de propiedad del actor (fls. 40, 47 y certificados de fls. 142 a 153);

5º Que los citados doce semovientes perecieron electrocutados al entrar en contacto con uno de los cables conductores de las líneas primarias de energía eléctrica de las mencionadas en el ordinal 1º anterior (fls. 30, 31, 32, 33, 77, 89, 106);

6º Que la causa de la caída del cable portador de la altísima carga de energía eléctrica no pudo ser establecida con certeza (fls. 49, 121, 170).

Los hechos anteriormente enumerados son suficientes, a juicio de la Sala, para afirmar que el actor sufrió un perjuicio cierto, consistente en la muerte de los doce semovientes de su propiedad y que el tal hecho fue causado por electrocución, al haber entrado en contacto con un cable conductor de energía eléctrica que, al romperse por causa desconocida, cayó sobre el potrero donde pacían los semovientes.

Frente a esa realidad histórica, debidamente acreditada en los autos, procederá entonces la Sala a efectuar la evaluación jurídica del caso hoy sometido a su decisión.

Se ha dicho y repetido por la jurisprudencia nacional que la responsabilidad del Estado encuentra fundamento positivo en las normas constitucionales que reconocen y tutelan, sobre la base de la igualdad de los ciudadanos, los derechos y garantías sociales que la Constitución Nacional consagra y garantiza a todos ellos (Título Tercero de la Carta Fundamental) y, de modo particular, en los artículos 16, 20, 21, 31, 32, 33, 35, 39, 43, 44 y 51 de la Carta. En desarrollo de esos preceptos, las leyes, la jurisprudencia y la doctrina han organizado

diversos sistemas o regímenes de responsabilidad, orientados siempre por una meta definida: la de obtener el restablecimiento del derecho del administrado que haya resultado lesionado por los actos, los hechos, las acciones o las omisiones imputables a los entes administrativos.

El fundamento común y mediato de dichos sistemas o regímenes estriba, pues, en la igualdad de todos los ciudadanos ante las cargas públicas. Al respecto, desde antaño existen pronunciamientos de los más altos tribunales del país. Es así como la Corte Suprema de Justicia expresó en sentencia de su Sala de Negocios Generales de 3 de agosto de 1949 lo siguiente:

"La acción administrativa tiene por finalidad el servicio público. Si la acción administrativa trae beneficio a muchos asociados, pero perjudica con ello a cualquiera persona, *el sacrificio de ésta no tiene justificación posible, si es que la colectividad tiene como su elemento constitutivo la igualdad de las personas ante la ley.* Dentro del imperativo de tal razón, el perjuicio que se le cause a una persona, resultante de la actividad o gestión del servicio público, ha de ser adecuadamente reparado" (*"Gaceta Judicial"*, Tomo 46, números 2073 y 2074, pág. 543; las subrayas no son del texto).

Y el Consejo de Estado no ha sido menos explícito al respecto. En efecto, en sentencia de fecha 17 de noviembre de 1967, la Sección Tercera de la Corporación expuso los siguientes planteamientos que conservan plena vigencia:

"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 este, 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 puede 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 esta es un principio de derecho natural, de aquellos 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" (*Anales del Consejo de Estado*, Tomo 73, núms. 415 y 416, pág. 279; las sublíneas no son del original).

La jurisprudencia nacional ha venido aplicando diferentes teorías o regímenes de responsabilidad elaborados por la doctrina, buscando siempre salvaguardar un principio que parece esencial hoy por hoy a todo estado de derecho: el de la igualdad de todos los ciudadanos frente a la ley, una de cuyas manifestaciones es la igualdad ante las cargas públicas, y que está directamente enderezado al restablecimiento de la equidad allí donde esta fuere vulnerada.

Así, en primer término y como régimen que podría llamarse de derecho común de la responsabilidad administrativa, aparece el que se funda en el concepto de la falta o falla del servicio público. Se caracteriza este régimen, como en múltiples ocasiones lo ha señalado la jurisprudencia, por tres elementos constitutivos, a saber: una falta o falla del servicio, un perjuicio y una relación o vínculo de causalidad entre la primera y el último. En este régimen la noción de falla es a tal punto esencial, que corresponde al actor dar la prueba de su ocurrencia: la falta de esa prueba condena al fracaso las pretensiones que la requieran. La administración demandada se exonera de toda responsabilidad mediante la prueba del caso fortuito, de la fuerza mayor y de la culpa *exclusiva* de la víctima. Se exonerará, también totalmente, cuando logre demostrar que el hecho dañoso es imputable a un tercero o a dolo o culpa grave de su agente. Con todo, la exoneración será simplemente parcial, cuando se acredite que en la producción del suceso perjudicial coparticipó la falla del servicio con la culpa de la víctima o con el hecho de un tercero, casos en los cuales la responsabilidad estatal quedará limitada en la medida en que su falta o falla se constituya en causa eficiente del daño experimentado por la víctima.

En segundo término, y como régimen intermedio entre el que acaba de mencionarse y los de responsabilidad puramente objetiva de que adelante se tratará, se encuentra aquel en donde la falta o falla es presunta. En los eventos respecto de los cuales puede aplicarse este régimen especial, el actor sólo debe acreditar que ha sufrido un perjuicio indemnizable y la existencia de una relación causal con el hecho causante del perjuicio. A la entidad demandada queda la posibilidad de exonerarse de toda responsabilidad probando que aunque el perjuicio fue causado por un acto o hecho a ella imputable, obró de tal manera prudente, con tal diligencia, que su actuación no puede calificarse como omisiva, imprudente o negligente en forma tal que dé lugar a comprometer su responsabilidad. En éste sentido, la ausencia de falla del servicio demostrada por la administración pública demandada, la exonera de responsabilidad porque rompe la presunción de imputabilidad, así el vínculo de causalidad entre el hecho de la administración y el perjuicio continúe intacto. Por ello, en este régimen la falla del servicio sigue existiendo, pero en cierto modo

inverso, es decir, en cuanto es a la entidad demandada a la que corresponde proveer al juez de los medios de convicción necesarios para que éste realice una valoración positiva del comportamiento administrativo. En este régimen, la administración se exonera mediante la prueba de la fuerza mayor, de la culpa de la víctima o del hecho de un tercero, mas no se exonera con la simple prueba del caso fortuito porque, como con razón anota el tratadista René Chapus "probar el caso fortuito equivale a probar la ausencia de culpa" y es bien sabido cómo en los regímenes de culpa presunta la prueba de la simple ausencia de culpa no libera de responsabilidad. Además, ha de tenerse presente que el caso fortuito, como tal, no es exterior a la actividad dentro de la cual ocurre el hecho causante del daño.

En tercer término, se encuentran los regímenes de responsabilidad en los cuales el elemento falla del servicio no entra en juego, ni como *"onus probandi"* a cargo del actor, ni como presunción de falla, inversora de la carga de la prueba. Se trata de los regímenes que la generalidad de la doctrina denomina objetivos, que también reúnen como elementos constitutivos un hecho y un perjuicio causado por aquel. En los campos de la actividad administrativa a los cuales se aplican, la administración solamente se exonera si demuestra la fuerza mayor o el hecho de la víctima. No ocurre otro tanto con el caso fortuito. Los principales campos de aplicación de estos regígemenes son los siguientes:

a) *La teoría del daño especial.* Se ha reconocido por la doctrina y la jurisprudencia que se compromete la responsabilidad patrimonial de la administración pública cuando esta, en ejercicio de sus competencias y obrando dentro del marco de las disposiciones legales, causa con su actuación un perjuicio de naturaleza especial y anormal a un administrado, un daño que excede el sacrificio que el común de los ciudadanos debe normalmente soportar en razón de la peculiar naturaleza de los poderes públicos y de la actuación estatal.

La existencia del Estado y su funcionamiento implican incomodidades o inconvenientes para los asociados, que éstos deben soportar en aras del bien colectivo en tanto y en cuanto esas incomodidades no sobrepasen un determinado umbral: el de la igualdad de los ciudadanos ante la ley y las cargas públicas. Cuando quiera que se quiebre esa igualdad, aun por el obrar legítimo y ceñido al derecho de la administración, será preciso restablecerla, resarciendo los perjuicios que de tal manera hayan podido causarse, porque la equidad así lo impone. Con base en similares argumentos ha dicho esta Corporación:

> "Responde el Estado, a pesar de la legalidad total de su actuación, de manera excepcional y por equidad, cuando al obrar de tal modo, en beneficio de la comunidad, por razón de las circunstancias de hecho en que tal actividad se desarrolla, causa al administrado un daño especial, anormal, considerable, superior al que normalmente deben sufrir los ciu-

dadanos en razón de la especial naturaleza de los poderes y actuaciones del Estado, rompiéndose así la igualdad de los mismos frente a las cargas públicas, o a la equidad, que debe reinar ante los sacrificios que importa para los administrados la existencia del Estado" (sentencia de 28 de octubre de 1976; "*Anales del Consejo de Estado*". Tomo 91, núms. 451-452, págs. 710 y 711).

Esta teoría se aplica de manera excepcional y por equidad, precisamente porque es subsidiaria, de modo que ha de recurrirse a ella tan sólo en eventos en los que el caso concreto examinado no logre un encasillamiento dentro de los otros regímenes de responsabilidad y se aprecie por el sentenciador que esa ausencia de tipicidad, si así puede decirse, comporta vulneración injustificada del principio de equidad. Por ello es quizás aquella en la cual el fundamento mediato de la responsabilidad, que consiste en la violación del principio de igualdad frente a las cargas públicas que campea en la Constitución, opera de manera directa.

b) *Responsabilidad por expropiación y ocupación de inmuebles en caso de guerra.* Encuentra esta teoría su fundamento inmediato en el artículo 33 de la Constitución Nacional, y aunque en su substrato se encuentra la misma idea de igualdad ante las cargas públicas, a diferencia de la teoría del daño especial opera tan sólo para eventos específicos: la ocupación o la expropiación de inmuebles en caso de guerra y siempre que una u otra se muestren como indispensables para lograr el restablecimiento del orden público. Es pues, una teoría caracterizada por poseer un campo de aplicación específico y determinado, al paso que la del daño especial no muestra tales limitaciones.

c) *Responsabilidad por el riesgo excepcional.* Según esta teoría, el Estado compromete su responsabilidad cuando quiera que en la construcción de una obra o en la prestación de un servicio, desarrollados en beneficio de la comunidad, emplea medios o utiliza recursos que colocan a los administrados, bien en sus personas o en sus patrimonios, en situación de quedar expuestos a experimentar un "riesgo de naturaleza excepcional" que, dada su particular gravedad, excede notoriamente las cargas que normalmente han de soportar los administrados como contrapartida de los beneficios que derivan de la ejecución de la obra o de la prestación del servicio.

Tiénese entonces que, según esta concepción, siempre que la actividad generadora de riesgo se cumple en provecho de la colectividad, las cargas que de aquella puedan derivarse no deben gravar más a unos ciudadanos, que a otros. No sería lógico, en efecto, que al tiempo que la administración se lucra de un servicio público, se empobrezca paralelamente un administrado. Es la aplicación del aforismo "*ubi emolumentum ibi onus esse debet*", según el cual quien quiera que obtenga beneficios de una actividad generadora de riesgos, asume las cargas que de estos se deriven. En otras palabras, es el precio que

fatalmente debe pagar el estado frente a la modernización de los servicios a su cargo y que se traduce en una protección especial y excepcional al patrimonio lesionado.

Y es precisamente dentro de esta teoría donde mejor se subsume el caso en estudio. En efecto, tal como se ha anotado, está probado en el expediente que sobre los potreros de la hacienda "Flandes", de propiedad del actor, pasan unas líneas primarias de altísimo voltaje, destinadas a la prestación del servicio público de energía eléctrica para la comunidad. La existencia de las mencionadas líneas crea, por sí sola, un riesgo excepcional (fl. 276), a punto tal que su caída causó la muerte por electrocución de los doce semovientes de propiedad del señor Alfonso Sierra Velásquez, con lo cual resultó seriamente gravado el patrimonio de este administrado que, en beneficio del común, debió soportar esa carga a él impuesta.

Ahora bien: que el hecho que ocasionó la ruptura de las redes de conducción y la caída de uno de los cables no se haya podido establecer con certeza, no puede considerarse como una causal exonerativa. Además, la hipótesis de la fuerza mayor exonerante en todo tipo de responsabilidad no logró demostrarse por la parte demandada, según era su deber, y no por el demandante como erróneamente lo plantea la sentencia apelada. Si bien es cierto, como aparece a folio 170, que la noche en que el accidente se produjo llovió abundantemente (cayeron 28.6 milímetros de lluvia), "lo cual se considera un aguacero muy severo", también lo es que en el trópico lluvias de intensidad como la registrada en la noche de 5 al 6 de septiembre de 1981... no son fenómenos exóticos sino, por el contrario, de habitual ocurrencia en la temporada invernal, caracterizada como es sabido, por copiosas precipitaciones. Quiere ello decir, pues, que el aguacero que cayó la noche en mención sobre la región donde se halla ubicada la hacienda "Flandes" no era en manera alguna imprevisible e irresistible o que, por lo menos, ello no fue demostrado por la parte demandada.

Y es que la distinción entre la fuerza mayor y el caso fortuito adquiere su mayor interés dentro del marco de la responsabilidad fundada en el riesgo excepcional. La fuerza mayor, en efecto, es causa exterior, externa al demandado, que lo exonera de responsabilidad en todos los casos, al paso que el caso fortuito es causa desconocida pero no exterior al demandado por cuanto, precisamente, la causa inmediata del daño es imputable de todas maneras a la estructura misma de la cosa o actividad por la cual debe responder el demandado. Si bien la causa desconocida demuestra la ocurrencia de culpa del demandado, por no serle exterior, no suprime la imputabilidad del daño. Como acertadamente lo expresa el eminente profesor francés Jacques Moreau "en el caso fortuito el *por qué* es ignorado". Por ello, anota con razón el exconsejero de Estado, doctor Hernán Guillermo Aldana Duque que "en el evento de que el daño llegue a realizarse por ocurrencia del

riesgo, sin culpa de la víctima ni de la propia administración responsable, esta debe, con todo, indemnizar al perjudicado" (cf. "La responsabilidad objetiva de la administración en Colombia", en *"La responsabilidad de la administración pública en Colombia, España, Francia e Italia"*, Ed. Universidad Externado de Colombia, 1986, pág. 137).

Sobre el particular, el profesor Fernando Hinestrosa expone en su denso estudio sobre el derecho de las obligaciones que si "en principio el daño proveniente de caso de fuerza mayor o fortuito comprueba la inocencia del demandado, entratándose de accidentes ocurridos en el ejercicio de actividades peligrosas ha de dilucidarse el origen del imprevisto, concluyendo que si emana de fuerza realmente extraña, es procedente la absolución; en tanto que el motivo interno a la actividad vincula a quien la desarrolla".

Ahora bien: como la culpa exclusiva de la víctima es causal que exonera totalmente en este y en todo régimen de responsabilidad, ya que lo que en el fondo implica es la afirmación de que el hecho que causa el daño no es imputable al ente demandado, y habida cuenta de que tanto el apoderado del municipio de San Pedro (fl. 289) como la vista fiscal en la primera instancia (fl. 297) lo invocan, ha de pronunciarse la Sala al respecto. Se acusa al propietario de las reses de haber sido negligente y omisivo al haber dejado el ganado al descubierto, no estabulado, expuesto a toda clase de eventualidades, sin vigilancia adecuada y, además, de haber colaborado y permitido el paso de las líneas conductoras de la electricidad por su propiedad. La Sala considera que, si bien en principio y teóricamente, el hecho de la víctima puede determinar una exoneración total o parcial de la responsabilidad del demandado, en el presente caso los hechos que constan en el expediente no brindan respaldo a tal afirmación. En primer lugar, porque de autos aparece que el actor tenía contratados para su finca tanto los servicios de un administrador como los de un celador (fls. 33 y 83); en segundo término, porque de aceptarse la calificación que hacen tanto el procurador judicial del municipio demandado como el agente del Ministerio Público ante el Tribunal *a quo*, para que tal acusación pudiese prosperar, sería necesario como bien lo han puntualizado doctrina y jurisprudencia, que el hecho considerado como culpa de la víctima tuviese una relación directa con la causa del daño, es decir, con la caída de las redes eléctricas. Sería la única forma en que podría quebrarse el nexo causal entre el hecho que se imputa a la parte demandada y el daño alegado por el actor, pues trasladaría el origen del perjuicio a un hecho de la víctima. Pero ello no ocurrió de esa guisa o, al menos, no aparece en el plenario elemento de juicio que permita llegar a esa conclusión. Ni siquiera es aceptable el aserto conforme al cual fue el mismo demandante "el que incurrió en culpa al permitir el paso por su finca de las redes de energía" (fl. 276). No podría la Sala, en efecto, aceptar semejante afirmación, pues la actitud asumida por el actor sólo demuestra un ánimo loable de colaboración respecto de un servicio público indis-

pensable para la comunidad de la cual forma parte, que mal puede capitalizarse en su contra para apoyar en esa colaboración la justificación de un daño excepcional y anormal que no tiene por qué gravarlo en forma exclusiva e injusta.

Lo expuesto lleva a la Sala a concluir en la aplicación al caso *sub lite* de la responsabilidad de los entes públicos fundada en la teoría del riesgo excepcional, aplicación que no es novedosa, ya que en reciente oportunidad y en un caso cuyos fundamentos fácticos guardan sensible similitud con los del presente, expresó lo siguiente:

> "Pero el que no haya existido falta no puede llevar al extremo de dejar sin reparación el perjuicio causado, como lo hizo la sentencia apelada. Si ocurrió el perjuicio y si está establecido además, que su causa directa fue la caída de un cable de energía de la administración, ésta debe responder: así lo indican el artículo 16 de la Constitución que establece como uno de los fundamentos del Estado la protección de la vida, honra y bienes de los asociados, así como el cumplimiento de los deberes sociales del Estado; y el artículo 30 de la Constitución que estatuye a la propiedad como función social que implica obligaciones; obligaciones que implican no sólo el deber de abstenerse de causar daño sino el deber de repararlo, cuando éste llegue a producirse. Todo, sobre el principio de la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas, pilar insustituible de la responsabilidad administrativa.
>
> "Por eso, para que los anteriores fundamentos tengan plena operancia en la época actual, caracterizada por los altos desarrollos de la tecnología, es preciso admitir que la responsabilidad administrativa no puede tener como exclusiva condición la falta o falla del servicio. Junto a este sistema tradicional, que sigue siendo obviamente el derecho común de la responsabilidad, debe reconocerse también el de la responsabilidad sin falta, como 'teoría subsidiaria de aplicación excepcional' (Rivero Droit Administratif).
>
> "El caso en estudio corresponde precisamente a uno de los varios eventos que comprende la responsabilidad sin falta, el denominado por algunos expositores riesgo excepcional. Tiene ocurrencia cuando el Estado, en desarrollo de una obra de servicio público utiliza recursos o medios que colocan a los particulares o a sus bienes en situación de quedar expuestos a un riesgo de naturaleza excepcional (Laubadere) el cual, dada su gravedad, excede las cargas que normalmente deben soportar los mismos particulares como contrapartida de las ventajas que resultan de la existencia de ese servicio público. Si el riesgo llega a realizarse y ocasiona un daño,

sin culpa de la víctima hay lugar a responsabilidad de la administración, así no haya habido falta o falla del servicio.

"En el proceso está demostrado que el municipio de Quimbaya tenía a su cargo el mantenimiento de las redes de conducción de energía eléctrica que pasan por la finca La Camelia. Uno de esos cables cayó al potrero y causó la muerte de seis semovientes y la inutilidad de otro. El riesgo especial que obviamente implica la conducción de energía, se produjo, con las consecuencias anotadas, sufridas por ún tercero. Debe concluirse por consiguiente que se configuran aquí los supuestos de la responsabilidad sin falta del Estado, condicionada en este caso por el riesgo excepcional y que por lo tanto, el actor tiene derecho a indemnización" (sentencia de 2 de febrero de 1984; *"Anales"*, Tomo 106, núms. 481-482, págs. 540 y sigs.).

Un mes más tarde, la propia Sección Tercera, al decidir un caso en que también aparecía involucrado el servicio de conducción de energía eléctrica, reiteró lo dicho en el fallo que se acaba de transcribir. Previamente expresó las siguientes reflexiones:

"Descartado probatoriamente el hecho del tercero en la ocurrencia del accidente, debe agregarse que, por otra parte, la verdadera causa del hecho perjudicial quedó desconocida dentro del proceso. Por esto último es preciso estudiar el presente caso no en el campo de la responsabilidad por falla o falta del servicio, como equivocadamente lo hizo el Tribunal, sino en el campo de la responsabilidad sin falta por riesgo excepcional, que la demanda plantea en la parte final de su fundamentación jurídica (fls. 7 y 7 v.).

"En efecto, el simple hecho de que haya 'fallado' el cable no constituye falta del servicio. Ese hecho es de ocurrencia normal en el servicio eléctrico; las Empresas Públicas habían tomado todas las medidas aconsejables para impedir que tuviese consecuencias lamentables y es así como nunca había ocurrido accidente alguno por este mismo hecho. No puede decirse, en consecuencia, que en este caso haya habido defecto en la gestión de la prestación del servicio, que es lo que constituye la falta del servicio Ni error ni negligencia hay en el expediente que sean atribuibles a las Empresas demandadas.

"Hay, en cambio, responsabilidad sin falta toda vez que el servicio eléctrico oficial, al establecer la conducción de la energía eléctrica en las vías urbanas creó un riesgo excepcional para los asociados, riesgo que a pesar de todas las previsiones llegó a ocurrir con las consecuencias anotadas..." (sentencia de 8 de marzo de 1984; *"Anales"*, Tomo 106, números 481-482, pág. 552).

Establecida, en la forma explicada, la responsabilidad de los entes públicos demandados por la muerte de los semovientes, se desestimarán las excepciones propuestas de fuerza mayor, caso fortuito, culpa exclusiva de la víctima y culpa de un tercero, no sin advertir que las excepciones, como las acciones, deben formularse con la necesaria coherencia para que no resulten eventualmente contradictorias, como se colige de la naturaleza de las que fueron propuestas en este caso.

Se procederá, entonces, al examen de las peticiones consecuenciales.

De los perjuicios causados:

En la demanda se reclama indemnización de perjuicios materiales tanto por daño emergente como por lucro cesante. También se aspira al resarcimiento del daño moral.

Cuando se pretende la indemnización de perjuicios causados al dueño de una cosa que ha sido destruida, el resarcimiento comprende, en primer término, el valor de la especie afectada.

Restituida, recuperada o reemplazada la especie perdida, en principio cesan los perjuicios derivados de su destrucción. A partir de entonces, sólo el *costo del dinero*, o intereses, constituye el perjuicio material indemnizable.

Por otra parte, si además del daño emergente, se busca la recuperación del lucro cesante, la obligación del responsable del daño no es la de pagar el precio de la cosa destruida, sino el de su valor de obsolencia, o de rescate, de la época en que dejaría de producir utilidad neta. Porque es obvio que no podría reconocerse simultáneamente el valor total de la cosa y el de sus rendimientos netos, ignorando que para obtener el provecho económico de la cosa, esta se envejece, se desgasta, se deteriora y queda finalmente convertida en desecho. Luego si al causante del daño se le obliga a pagar la cosa en el estado en que se hallaba al momento de su destrucción, ese valor de restitución deja, idealmente, a la cosa en el mismo estado de seguir sirviendo para producir la renta; y el dueño indemnizado queda en condición de sacar de ella —de la cosa destruida— el provecho que habría obtenido con la cosa destruida.

Si al responsable del daño se le obligara, además, a pagar todo el lucro cesante que hubiera podido generar el bien destruido, del indemnizante sería entonces el nuevo lucro, porque al propietario ya se le habría pagado, anticipadamente, tal beneficio. Lo mismo puede decirse del valor de la cosa, cuando ya quede como desecho. Esta solución parece poco adecuada al contexto de la dinámica social, a la cual debe adaptarse el derecho. De donde se colige que, en principio, la reparación del daño emergente y del lucro cesante no puede seguir el derrotero hipotético que se acaba de ver.

Entonces, el resarcimiento por la destrucción de cosas en eventos, como el aquí estudiado, se obtiene pagando el valor de la especie al momento de su destrucción, más el costo del dinero, o interés, por el tiempo transcurrido desde el día del daño hasta el de su satisfacción total; o reconociendo el valor del lucro cesante más el precio que deba tener la cosa al terminar su vida útil.

En este orden de ideas, la Sala reconocerá como indemnización el valor de los doce (12) semovientes que murieron, al precio que tenían en tal época, fijado por los peritos (fls. 168 a 189 cdno. 1) en $ 5.550.000.00 menos el valor de su carne en la finca. Este valor de rescate, según los mismos peritos, es de $ 84.000.00 (fl. 220, cdno. 1) o sea, un valor neto de $ 5.476.000.00.

La Sala acoge estos valores fijados pericialmente, porque además de que en tales puntos no existe impugnación alguna, la fundamentación es suficientemente clara, seria y convincente, y fue emitida por expertos integrantes de la lista oficial de auxiliares de la justicia, cuya confiabilidad, además, no aparece desvirtuada.

No se acoge la petición del lucro cesante porque, además de lo dicho sobre su improcedencia cuando se reclama como daño emergente la totalidad del valor de la cosa en la fecha de su destrucción, no obra en el plenario prueba suficiente que dé certeza sobre su existencia. Obsérvese que la afirmación hecha en la demanda sobre el particular (hecho 9º) en el sentido de que "se esperaba como ganancia cierta renta diaria de leche, no menor de cuarenta (40) litros por cabeza" (fl. 5, cdno. 1), no fue demostrada; nunca se conocieron los costos *reales* en que incurría el actor para producir esa leche y los peritos conceptuaron que "si somos realistas, y partimos de la base de unos costos que no hemos sacado, y que varían de una finca a otra, tenemos que concluir que no sería rentable, con la ilusión de un 3% mensual, invertir $ 449.721.00 en una vaca. La ganancia o esperanza de lucro está en las crías que dé" (fls. 185 y 186 cdno. 1). Diversas aclaraciones y complementaciones al dictamen se produjeron después (fls. 218 a 222, 239 a 241, 253 a 258 cdno. 1) *alrededor de los costos* que afectaba la producción bruta y se divagó al respecto de muy diversas maneras, sin que se llegara nunca a dar la suficiente certeza sobre cuáles eran esos *costos reales*, a pesar de que la parte actora tenía la carga de demostrarlos y disponía de sus propios libros de contabilidad para acreditarlos. ¿Había realmente ganancia efectiva, utilidad neta, en la venta de la leche? ¿O se estaba produciendo a costos altos que absorbían todo el precio de la venta? ¿Los costos excedían el valor de la leche? Estos y otros interrogantes no tienen respuesta en el proceso, razón esta otra suficiente para no acceder a la pretensión invocada por lucro cesante derivado de la venta de la leche.

Se accederá a la petición relacionada con los intereses causados desde el día del daño hasta la fecha de ejecutoria de este fallo, sobre

el valor reconocido por concepto de reposición de las reses muertas, por las razones explicadas anteriormente. Tales intereses serán, como lo tiene resuelto esta Sala en casos similares, los comerciales.

También reclamó el actor el resarcimiento de los perjuicios morales sufridos por el actor "provenientes del accidente o hecho" en el que murieron los semovientes. La Sala no accederá a esta petición, porque ninguno de los hechos afirmados en la demanda se refieren a circunstancias que permitan inferir que las cosas destruidas tenían un especial valor de afección para el demandante, fuera de que esas circunstancias no podían ser objeto de prueba, porque no se invocaron como soporte de las pretensiones.

La afirmación escueta hecha en el "concepto de violación" (fl. 9 cdno. 1), de que el demandante experimentó un perjuicio moral subjetivo por el natural abatimiento (sic) o conmoción psíquica que generó el hecho, al privarlo súbitamente de una apreciable renta y por efecto ineludible, de la violación de su derecho por el comportamiento de la administración municipal de San Pedro y de las Empresas Públicas de Medellín (fl. 9 cdno. 1), no resulta lo suficientemente convincente como para que la Sala pueda admitir que se produjo una lesión moral de tal magnitud que alcance a ser indemnizable. El daño moral, para que sea resarcible, ha de ser de tal entidad, que se justifique ordenar una compensación reparatoria. Entender que cualquier hecho negativo en el patrimonio económico de una persona, comporta un daño moral indemnizable, es extremar la idea del resarcimiento moral, porque con mejores razones éticas podría sostenerse que la enfermedad, la pobreza o la muerte de un amigo, de un vecino o de un pariente lejano, generarían derecho a la compensación moral. Lo anterior es suficiente para denegar la súplica que se examina.

Como la demanda prospera en su mayor parte, no habrá condenación en costas por las peticiones desestimadas.

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

Falla:

Revócase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 26 de noviembre de 1984, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda y se condenó en costas al actor. En su lugar se *dispone:*

Primero. Declárase administrativa y solidariamente responsable a las Empresas Públicas de Medellín y al municipio de San Pedro de los perjuicios materiales causados al señor Alfonso Sierra Velásquez con

ocasión de la muerte de doce (12) semovientes, ocurrida en la noche de cinco (5) de septiembre de 1981, a consecuencia del desprendimiento de unos cables conductores de energía eléctrica, en la finca del demandante, situada en el municipio mencionado.

Segundo. Como consecuencia de la declaración anterior, condénase a las Empresas Públicas de Medellín y al municipio de San Pedro, solidariamente, a pagar al señor Alfonso Sierra Velásquez, identificado con cédula de ciudadanía número 728.245 de San Pedro, la suma de cinco millones cuatrocientos setenta y seis mil pesos ($ 5.476.000.00), más intereses comerciales sobre este valor, desde el 5 de septiembre de 1981 hasta el día de ejecutoria de este fallo.

Tercero. Las cantidades líquidas reconocidas en la sentencia devengarán intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de este fallo y moratorios después de este término. En ningún caso habrá lugar al pago de intereses de intereses.

Cuarto. Deniéganse las restantes súplicas de la demanda.

Quinto. Decláranse no probadas las excepciones propuestas de fuerza mayor, caso fortuito, culpa exclusiva de la víctima y culpa de un tercero, formuladas por la parte demandada.

Sexto. Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, publíquese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la providencia anterior fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha 16 de febrero de 1989.

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

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

RESPONSABILIDAD POR EXPROPIACION Y OCUPACION DE INMUEBLES. EXPROPIACION. OCUPACION PERMANENTE DE INMUEBLE. VIA DE HECHO.

La administración al no cumplir con los requisitos de ley, recurrió en vías de hecho para ocupar permanentemente el inmueble, efectuando una expropiación de hecho sin indemnización violando el artículo 30 de la Constitución Nacional.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., veinticuatro de febrero de mil novetos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Carlos Ramírez Arcila.*

(Proyectó magistrado auxiliar: Doctor Héctor Alvarez Melo).

Referencia: Expediente núm. 5286. Actor: Pedro José Silva Rodríguez.

Cumplido el trámite procesal correspondiente sin que se observe causal alguna que invalide lo actuado se procede a resolver el recurso de apelación oportunamente interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el 31 de octubre de 1987 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por la cual se deniegan las peticiones de la demanda.

Para llegar a la conclusión anterior el *a quo* hace las siguientes consideraciones:

"El primer aspecto que se debe dilucidar en este proceso es el relativo a la caducidad de la acción propuesta por el apoderado de la parte demandada en la contestación de la demanda y de su adición y coadyuvado por la señora Fiscal Tercero de la Corporación" (fl. 187 cdno. 1).

"... ..."

"...En este sentido se advierte que ocurrido el hecho de la ocupación según el demandante el 2 de junio de 1981 si se aplicara el término de prescripción de los veinte años esta sólo se produciría hasta el 2 de junio del año 2001, lo cual lógicamente no es de recibo

si se tiene en cuenta que a partir de 1º de marzo de 1984 el término de caducidad es de dos años. Pero como al iniciarse la vigencia del nuevo Código Contencioso Administrativo no se había extinguido el término de prescripción anterior y aún le restaba más de dos años de ese lapso, la caducidad sólo puede extenderse hasta esos dos años, es decir hasta el 1º de marzo de 1986. De manera que como la demanda se presentó el 1º de junio de 1984 resulta claro que aún no se había presentado el fenómeno de la caducidad. En consecuencia no prospera la excepción propuesta y procede, entonces el estudio de fondo del asunto" (fls. 190 y 191 del cdno. 1).

"... ... ..."

"Cuando el Estado ocupa definitivamente un inmueble para desarrollar una obra o trabajo público sin adelantar previamente la gestión para su adquisición mediante el proceso de expropiación o negociación directa con el propietario, surge una responsabilidad objetiva, pues en este caso la fuente de esa responsabilidad no está en la culpa o en la falla del servicio sino en esa figura que está edificada en el principio general de derecho público de la igualdad frente a las cargas públicas. Resulta indiscutible que todos los ciudadanos deben colaborar con el desarrollo de los fines del Estado y, por tanto, en beneficio del interés social deben aportar sus bienes inmuebles a esa satisfacción si ello fuere requerido pero obviamente con el derecho a la correspondiente indemnización, pues no se les puede exigir unos sacrificios superiores que a los demás miembros de la comunidad beneficiada con la obra pública.

"Lógicamente que para la prosperidad de la correspondiente indemnización perseguida en un proceso por la ocupación permanente de inmuebles para trabajos públicos se requiere demostrar los siguientes requisitos: 1º La ocupación del inmueble para la realización de un trabajo público; 2º La propiedad del inmueble ocupado por parte del demandante; 3º Que se haya ocasionado un daño con motivo de la ocupación.

"Procede, entonces, la Sala a analizar si en el caso de estudio se dan estos tres elementos como para acceder a las pretensiones del demandante en orden a obtener la indemnización por la ocupación permanente de la casa de habitación ubicada en la calle 16 número 16-06 12/16/20/26 y carrera 16 número 16-01 del Barrio Estación de la ciudad de Girardot.

"El primer requisito exigido para la configuración de la declaración de la responsabilidad de una entidad pública cuando se promueve la acción de reparación directa y cumplimiento por la ocupación permanente de inmuebles con ocasión de trabajos públicos es el de la ocupación del inmueble para la realización de un trabajo público. En cuanto a este requisito se encuentra acreditado que efec-

tivamente el citado inmueble fue destinado a la construcción de la calle 16 de la ciudad de Girardot, como se verificó en la diligencia de inspección judicial practicada por el Juez Tercero Civil Municipal de esa ciudad, quien practicó esa prueba en virtud de la comisión conferida por este Tribunal, al dejar constancia de que sobre esa calle y frente a las instalaciones del ITUC existieron construcciones de varias habitaciones o locales conforme a las huellas o vestigios que aparecían en otro inmueble aledaño al que efectivamente por la descripción de la nomenclatura correspondía al descrito por el demandante. Además los peritos en su dictamen reiteran que el inmueble fue demolido para que hiciera parte de la citada vía pública.

"Pero si se encuentra demostrada la destinación de ese inmueble a una obra pública la Sala debe entrar a analizar si el municipio obtuvo ese objetivo mediante la ocupación, o, si por el contrario, ello no ocurrió así, como quiera que la administración puede adquirir bienes inmuebles para destinarlos a las obras públicas de tres maneras: la primera, mediante la negociación directa con el propietario; la segunda, mediante la expropiación y conforme al procedimiento establecido en los artículos 451 a 459 del Código de Procedimiento Civil; y la tercera mediante la ocupación de hecho, es decir cuando prescinde de los dos otros mecanismos legales para obtener la transferencia del dominio.

"De modo que sólo cuando la administración ha prescindido de la negociación directa y de la expropiación se puede entender que hubo ocupación de hecho, de facto. Este es un mecanismo extremo al cual debe acudir la administración cuando la urgencia de una obra pública no permite utilizar la expropiación o la negociación directa. Mas cuando ello resulta posible y la administración acude a estas modalidades no se puede considerar que se ha producido una ocupación de hecho y, por tanto, cuando quiera que surjan controversias en relación con la destinación de un inmueble a una obra pública no se puede invocar la acción prevista en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo como de indemnización por ocupación permanente por causa de trabajos públicos, sino de una de distinta naturaleza. Si la administración celebra una negociación directa con el propietario del inmueble con el fin de obtener la entrega del mismo no se puede acudir a la jurisdicción contencioso administrativa en ejercicio de la acción consagrada en el citado artículo sino que las reclamaciones deben tener un sustento jurídico distinto, como podía ser el de incumplimiento contractual, la falla del servicio, etc. Para que se pueda hablar de ocupación se requiere que la administración despoje por las vías de hecho a su propietario, es decir que se produzca una situación de facto, aunque no ilegítima dado el interés público que anima a la administración al actuar de esa manera que en otras condiciones significaría una actuación arbitraria e injurídica.

"Y en el presente caso se advierte que el mismo apoderado de la parte actora en los hechos de la corrección de la demanda alude a la celebración de un 'Convenio de Permutación' entre el alcalde municipal de Girardot y el demandante, mediante el cual se prometió el cambio del inmueble materia de este proceso por un lote de terreno que, según se afirma, no resultó propiedad del municipio. Así mismo alude a que el alcalde obtuvo autorización para la permuta de un lote y que la escritura pública no se pudo suscribir en razón a que el alcalde no acudió a la cita en la Notaría Unica de Girardot.

"Y en el expediente se encuentra fotocopia autenticada del mencionado convenio de permutación celebrado el día 2 de junio de 1981 entre el demandante Pedro José Silva Rodríguez y el alcalde especial, el personero municipal y el director de Valorización del municipio de Girardot, en los siguientes términos:

" '1º El señor Pedro José Silva Rodríguez identificado como aparece al pie de su firma, mayor de edad y vecino de la ciudad de Bogotá, da a título de *permuta* real y material al municipio de Girardot, un lote de terreno situado en la calle 16 número 16-06 de la actual nomenclatura de Girardot cuya extensión o cabida es de 120.64 metros número predio 01-126-001 según escritura número de la Notaría Unica de Girardot.

" '2º El municipio de Girardot, se compromete también a título de *permuta* ceder real y materialmente un lote de terreno al señor Pedro José Silva Rodríguez de un lote de terreno, situado en el Barrio San Antonio, de la calle 21-A carrera 3ª y 2ª de la actual nomenclatura, con una cabida o extensión aproximadamente de nueve (9) metros de frente o sea por la calle 21-A respectivamente y de fondo 24.50 (veinticuatro con cincuenta) metros cuadrados.

" '3º Además el municipio, se compromete para con el señor Pedro José Silva Rodríguez al traslado de elementos que le puedan servir de la demolición del lote de la calle 16 número 16-06 de Girardot, al Barrio 1º de Enero de esta ciudad.

" '4º Por cuenta del municipio, se hará la *demolición* del inmueble que se *permuta*' (fl. 47).

"De modo que el dicho del demandante y el contrato de permutación suscrito anteriormente descartan la ocupación de hecho del inmueble por parte del municipio de Girardot. La administración procedió a la demolición del inmueble en virtud del acuerdo a que llegó con el propietario, no hubo situaciones de hecho, ocupación de facto, pues el inmueble fue entregado y lo obtuvo en virtud de dicho convenio. Si el demandante cumplió con su obligación y entregó el inmueble y el municipio, por el contrario, no entregó el inmueble que debía entregar, como se afirma en la demanda, en razón a que no era propietario del lote ofrecido en permuta, surge la posibilidad

del incumplimiento del contrato y la acción que se podía ejercer, por tanto, no era la del artículo 86 por la ocupación permanente por trabajos públicos. Si se discute que el convenio de permutación adolecía de fallas como las indicadas por el demandante en el sentido de que se celebró sin la autorización prevista en el ordinal 7º del artículo 197 de la Constitución Nacional o de los requisitos señalados en el artículo 89 de la Ley 153 de 1887 para celebrar promesa de contratos, la acción correspondiente para obtener la indemnización de perjuicios es distinta a la de reparación directa y cumplimiento relativa a la ocupación permanente de inmuebles.

"Lógicamente en este proceso no se pueden dilucidar esos aspectos relativos a si el contrato de permutación se celebró de conformidad con las normas legales, o si el Municipio de Girardot cumplió el contrato, si el inmueble ofrecido en permuta por el Municipio era de su propiedad etc., puesto que, esto no es de la incumbencia del Juez Administrativo que conoce de un proceso de reparación directa y cumplimiento por ocupación permanente, en el cual se parte de la base de que realmente se ha producido esa situación de hecho que ciertamente se opone a la adquisición mediante negociación directa con el propietario o la expropiación. Tampoco se puede definir si la entrega del bien la hizo el propietario al ser inducido en error por los funcionarios que actuaron en representación del municipio de Girardot, pues esto sería materia de un proceso de distinta naturaleza. Lo evidente es que el demandante entregó el inmueble en virtud de un acuerdo que celebró con el alcalde, el personero y el director de Valorización del Municipio de Girardot, lo cual descarta cualquier posibilidad de ejercer la acción de reparación directa y cumplimiento por ocupación permanente a causa de trabajos públicos para obtener la correspondiente indemnización" (fls. 192 a 196 del cdno 1).

Antecedentes:

En demanda presentada ante el Tribunal competente, el señor Pedro José Silva Rodríguez, haciendo uso de la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo y por intermedio de apoderado, solicita que se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

"1. Que se declare que el Municipio de Girardot, perteneciente al departamento de Cundinamarca, es administrativamente responsable de los perjuicios causados al señor Pedro José Silva R., con las operaciones o actos administrativos que permitieron la ocupación permanente y demolición del inmueble representado en 'una casa de habitación de construcción de bahareque y techo de zinc, junto con el lote de terreno en el cual se hallaba construida, la cual constaba de seis piezas, cocina, instalaciones de agua, luz, alcantarillado, alberca, sanitario, una pieza, ubicados en la calle 16 número 16-06-12-16-20-26 y carrera 16 número 16-01 del barrio Estación de la ciudad

de Girardot (Cund.) comprendido todo dentro de los siguientes linderos, según el título de adquisición: por el oriente, con terrenos que fueron de Alejandro Perdomo, hoy de la señora Cleotilde de Rosario; por el occidente, con casa y terreno que fueron de Ezequiel Navarrete, hoy de la señora Rita de Pulido; por el norte, con terrenos y casa que fueron de Matías Sáenz, hoy de Francisco Cerón y por el sur, con calle 10 antes, hoy calle 16 de por medio con el hospital San Rafael, de propiedad del demandante, inmueble demolido en su construcción y permanentemente ocupado con la ampliación y remodelación de la calle 16 de la ciudad de Girardot.

"2. Que, como consecuencia de la anterior declaración, se condene al Municipio de Girardot a pagar al demandante, señor Pedro José Silva Rodríguez, dentro del término que ordene este Tribunal, los perjuicios que recibió con la demolición de la edificación y ocupación del inmueble anteriormente determinado, así: la suma de tres millones de pesos moneda corriente, o lo que determinen los señores peritos nombrados para tal efecto, por concepto del daño emergente representado en el valor comercial actual del inmueble demolido y ocupado, más el lucro cesante en cuantía de tres millones de pesos moneda corriente, o en la suma que determine los peritos, igualmente nombrados y posesionados en legal forma para la determinación de dichos daños o perjuicios, con la correspondiente corrección monetaria.

"3. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se determine que el municipio de Girardot debe pagar a Pedro José Silva Rodríguez, los perjuicios morales causados con las operaciones o actos administrativos que permitieron e implicaron la demolición y ocupación permanente del referido inmueble conforme la ley lo establezca o los peritos lo determinen.

"4. Que se ordene, conforme al artículo 220 del Código Contencioso Administrativo, la protocolización y registro de la sentencia para los efectos de la transmisión de la propiedad ocupada" (fls. 26 a 28 cdno. 1).

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

"1. El señor Pedro José Silva Rodríguez fue poseedor material del inmueble descrito en la pretensión primera de esta demanda desde el mes de diciembre de 1980, cuando recibió de la señorita María Nery Gómez Forero el referido bien, en virtud de una promesa de venta. Desde aquel momento, el señor Silva R., aquí demandante, pretendió celebrar contratos de arrendamiento con los señores Enrique Díaz Polanía, Rigoberto Guerrero A., Alvaro Rojas Arciniegas y otros, quienes pretendieron instalar en el lugar algunas oficinas y establecimientos comerciales, ya que allí, en ese lugar se facilitaba la ubicación de oficinas para gestión administrativa ante las autoridades muni-

cipales y era un sitio de continua concurrencia pública, pues a pocos metros funcionaba la alcaldía municipal, las inspecciones de tránsito, la tesorería y demás dependencias.

"2. Con el fin de poder dar en arrendamiento el referido inmueble, su poseedor y propietario señor Pedro José Silva R., contrató los servicios de los albañiles Miguel y Alfredo Montiel Callejas, quienes fueron obstaculizados en su empeño, ya que las autoridades municipales, por orden del señor alcalde, mediante la fuerza pública sellaron el inmueble e impidieron sus reparaciones locativas y la adecuación de los servicios públicos, suspendidos sin causa legal por las autoridades municipales citadas.

"3. Conforme contrato de promesa de venta, la señora María Nery Gómez Forero suscribió la escritura de propiedad del citado inmueble a favor de Pedro José Silva Rodríguez, el día 2 de junio de 1981, según escritura pública 998, suscrita en la Notaría Unica de Girardot, la cual fue debidamente registrada en la oficina de Instrumentos Públicos y Privados.

"4. Ante los abusos de las autoridades municipales, en forma especial la suspensión injustificada de los servicios públicos de la casa y su sellamiento, el demandante Pedro José Silva Rodríguez se presentó a la alcaldía municipal y fue citado para contratar una posible permuta, mediante la cual el citado demandante entregaba el inmueble objeto de esta demanda por un presunto lote de propiedad del municipio.

"5. Mediante engaños, el señor alcalde municipal de Girardot de aquel entonces, señor Julio Eduardo Robayo Delgado, con la complicidad del señor personero municipal, Mercedes R. de Santos y del director del Departamento de Valorización y Obras Públicas, sin la autorización que prevé el inciso 7 del artículo 197 de la Constitución Nacional y la ley, mediante un documento carente de los requisitos que ordena el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, para celebrar promesas de contratos, acordó con el demandante, señor Pedro José Silva R., 'un convenio de permutación', mediante el cual se prometía el cambio del inmueble materia de este proceso por un lote de terreno que resultó no ser de propiedad del municipio de Girardot.

"6. Es decir, conforme lo anterior, que mediante engaños y actuaciones administrativas que bien pueden ser catalogadas como delictuales, el municipio de Girardot, mediante la intervención del señor alcalde municipal, personero municipal y director de Obras Públicas, obtuvieron de mi poderdante el inmueble de su propiedad, objeto de esta demanda, en promesa de contrato de permuta y sin que mediara entrega de ninguna clase, mediante la intervención de los trabajadores del municipio, en forma arbitraria e injusta demolieron la edificación que existía en la calle 16 número 16-06-12-16-20-26 y carrera

16 número 16-01 del Barrio La Estación, construyendo la ampliación de la vía pública.

"7. Días posteriores, después de ser derribada o demolida la referida edificación, y después de que el señor alcalde obtuvo un acuerdo que lo autoriza permutar un lote, que resultó no ser de propiedad del municipio, por el inmueble materia de esta acción; el señor Pedro José Silva R., fue citado a la alcaldía municipal en donde se le requirió para que firmara una minuta, que no se pudo protocolizar o constituir en escritura pública, por la sencilla razón de que el señor alcalde municipal no la presentó en la Notaría Unica de Girardot, según lo convenido con mi poderdante.

"8. Después de demolido el inmueble de propiedad del demandante, incumplida la cita para la suscripción de la escritura de que trata la citada minuta en el numeral anterior, el señor Pedro José Silva Rodríguez, en forma reiterada, mediante escritos y personalmente, ha requerido a la administración municipal de Girardot para que le entregue el lote de terreno objeto del referido 'convenio de permutación', o para que le pague o cancele el inmueble de su propiedad, q (sic) mediante engaño fue demolido y ocupado permanentemente con la ampliación de la vía pública, sin que hasta la fecha haya recibido ninguna clase de contestación. Siempre se le ha dicho que el señor alcalde se encuentra en 'junta', que el señor personero municipal está 'estudiando el asunto' o que 'cambiaron al señor alcalde'.

"9. Conforme los anteriores hechos el inmueble de propiedad y números 16-06-12-16-20-26 y 01 de la nomenclatura urbana, mediante artificios o engaños, induciendo o manteniendo en error a mi poderdante, fue demolido y ocupado en forma permanente, por causa de trabajos públicos que implicaron la ampliación de la vía pública, sin que mediara proceso de expropiación alguno o indemnización previa, lo que ha ocasionado en el demandante no sólo perjuicios de carácter patrimonial sino también de carácter moral" (fls. 28 a 31 del cdno. 1).

Como fundamento de derecho en sus pretensiones cita los artículos 30 y 197 (num. 7) de la Constitución Nacional, 669 del Código Civil y 235 del Código de Régimen Político y Municipal.

El recurso:

La parte actora apeló el fallo de primera instancia y sustenta el recurso en las siguientes razones:

"1. Como se destacó en el escrito mediante el cual se formuló este recurso, se niegan las peticiones de la demanda, en la providencia referida, con el argumento de que la *ocupación de hecho* reque-

rida para la declaratoria de responsabilidad de una entidad pública, cuando se promueve la acción prevista en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, por ocupación permanente de un inmueble con motivo de trabajos públicos, está descartada en el presente caso.

"En efecto, a este respecto afirma el Tribunal: 'que el dicho del demandante y el contrato de permutación escrito anteriormente descarta la ocupación de hecho del inmueble por parte del municipio de Girardot. La administración procedió a la demolición del inmueble en virtud del acuerdo a que llegó con el propietario, no hubo situaciones de hecho, ocupación de facto, pues el inmueble fue entregado y lo obtuvo en virtud de dicho convenio. Si el demandante cumplió con su obligación y entregó el inmueble y el municipio, por el contrario no entregó el inmueble que debía entregar, como se afirma en la demanda, en razón a que no era propietario del lote ofrecido, en la permuta, surge la posibilidad del incumplimiento del contrato y la ocupación permanente por trabajos públicos'.

"2. Como también tuve oportunidad de manifestarlo, las anteriores conclusiones resultan manifiestamente infundadas y equivocadas porque de la lectura del expediente, concretamente de la demanda y de la apreciación de las pruebas se deduce que mal pudo mi poderdante haber entregado en forma real y material el inmueble en conflicto al municipio de Girardot para que fuera demolido a raíz de convenio alguno.

"Una ligera lectura del texto de la demanda y de las declaraciones de Miguel y Alfredo Montiel Callejas, Josué y Constantino Martínez Rodríguez, María Nery Gómez Forero, y en forma especial del testimonio de Enrique Díaz Polanía que no fueron apreciados en la sentencia, permite deducir que en forma ostensible existió la ocupación de facto requerida para que prospere la acción" (fls. 211 y 212 del cdno. 1).

"... ... ..."

"A este respecto creo conveniente aclarar que una cosa es someter un bien a un posible contrato y otro muy diferente es entregar en forma real y material ese mismo bien, que fue lo que aquí sucedió, ya que si bien es cierto que se suscribió el denominado papel 'convenio de permutación', no es menos cierto que ese documento no acredita y no demuestra que hubiera existido entrega alguna del bien en forma real y material, de parte del demandante; por lo que sostengo, conforme la 'verdad real' que se desprende de las pruebas recaudadas, que ese convenio no fue la causa directa de la demolición del inmueble de la calle 16 con carrera 16 de Girardot, sino el asalto mismo de que fue objeto ese bien por las autoridades de ese muni-

cipio, en la forma como lo relata el testigo Enrique Díaz Polanía" (fl. 212 cdno. 1).

"... ... ..."

"4. Como es fácil apreciar, la providencia apelada incurre en la falta de apreciación de las pruebas recaudadas como son los aludidos testimonios para fundamentar su decisión en forma ilegal únicamente en el papel denominado 'convenio de permutación', inobservando en forma ostensible el artículo 168 del Código Contencioso Administrativo, en concordancia con el artículo 174 del Código de Procedimiento Civil, que impone que 'toda decisión judicial debe fundamentarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso'.

"Pero no sólo el Tribunal de primera instancia incurrió en una errónea y única apreciación como prueba de ese escrito denominado convenio, sino que su decisión la fundamentó en él en forma contraria a la ley. En efecto, me permito adjuntar la certificación de fecha marzo 21 de 1988 suscrita en la División de Recaudo de la Administración de Impuestos Nacionales, mediante la cual acredito que el presunto convenio de permutación fundamento de la providencia recurrida, en su momento causó impuesto de timbre nacional de conformidad con el artículo 14 de la Ley 2ª de enero 21 de 1976.

"La inobservancia que en el pago de ese impuesto impedía al Tribunal tener como prueba para el 31 de octubre de 1987, fecha de la sentencia recurrida, el documento aludido, según el artículo 25 de la citada ley 2ª de 1975, que dice 'Ningún instrumento o actuación, sujeto al impuesto de timbre, podrá ser admitido por funcionarios oficiales ni tenido *como prueba mientras no se pague el impuesto* de acuerdo con el artículo 18 y las sanciones y los intereses en su caso' (subrayó).

"Ahora bien, resulta claro que en esta clase de procesos no se puede dilucidar o decidir en lo que referente a ninguna clase de contratación administrativa, no es menos claro y evidente que el fallador, conforme al uso de su sana crítica, al decidir este litigio ha debido estudiar el documento o escrito referido, para determinar si conforme la ley tiene la calidad de ser un contrato propiamente dicho, con todos sus requisitos y efectos legales, para poder ser tenido como tal y como prueba idónea.

"Si se hubiera cumplido con lo anterior, no se hubiera incurrido en el error de afirmar, con fundamento en ese documento, que entre mi poderdante y el municipio demandado existió un contrato de permutación, pues como es bien sabido para que exista legalmente esa convención, se requiere, si se trata de una promesa de contrato, que se cumpla con el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, o si se trata de una permuta propiamente dicha sobre bienes inmuebles, que se cum-

pla con la solemnidad de su escritura y su correspondiente registro como lo prevee la ley, pues el municipio de Girardot, estaría contratando en el campo del derecho privado de la administración y por consiguiente sometido a lo dispuesto en los artículo 1956 y siguientes del Código Civil. No todo papel es un contrato pues para que surta efectos jurídicos debe cumplir con las solemnidades propias del acto.

"Más aún, creo importante recalcar que en el citado escrito no existe constancia alguna de que el señor Pedro José Silva Rodríguez hubiera hecho entrega real y material de la posesión del inmueble al municipio de Girardot, y que en todo caso, está demostrado con la prueba idónea, con el dicho de testigos que esa *entrega* jamás existió por lo que la afirmación que se hace en la sentencia de que es 'evidente que el demandante entregó el inmueble en virtud de un acuerdo que se celebró con el alcalde' es meramente de carácter especulativo, como revienta fácilmente a los ojos.

"6. Finalmente, quiero precisar que mal he podido interponer una acción diferente a la que aquí se tramita, como la que se sugiere en la sentencia recurrida, ya que resultaría improcedente y temerario interponer una acción contractual fundamentada en algo que nació muerto y que no produce efectos jurídicos, ni derechos ni obligaciones, como el llamado 'convenio de permutación' (fls. 213 y 214 del cdno. 1).

El concepto fiscal:

La Fiscal Segunda de la Corporación solicita que se confirme el fallo apelado aduciendo las siguientes razones:

"Quien pretenda que se le repare el daño por la ocupación de inmuebles por causa de trabajos públicos, puede hacer uso de la acción de reparación directa y cumplimiento, bastándole al perjudicado demostrar que existe relación de causa y efecto entre el acto material ejecutado por la administración y el daño producido.

"En el presente caso se constató mediante la inspección judicial practicada el día 23 de abril de 1986, la ocupación permanente del inmueble que estaba ubicado en el barrio La Estación de Girardot con la nomenclatura número 16-01 de la carrera 16 y 16-06-12-16-20-26 de la calle 16. Los peritos en su experticio expresaron: 'el bien no existe por haberse demolido para hacer parte de la calle 16; se ubicó el inmueble según la nomenclatura urbana de acuerdo a los inmuebles adyacentes; el área total del lote es aproximadamente 125.00 metros cuadrados área construida dentro del lote era aproximadamente 90.00 metros cuadrados y se avaluó en $ 900.000.00'.

"El día 2 de junio de 1981, se celebró el contrato de permuta entre el municipio de Girardot y el señor Pedro José Silva Rodríguez,

mediante el cual se acordó en el numeral primero del mismo 'que el señor Pedro José Silva Rodríguez identificado como aparece al pie de su firma, mayor de edad y vecino de la ciudad de Bogotá, da a título de permuta real y material al municipio de Girardot, un lote de terreno situado en la calle 16 número 16-06 de la actual nomenclatura de Girardot' y en el numeral quinto se dijo: 'por cuenta del municipio se hará la demolición del inmueble que se permuta'.

"En la fotocopia del oficio número 0129 de abril 22 de 1983, dirigido por el señor personero municipal al alcalde de Girardot le expresa: 'de conocimiento pleno de toda la administración municipal que el señor Pedro José Silva Rodríguez dio cumplimiento y entregó al municipio en forma real y material la casa lote de su propiedad de la calle 16 con carrera 16 no habiendo podido el municipio hacer lo mismo por cuanto el lote que permuta ubicado en el barrio San Antonio como se dijo anteriormente no lo es ni lo ha sido nunca de propiedad del municipio' (fotocopia aportada por el demandante, fl. 53 cuaderno de pruebas).

"Del conjunto probatorio existente se tiene que la demolición del inmueble la realizó el municipio de Girardot, dando cumplimiento a lo pactado en el numeral quinto del convenio mencionado, ya que el inmueble le fue dado en permuta real y material.

"El acto material ejecutado por la administración municipal de Girardot, fue como consecuencia de un acuerdo de voluntades entre el demandante y el municipio, en ningún momento fue una determinación unilateral de la entidad demandada. Esto es, que si existió el convenio de permuta entre el actor y el municipio de Girardot, el incumplimiento invocado por el demandante y la posible falta de formalidades del mismo, no son materias que correspondan dirimirse en la presente controversia" (fls. 225 a 227 cdno. 1).

Consideraciones de la Sala:

El primer aspecto a estudiar es el relacionado con la excepción de caducidad propuesta por la parte demandada con fundamento en que los hechos se sucedieron el 2 de junio de 1981 y la demanda solamente fue presentada el 1º de junio de 1984, por lo cual habrían transcurrido mas de los dos años que para iniciar este tipo de acciones de reparación directa prevee el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.

Para la Sala la solución que da el Tribunal, en cuanto a este aspecto se refiere, se adecúa totalmente a las normas y principios que regulan la materia.

Efectivamente, antes de la vigencia del actual Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), es decir, antes de 1º de marzo

de 1984, la reparación de perjuicios originados en ocupación permanente de inmuebles motivada por la ejecución de trabajos públicos estaba sometida a la prescripción extintiva de veinte años consagrada para la acción ordinaria por el artículo 2536 del Código Civil, como consecuencia de la declaratoria de inexequibilidad de los artículos 261 a 268 de la Ley 167 de 1941 (sentencia de 20 de junio de 1955) que regulaban la materia y, consagraban una caducidad de dos años (art. 263) para este tipo de acciones.

Como consecuencia de lo expuesto, una situación jurídica que era regulada por las normas que rigen las prescripciones, pasó a serlo por otro ordenamiento que la sometió a un fenómeno jurídico de distintas características como lo es la caducidad.

Ahora bien: el artículo 41 de la Ley 153 de 1887 regula el cambio de legislación en lo concerniente a las prescripciones cuando de cambiar un término por otro se trata. Pero tal disposición no es aplicable si la prescripción se cambia por un término de caducidad, ya que en este caso, si la prescripción estaba corriendo al entrar en vigencia la nueva ley, el nuevo término de caducidad debe empezar a contarse precisamente a partir del día en que comienza a regir esta última.

En el presente caso los hechos que sustentan la demanda ocurrieron el 2 de junio de 1981, por lo cual el término de prescripción habría corrido hasta el 2 de junio del año 2.001 pero al entrar en vigencia el nuevo ordenamiento que consagra la caducidad (Decreto 01 de 1984) el 1º de marzo de 1984, en tal fecha empezó a correr el término, que se hubiera vencido el 1º de marzo de 1986, y como la demanda fue presentada el 1º de junio de 1984, no cabe duda que lo fue dentro de la oportunidad legal.

Queda descartada también la aplicación a estos casos del artículo 28 del Decreto 528 de 1964, que solamente se aplicaba a las acciones administrativas derivadas de hechos u omisiones de la administración entre las cuales no se contaban las relativas a ocupación permanente de inmuebles en razón de trabajos públicos, que correspondían a la jurisdicción ordinaria.

Se reiteran así los criterios expuestos por esta Sala en diversas oportunidades.

En lo que se relaciona con el derecho que pueda tener el demandante a que se le indemnicen los perjuicios que le fueron ocasionados por el municipio de Girardot y que se causaron con la ejecución de trabajo público, tenemos:

Según los doctrinantes los elementos integradores de la reparación del daño ocasionado por la ocupación permanente o temporal de

inmuebles con ocasión de la realización de trabajos públicos, son los siguientes:

a) Que el trabajo público sea realizado por cuenta del Estado, directa o indirectamente, por cualquier entidad oficial;

b) Que el trabajo tenga una finalidad de estricto interés público o social;

c) Que se realice sobre inmuebles;

d) Que como consecuencia del trabajo se produzca la ocupación temporal o permanente de un inmueble y que esa ocupación genere un daño en relación de causa a efecto.

El demandante debe demostrar, además el interés que le asiste para solicitar el pago de la respectiva indemnización.

Se debe establecer si en el presente caso se presentan todos y cada uno de tales elementos.

El trabajo público que dio origen a la presente *litis* se produjo por cuenta del municipio de Girardot precisamente para la construcción o ampliación de la calle 16 de esa ciudad, como lo demuestran los distintos medios de prueba allegados al proceso: la inspección judicial (fls. 81 y ss., cdno. 2), los testimonios (fls. 19, 35, 37, 39 y 55 cdno. 2) y el dictamen pericial (fl. 120 y ss. cdno. 1).

La construcción o ampliación de una vía pública como la calle 16 de la ciudad de Girardot implica una finalidad de evidente interés público para la comunidad de ese municipio y su realización sobre inmuebles no da lugar a duda alguna porque los bienes afectados son de esta naturaleza.

Como consecuencia de la construcción de la mencionada calle 16 se ocupó permanentemente el inmueble que describe la demanda como está plenamente demostrado por medio de la inspección judicial, los testimonios y la prueba pericial. También es indudable que tal ocupación produjo un daño para el propietario del inmueble ocupado ya que pierde de hecho el dominio del mismo sin que exista la posibilidad de recuperarlo algún día.

La relación de causalidad entre el trabajo público y el daño también se evidencia; sin la realización de aquél éste no se hubiera producido.

El actor acreditó el interés que le asiste al demostrar por medio de la escrittura pública número 998 de 2 de junio de 1981 de la Notaría Unica del Círculo de Girardot (fls. 2 y ss. cdno. 2) y el folio de matrícula inmobiliaria 307-0003339 (fl. 79 cdno. 2) ser el propietario del bien raíz ocupado en razón del trabajo público.

Se encuentran, entonces, demostrados, en principio, todos los elementos que dan lugar a este tipo de indemnización.

Considera el *a quo* que la administración puede adquirir los inmuebles destinados a obras públicas de tres maneras: mediante negociación directa con el propietario, mediante expropiación (arts. 451 y ss. del C. de P. C.) y mediante ocupación de hecho, caso este último en que se hace pertinente el proceso indemnizatorio respectivo.

Ahora bien: en el caso *sub examine* entre la alcaldía municipal de Girardot y el demandante se celebró un pacto que ellos llamaron "convenio de permutación" que dadas sus características podría ser interpretado como un contrato de promesa de permuta que no reúne los requisitos que para tal tipo de actos prevee el artículo 89 la Ley 153 de 1887 (art. 1611 del C. C.). Dice así el mencionado pacto:

"1º El señor Pedro José Silva Rodríguez identificado como aparece al pie de su firma, mayor de edad y vecino de la ciudad de Bogotá, da a título de *permuta* real y material al municipio de Girardot, un lote de terreno situado en la calle 16 número 16-06 de la actual nomenclatura de Girardot, cuya extensión o cabida es 120,64 metros número predio 01-1-126-001 según escritura número... ... de la Notaría Unica de Girardot.

"2º El municipio de Girardot, se compromete también a título de *permuta* ceder real y materialmente un lote de terreno al señor Pedro José Silva Rodríguez de un lote de terreno, situado en el barrio San Antonio, de la calle 21-A carrera 3ª y 2ª de la actual nomenclatura, con una cabida o extensión aproximadamente de nueve (9) metros de frente o sea por la calle 21-A respectivamente y de fondo 24.50 (veinticuatro con cincuenta) metros cuadrados.

"3º Además el municipio, se compromete para con el señor Pedro José Silva Rodríguez al traslado de elementos que le puedan servir de la demolición, del lote de la calle 16 número 16-06 de Girardot, al barrio 1º de Enero de esta ciudad.

"4º El municipio de Girardot, se compromete con el señor Pedro José Silva Rodríguez a elaborarle la correspondiente escritura, en la presente negociación inmediatamente sea sancionado el respectivo *acuerdo* que autoriza al *alcalde especial de Girardot* para hacer la *permuta.*

"5º Por cuenta del municipio, se hará la *demolición* del inmueble que se *permuta*" (fl. 47 cdno. 1).

De la existencia de ese denominado "convenio de permutación" el Tribunal de primera instancia deduce que entre el demandante y el municipio se produjo una negociación directa que descarta la ocupación de hecho pues el inmueble fue entregado en virtud de tal conve-

nio. Afirma, además, que los posibles vicios de que adolezca el acto contractual no son materia de pronunciamiento por parte de la jurisdicción contencioso administrativa puesto que tal competencia corresponde a los jueces civiles.

En relación con la entrega, el demandante niega enfáticamente que se haya producido (hecho 6 de la contestación de la demanda), y del contexto del convenio no se desprende que haya sido pactada como consecuencia del mismo.

Parte el Tribunal del supuesto de que el denominado "convenio de permutación" le dio titularidad al municipio para ocupar el inmueble de propiedad del demandante y que, como consecuencia, no existió ocupación de hecho sino negociación directa lo que desvirtúa la posibilidad de ejercer la acción prevista por el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo.

Para la Sala tal apreciación es errada. Si bien es cierto que el pacto contractual que pueda contener el "convenio de permutación" no puede ser juzgado por esta jurisdicción, también lo es que ello no obsta para que, dentro de las reglas de la sana crítica, sea apreciado en conjunto con los demás elementos probatorios allegados al proceso. No se trata de establecer quién cumplió o no el convenio, ni si éste, conforme al artículo 1611 del Código Civil, adolece de vicios que conduzcan a su nulidad, sino de establecer si el hecho de haberlo suscrito legitima al municipio para ocupar el inmueble del demandante sin pagarle indemnización alguna y como si hubiera obtenido legalmente la propiedad del mismo.

Es evidente que tal convenio no transfiere el dominio del inmueble según las normas que regulan la materia en nuestra legislación. Y si el municipio no adquirió la propiedad y al parecer ni siquiera la tenencia del inmueble, no se puede decir, como lo hace el *a quo*, que se produjo una negociación directa que legaliza la actuación del municipio y que elimina la ocupación de hecho.

Es que la negociación directa, implicaría el cumplimiento de todos los requisitos previstos por la ley para que la entidad pública adquiriera el dominio del bien que se va a utilizar en el trabajo público. Es decir, tales negocios jurídicos por tratarse de bienes inmuebles, deben realizarse por escritura pública (art. 12 del Decreto 960 de 1970) e inscribirse en el competente registro (art. 2º del Decreto 1250 de 1970) para que así se produzca la tradición tal como lo prevee el artículo 756 del Código Civil.

En el presente caso no se dio cumplimiento a ninguno de tales requisitos. El documento firmado por el demandante y el municipio de Girardot que el *a quo* considera suficiente para que se produjera una entrega válida a favor de la entidad pública es un simple documento privado que no es idóneo para transferir el dominio del

bien ocupado pues carece de eficacia suficiente para tales efectos conforme a la ley.

Para la Sala no cabe duda de que la administración al no cumplir con los requisitos de ley incurrió en vías de hecho para ocupar permanentemente el inmueble de propiedad del demandante, efectuando una expropiación de hecho sin indemnización previa, violando con ello el artículo 30 de la Constitución Nacional.

La ley señala, en forma por demás clara, los procedimientos que debe utilizar la administración para la adquisición de bienes inmuebles que va a destinar a obras de utilidad común. Si se acude a la negociación directa se deben cumplir todos los requisitos que la ley prevee para adquirir el dominio de bienes inmuebles; si no, es necesario acudir al proceso de expropiación que regulan los artículos 451 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

Como en el caso en estudio no se dio ninguno de los dos casos, se evidencia que las autoridades acudieron en la práctica a vías de hecho para proceder a la construcción o ampliación de una vía pública, ocupando el bien sin estar legalmente autorizados para ello, que es precisamente el supuesto de hecho que sustenta la acción prevista por el inciso segundo del artículo 86 del Código Contencioso Administrativo.

Como consecuencia de lo expuesto la sentencia apelada será revocada para en su reemplazo acceder a las súplicas de la demanda.

A los folios 120 y siguientes del cuaderno 1 aparece un dictamen pericial rendido por un ingeniero catastral y un arquitecto, profesionales idóneos para dictaminar sobre la materia, en el cual se establece el avalúo del lote de terreno de propiedad del demandante ocupado por la vía pública y de la construcción que en él existía.

Apreciada la firmeza, la precisión y la calidad de los fundamentos de tal medio de prueba, la Sala los encuentra adecuados a la objetividad del problema y por ello, tal dictamen se tendrá como válido para establecer el precio del inmueble ocupado por el municipio.

Al folio 130 aparece el avalúo total del inmueble en la suma de $ 900.000.00 para el 23 de abril de 1983 y al pago de esta suma con los reajustes del caso será condenado el municipio de Girardot.

El valor de la suma ya citada se actualizará como lo pide la demanda con sujeción a los índices de precios al consumidor que certifique el Departamento Administrativo Nacional de Estadística —DANE—. Para tal efecto se tendrá en cuenta el mes en que se efectuó el avalúo (abril de 1983) como índice inicial y el mes en que se produzca la ejecutoria de esta providencia como índice final, con aplicación de la fórmula,

$$VF = VI \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

en donde VF = Valor final;

VI = Capital o valor a actualizar.

$$\text{Indemnización} = 900.000 \frac{\text{Indice final}}{\text{Indice inicial.}}$$

Como la cifra que resulte de esta operación es fácilmente determinable con la prueba de los índices y la aplicación de la fórmula señalada, la condena se hará en concreto.

Los $ 900.000.00 ganarán intereses desde el 23 de abril de 1983 hasta la fecha de ejecutoria de este fallo a la tasa del 6% anual. Estos intereses son técnicos o puros despojados de corrección monetaria.

No hay lugar al pago de perjuicios morales, como lo pide la demanda, porque dentro del proceso no existe elemento alguno de convicción que tienda a demostrar que se produjeron.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 220 del Código Contencioso Administrativo, se ordenará la protocolización y registro de esta sentencia para que obre como título traslaticio de dominio a favor del municipio.

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

Falla:

Revócase la sentencia apelada. En consecuencia se dispone:

Primero. Declárase al municipio de Girardot (departamento de Cundinamarca) administrativamente responsable de los perjuicios causados al señor Pedro José Silva Rodríguez por la ocupación permanente de un lote de terreno de su propiedad y la demolición de las mejoras en él existentes, inmueble distinguido con los números 16-06, 16-12, 16-16, 16-20 y 16-26 de la calle 16 y el número 16-01 de la carrera 16 de la nomenclatura urbana de la ciudad de Girardot, que corresponde al folio de matrícula inmobiliaria número 307-0003399 del Círculo de Registro de ese municipio y que se hallaba comprendido dentro de los siguientes linderos: por el oriente con terrenos que fueron de Alejandro Perdomo hoy de la señora Clotilde de Rosario; por el occidente, con casa y terreno que fueron de Ezequiel

Navarrete hoy de la señora Rita de Pulido; por el norte, con terreno y casa que fueron de Matías Sáenz hoy de Francisco Cerón; y, por el sur, con calle 16 por medio con el Hospital San Rafael.

Segundo. Como consecuencia, condénase al municipio de Girardot a pagar al señor Pedro José Silva Rodríguez, a título de indemnización de perjuicios materiales, la suma de novecientos mil pesos ($ 900.000.00) debidamente actualizada en la forma que se indica en la motivación de esta providencia.

Esta condena se entiende en concreto y la cuenta del caso deberá presentarse con la correspondiente certificación del DANE.

Tercero. La suma de novecientos mil pesos ($ 900.000.00) devengará intereses desde el 23 de abril de 1986 hasta la fecha de ejecutoria de este fallo a la tasa del seis por ciento (6%) anual. Estos intereses son técnicos, despojados de corrección monetaria.

Cuarto. Las sumas así determinadas devengarán intereses comerciales corrientes dentro de los seis meses siguientes a la ejecutoria de este fallo y moratorios después de este período.

Quinto. Tal como lo dispone el artículo 220 del Código Contencioso Administrativo, la presente sentencia constituye título traslaticio de dominio a favor del municipio de Girardot (Cundinamarca) en lo que se relaciona con el inmueble descrito en el numeral *primero* de este proveído y, por tanto, deberá ser protocolizada y registrada al folio de matrícula inmobiliaria número 307-0003399 del Círculo de Registro de ese municipio.

Sexto. Deniéganse las demás súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

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

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. FALLA DEL SERVICIO.

La muerte de la persona que sirve de fuente a las pretensiones procesales ocurrió como consecuencia del manejo imprudente o por lo menos desafortunado que los trabajadores de las Empresas Públicas de Pereira dieron a las maniobras necesarias para proceder a la instalación de un transformador de energía eléctrica.

PERJUICIOS MATERIALES. Demostración.

Los perjuicios materiales hay que demostrarlos en el plenario en tal forma que su existencia no ofrezca duda alguna.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., veintisiete de febrero de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Carlos Ramírez Arcila.*

Referencia: Expediente número 5229. Actor: Amanda Higuita de Arias y otro.

Cumplido el trámite procesal correspondiente se procede a resolver los recursos de apelación interpuestos tanto por los actores como por las Empresas Públicas Municipales de Pereira en su calidad de parte demandada, contra sentencia proferida el 9 de octubre de 1987 por el Tribunal Administrativo de Risaralda, dentro del proceso de la referencia, por la cual se accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

La sentencia apelada:

Dice así el fallo recurrido en su parte resolutiva:

"*Primero.* Declárase a las Empresas Públicas Municipales de Pereira, administrativamente responsables de los perjuicios morales subjetivos causados con la muerte del señor Rubén Antonio Arias Rincón ocurrida el día 22 de noviembre de 1986 en el paraje rural denominado La Bella, comprensión territorial del municipio de Pereira.

"*Segundo*. Como consecuencia de la declaratoria anterior, condénase a las Empresas Públicas de Pereira, a pagar perjuicios morales subjetivos a los señores Amanda Higuita de Arias esposa, Hugo Antonio y Oscar Antonio Arias Higuita hijos, la cantidad de mil (1.000) gramos de oro para cada uno, liquidados al precio en moneda colombiana que para el 22 de noviembre de 1986 certifique el Banco de la República. Las cantidades así certificadas devengarán intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de esta sentencia e intereses comerciales moratorios después de este término.

"*Tercero*. Con respecto a los señores Rubén Antonio y María Amanda Arias Higuita, por carencia del presupuesto procesal legitimación ante el proceso, el Tribunal se declara *inhibido* para fallar de mérito.

"*Cuarto*. Niéganse las restantes súplicas de la demanda.

"*Quinto*. A la presente sentencia se le dará cumplimiento dentro del término previsto en el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo y para su efectividad se enviará copia al señor agente del Ministerio Público" (fls. 248 a 249 del cdno. 1).

Para llegar a las anteriores conclusiones el *a quo* razona así, en lo pertinente:

"Está suficientemente demostrado en este proceso que el señor Rubén Antonio Arias Rincón falleció a consecuencia de una descarga eléctrica cuando, en su casa de habitación, accionaba la 'cuchilla' de apagado y encendido de su estufa. Que el lamentable accidente en cuestión fue determinado por una falla del servicio atribuible a las Empresas Públicas de Pereira y, en consecuencia, ésta ha comprometido su responsabilidad extracontractual, afirma el demandante. La entidad demandada asevera que el accidente tuvo ocurrencia debido a caso fortuito y a culpa de la víctima. Es fácil entender que la controversia ha de ser dirimida, por el juez sí, pero ilustrado por los expertos en materia tan compleja como es la electricidad. Por ello, los dictámenes de los peritos necesariamente serán determinantes de la decisión que aquí se adopte.

"En el primero de los experticios aquí rendidos, coinciden los peritos en los siguientes aspectos:

"a) La muerte del señor Arias Rincón obedeció a un *sobrevoltaje* en los momentos en que operaba la cuchilla con la que se encendía o apagaba la estufa.

"b) Esta cuchilla cumplía con los requisitos técnicos de seguridad.

"c) El que la víctima estuviera o no descalza 'con zapatos aislados o no, sobre piso húmedo o sobre un tapete de caucho' no condicionaba la ocurrencia de la descarga.

"d) Tampoco hubiera alterado la situación la existencia, en la casa del occiso, de una 'línea a tierra', pues 'la operación de la cuchilla con riesgo o sin él es independiente de la existencia de la línea a tierra'.

"El señor apoderado de la entidad demandada objetó, por error grave, la pericia del doctor Jaime Zapata Flórez. Por qué sólo el dictamen de este perito a pesar de las coincidencias con el doctor Sánchez Acero?: Por qué sólo el primero habla de la 'posibilidad' de inadecuada ubicación del transformador, que facilitaba así la ocurrencia del fenómeno eléctrico denominado 'retorno', lo que, según el objetante, presumiría la ruptura de un 'puente primario' y no de una 'caja primaria'. También, porque glosa, el perito, la no desenergización del sector cuando se presentó el daño en el transformador. Así mismo, impugna sus cálculos sobre voltaje residual. Con respecto al primer punto materia de objeción, la Sala considera que el perito doctor Zapata Flórez no afirmó categóricamente la inadecuada ubicación del transformador sino que, simplemente, la consideró como posible. En cuanto a que considera, el perito, que la falla ocurrió en un 'puente primario' es apreciación avalada por los mismos expertos cuya sabiduría invocó el objetante, cuando dicen:

"No es error suponer que la falla ocurrió en el puente primario que se reventó, ya que estos elementos están sometidos a continuos esfuerzos mecánicos y térmicos en los puntos de conexión, debido a sobrecargas, cortocircuitos, agentes atmosféricos, etc.

"Por lo tanto un conductor primario se revienta en el punto de conexión a una caja primaria y cae sobre la conexión a tierra del transformador, lo cual puede ocasionar un retorno de voltaje residual en el caso en que ésta sea deficiente (por causas como, conectores flojos, conductor inadecuado, resistencia de tierra alta, estar abierta) y afectar a los usuarios servidos por el transformador".

"Con este respaldo al peritazgo del doctor Zapata Flórez, no se entiende cómo los señores técnicos de la Central Hidroeléctrica de Caldas, concluyan descalificando a aquél. Además, el otro perito, doctor Sánchez Acero, no descarta el daño en el 'puente primario' cuando dice: 'la situación descrita sí significa la presencia de un daño, *pero no necesariamente en la caja misma*'. Considera el Tribunal que desprevenidamente entendidas las apreciaciones de los dos peritos y de los técnicos llamados a opinar en este proceso por la misma parte demandada y objetante, se llega a la conclusión de que un sobrevoltaje ocasionado por daños en el transformador, se tradujo en la muerte del señor Rubén Antonio Arias Rincón" (fls. 240 a 242 del cdno. 1).

"... ... ..."

"Si hubo, como lo acredita la realidad procesal sometida a nuestro examen, una falla técnica en el suministro del fluido eléctrico del

que se servía el señor Rubén Antonio Arias Rincón, y no debida a fuerza mayor o caso fortuito (eventos absolutamente huérfanos de prueba en este proceso), y sin que, de otro lado, se encuentre que la víctima haya incurrido en conducta culposa, ya que la defensa que pretendió hacer de su propiedad —ante la supuesta ocurrencia de un corto circuito— manipulando un implemento que la prueba técnica declara adecuado, fuerza es concluir que están militando en este proceso los elementos axiológicos configurantes de la responsabilidad extracontractual, a saber:

"a) Una falla del servicio público;

"b) Un daño, y

"c) Nexo causal entre uno y otro" (fl. 247 del cdno. 1).

Considera, además, la sentencia que los demandantes Rubén Antonio y María Amanda Arias Higuita, conforme lo afirma la parte demandada, no acreditaron su capacidad procesal para ser parte y carecen de legitimación para obrar en el proceso, puesto que los registros civiles que aportaron no tienen anotación sobre la identidad de hijos de la víctima y a pesar de que las copias idóneas de los registros civiles obran en el proceso, fueron aportadas fuera de las oportunidades probatorias y no pueden ser tenidas en cuenta porque se violarían normas sobre la preclusión de las distintas etapas del proceso, lo cual conduce al Tribunal a inhibirse en lo relativo a sus pretensiones (fls. 237 y 238).

La condena al pago de perjuicios morales la hace el Tribunal teniendo en cuenta el precio del oro a la fecha de la muerte de la víctima sin que se expresen las razones de tal decisión.

La condena al pago de perjuicios materiales es negada porque "la solicitud correspondiente carece en grado sumo de precisión: pues ni siquiera se indica en qué consistía la actividad laboral del occiso" (fl. 248).

A pesar de haberse producido un llamamiento en garantía por parte de la entidad demandada, la sentencia guarda total silencio al respecto (fl. 50).

Antecedentes:

En demanda presentada ante el Tribunal competente, en forma oportuna, Amanda Higuita de Arias —obrando en su propio nombre y en representación de su menor hija María Amanda Arias Higuita—, Oscar Antonio y Rubén Antonio Arias Higuita, solicitan por intermedio de apoderado que se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

"*Primero.* Que el establecimiento autónomo del orden municipal Empresas Públicas de Pereira, es administrativamente responsable de la muerte del señor Rubén Antonio Arias Rincón, ocurrida el día 22 de noviembre de 1986 en el paraje rural denominado La Bella comprensión territorial del municipio de Pereira; muerte ocasionada por una descarga eléctrica producida por trabajadores de las Empresas Públicas de Pereira que imprudentemente omitieron pedir a la subestación de Ventorrillo quitar el fluido eléctrico y de manera torpe alteraron el voltaje en una sección del caserío haciendo que las redes domiciliarias recibieran una carga mayor a la que debe circular normalmente por el alambre.

"*Segundo.* Como consecuencia de lo anterior, condénase al establecimiento descentralizado del orden municipal Empresas Públicas Municipales de Pereira, a pagar los perjuicios morales y materiales, derivados de la responsabilidad administrativa en la forma, valuación, detalle y proporción:

"*Perjuicios materiales.* A la viuda Amanda Higuita de Arias un cincuenta por ciento (50%) y a sus hijos María Amanda (menor) Oscar Antonio, Rubén Antonio y Hugo Antonio Arias Higuita el otro cincuenta por ciento (50%) en forma proporcional de acuerdo al siguiente criterio: en la cuantía que resulte del aporte probatorio incluyéndose el lucro cesante, los intereses compensatorios sobre el valor de la suma que se origine a la fecha de causación y la de fijación de indemnización, pago que se hará en moneda de curso legal en Colombia y teniendo en cuenta la variación porcentual del índice de precios al consumidor entre estas mismas fechas.

"*Perjuicios morales.* De acuerdo a la jurisprudencia establecida, a la viuda Amanda Higuita de Arias y a los hijos María Amanda, Oscar Antonio, Rubén Antonio y Hugo Antonio Arias Higuita, el equivalente a favor de cada uno de ellos a la fecha de la sentencia, de mil gramos de oro fino, de acuerdo al artículo 106 del Código Penal que establece la indemnización por daño moral no valorable pecuniariamente teniendo en cuenta la certificación sobre su equivalencia expedida por el Banco de la República.

"*Intereses.* Las Empresas Públicas de Pereira deberán cumplir con lo señalado en el artículo 176 y siguiente (177) del Código Contencioso Administrativo" (fls. 24 y 25 del cdno. 1).

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

"1º Funcionarios de las Empresas Públicas al mando de un capataz en el vehículo camioneta de placas OV 45-41 marca Dodge, llegaron el día 22 de noviembre de 1986 entre las seis y media y siete de la mañana al paraje rural de La Bella comprensión territorial del municipio de Pereira, procediendo a quitar la energía eléctrica desde

el transformador ubicado al lado contiguo de la capilla del caserío para efectuar arreglos a otro transformador en el sector contiguo denominado La Colonia y sin que mediase aviso previo a sus moradores.

"2º Desde los vehículos de las Empresas Públicas adscritas al departamento de energía, por radioteléfono se avisa a la subestación de Ventorrillo para que desde allí quiten el fluido eléctrico cuando se van a efectuar trabajos por el secor de La Bella, omitiéndose en esta oportunidad este procedimiento de seguridad.

"3º Los funcionarios de las Empresas Públicas de Pereira al tratar de suspender la corriente eléctrica invirtieron el procedimiento equivocadamente y por el contrario el circuito respectivo se cargó de alto voltaje que llegó a las redes domiciliarias sin control alguno, pudiéndose ocasionar una tragedia de proporciones inconmensurables, especialmente en la escuela del lugar donde hubo daños de consideración (ver fotografía anexa) pero afortunadamente los alumnos aún no se encontraban en el lugar.

"4º Como medida de precaución y prudencia el señor Rubén Antonio Arias Rincón tenía (aún existe instalada una cuchilla para proteger de situaciones anormales) la estufa y obviamente su vida y la seguridad del inmueble mismo que ocupaba.

"5º Como observara el señor Rubén Antonio Arias Rincón que se estaba produciendo un corto circuito buscó aislar los aparatos eléctricos desconectando la cuchilla, desconociendo lo que en la calle estaba sucediendo, es decir que las redes domiciliarias estaban recibiendo una carga inmensamente mayor a la que deben transportar. El voltaje pasó de ciento diez voltios a una potencia de trece mil.

"6º Vecinos del lugar en diferentes ocasiones visitaron a la gerencia, subgerencia técnica, departamento de eléctrica de Empresas Públicas y pidieron a la prensa hablada y escrita de la ciudad hiciese eco de su solicitud, consistente en la necesidad de revisión y posible reparación del transformador. Lo anterior ocurrió en diferentes días y tres días antes del trágico suceso la misma comisión estuvo visitando los directivos de las Empresas Públicas para enterarlos de la situación.

"7º Por medio del acuerdo número 2 de 18 de julio de 1978 el honorable Concejo Municipal de Pereira, creó el establecimiento autónomo llamado Empresas Públicas de Pereira, como un establecimiento autónomo, dotado de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, cuya función es atender los servicios públicos de energía eléctrica, acueducto, alcantarillado, plaza de mercado, teléfonos, aseo, matadero, etc.

"8º Es clara la relación de causalidad entre la muerte del ciudadano Rubén Antonio Arias Rincón y los perjuicios ocasionados con ella, de un lado y la actividad de la administración, la falla en el servicio público. La conducta de los funcionarios de las Empresas Públicas ocasionó la muerte del ciudadano Rubén Antonio Arias Rincón.

"9º Por mandato expreso del artículo 16 de la Constitución Nacional las autoridades están instituidas para velar por la vida, honra y bienes de los ciudadanos no para acabar con estos bienes o garantías que concede el Estado a los asociados. La muerte del señor Rubén Antonio Arias Rincón por actos imputables a funcionarios oficiales choca con el precepto constitucional y afecta el patrimonio moral y material de su familia. La ofensa ocasionada a Amanda Higuita de Arias, María Amanda, Oscar Antonio, Rubén Antonio y Hugo Antonio Arias Higuita debe ser reparada por la administración al configurar una falla en el servicio público imputable administrativamente a las Empresas Públicas de Pereira.

"10. El señor Rubén Antonio Arias Rincón vivía y habitaba el mismo techo de su cónyuge y sus hijos María Amanda, Oscar Antonio, Hugo Antonio y Rubén Antonio Arias Higuita. Todos los anteriores dependían económicamente de Arias Rincón.

"11. De la declaración de renta del señor Rubén Antonio Arias Rincón, al igual que constancias de la Cooperativa de Caficultores y recibos de la Secretaría de Hacienda de Pereira donde consta la propiedad de un establecimiento de comercio se desprenden la dependencia económica de mis poderdantes con su cónyuge y padre" (fls. 22 a 24 del cdno. 1).

El recurso:

Como ya se dijo tanto la parte actora como las Empresas Públicas Municipales de Pereira apelaron el fallo de primera instancia.

La parte demandante por medio de su apoderado, manifiesta su inconformidad en relación con el punto tercero del fallo e interpone su recurso únicamente con respecto a él, es decir, en cuanto el Tribunal se declaró inhibido para fallar sobre las pretensiones de Rubén Antonio y María Amanda Arias Higuita (fl. 250); al sustentar el recurso expresa su inconformidad así en lo pertinente:

"*Segundo*. Con dicha decisión el honorable Tribunal acoge la excepción propuesta por el apoderado de la entidad demandada que hace consistir en una supuesta falta de *legitimatio ad procesum*, respecto de las dos personas mencionadas anteriormente, excepción que fuera ratificada en los alegatos de conclusión de dicho apoderado, porque según el Tribunal 'ya que los registros civiles de ambos, visibles a folios 5 y 6, *carecen de anotación sobre identidad de los padres*. La Sala

encuentra, que, efectivamente, dichas actas no acreditan el carácter que, de hijos de la víctima alegan tener aquellos señores. Así las cosas, es preciso concluir que carecen de legitimación para obrar en este proceso. *Cierto que registros civiles con dicha anotación fueron agregados al proceso el 18 de febrero de 1987. Pero ya había precluido, por haberse cumplido ya, el término de fijación en lista, la oportunidad procesal para adicionar la demanda acreditando la legitimación ante el proceso* de las personas en referencia' (visible a folios 6 y 7 de la sentencia recurrida, subrayado nuestro).

"Se consagra así, con dicho aserto, en forma por demás inexplicable e imperdonable, manifiesto error de apreciación y de interpretación por parte del honorable Tribunal Administrativo cuando asume que no puede '...admitir como eficaz la extemporánea adjunción de tales registros...' por haber precluido ya, supuestamente, el día 18 de febrero de 1987, la oportunidad procesal para hacerlo, insistimos, según el Tribunal. Y decimos que es un ostensible error de apreciación interpretativa porque realmente no se trataba de una 'extemporánea adjunción' de documento alguno, sino simplemente subsanar la deficiencia de registros civiles aportados oportunamente, en su momento procesal, como documentos anexos de la demanda (*y en ningún momento la demanda propiamente*), y registros que por otra parte tampoco incumbía expedir o modificar al actor, que él mismo no era responsable de su formalismo ritual, pero que con toda seguridad se acompañaron en la instancia procesal correspondiente.

"*Tercero.* Y nace la equívoca confusión en que incurrió el honorable Tribunal de la desafortunada interpretación e inteligencia que hace del artículo 208 del Código Contencioso Administrativo.

"Dicho artículo señala la oportunidad procesal para '*aclaración o corrección de la demanda*', y en el caso de autos es evidente que *ni se aclaró ni se corrigió la demanda.* Es claro, que si de lo anterior se tratara, o sea de aclarar o corregir la demanda, efectivamente el día 18 de febrero de 1987 ya habría precluido la oportunidad procesal para hacerlo.

"La demanda como tal no se modificó en lo más mínimo, en ninguna de sus partes. Además porque no era menester aclararla o corregirla.

"Era de apenas elemental conducta procesal, *prima facie,* que si el registro civil expedido en las condiciones anotadas no mencionaba el nombre de los padres, bastaba simplemente con incorporar al proceso el mismo registro civil en el cual se dijese el nombre de los padres, sin que por modo alguno tal hecho implicara 'aclaración o corrección de la demanda', sino que era más bien si se quiere, y en gracia de discusión más bien la sencilla corrección o aclaración de un registro civil, pero nunca, jamás, tal conducta podría predi-

carse de *la demanda*, que es lo que categóricamente regula el artículo 208 ya mencionado.

"*Cuarto.* Por otra parte, y como prueba adicional, se había acompañado al escrito de demanda el Formulario Oficial Simplificado del año gravable de 1985, para efectos de la declaración de renta del causante, visible a folio 14 y folio 15 vuelto del expediente, y el cual, en el acápite correspondiente a identificación de las personas legalmente a cargo, y con el parentesco correspondiente de consanguinidad, aparecen claramente declarados en condición de *hijos* del causante los señores María Amanda Arias Higuita y Rubén A. Arias Higuita, y que es un formulario oficial auténtico y sellado por la Administración Nacional de Impuestos de Pereira, documento público y oficial, amparado consecuencialmente por la presunción de legalidad propia de los documentos públicos, no objetado en ningún momento del proceso, y por consiguiente, prueba adicional irrefutable del vínculo de consanguinidad existente entre estas dos personas y el causante, en calidad de hijos y de padre respectivamente.

"Además porque estos dos hijos son los menores del de cuyus, estudiantes que dependían económicamente de él para todos los efectos de su congrua subsistencia, y porque constituiría monumental desacato a la justicia humana dejarlos por fuera de la merecida reparación del daño moral a ellos causado por la falta en el servicio que privó de la existencia al señor Rubén Antonio Arias Rincón" (fls. 254 a 255-A cdno. 1).

"... ... ..."

"Por las razones que precedentemente hemos señalado, para ante el honorable Consejo de Estado, dejamos así sustentado el recurso de apelación interpuesto contra el numeral tercero de la sentencia proferida en el proceso de la referencia, y con todo respeto solicitamos se revoque dicho fallo en cuanto '...se declara *inhibido* para fallar de mérito', respecto de los señores Rubén Antonio y María Amanda Arias Higuita y en su lugar se acojan las súplicas de la demanda que pide se condene a las Empresas Públicas de Pereira a pagar a cada uno de ellos el equivalente al valor de 1.000 gramos de oro fino, *a la fecha de la sentencia,* en calidad de hijos dependientes económicamente del causante señor Rubén Antonio Arias Rincón.

"Hacemos igualmente extensiva nuestra petición de que el valor de los gramos de oro como reparación moral, sean liquidados al precio en moneda colombiana certificada por el Banco de la República a la fecha de producirse la sentencia, en las condenas impuestas en el numeral segundo de la sentencia pronunciada en este proceso" (fl. 258 cdno. 1).

Por su parte el apoderado de la parte demandada solicita que se revoque el fallo recurrido alegando fuerza mayor o caso fortuito y culpa de la víctima, con argumentos que expone así:

"... ... ..."

"El Tribunal incurrió en un error de apreciación de las pruebas, al sostener que se estuvo huérfano de pruebas en el proceso, porque todo lo contrario, en el mismo se aprecian más que suficientes que acreditan el fenómeno invocado como fuerza mayor y caso fortuito, veámos:

"1. El servicio se prestó e inclusive éste se estaba prestando con todas las técnicas que deben emplearse en esa clase de trabajo como se aprecia en las pruebas, por ejemplo; copia del memorando número 001733 de fecha 25 de mayo de 1987 suscrito por el ingeniero jefe del Departamento de Energía, visible a folio 142" (fls. 262 y 263).

"... ... ..."

"Señor consejero de Estado, tal como concluye el señor perito Sánchez Acero, el fenómeno encaja perfectamente en el caso fortuito porque a pesar de ser sobrevoltaje (que es imprevisible como afirmó el testigo Jahir Valencia y José Isaías Patiño), la cuchilla de protección del inmueble de la víctima no operó. Luego sí hay pruebas que ameriten la presencia de un fenómeno eléctrico que ni la técnica ni la ciencia ha formulado teorías o diseñado métodos para prevenir tales fenómenos, ya que vemos que Empresas a través de sus funcionarios utilizaron todos los procedimientos adoptados para esta clase de trabajos.

"De aquí que Empresas Públicas de Pereira se exonera de toda responsabilidad, porque demostró procesalmente la fuerza mayor o caso fortuito y no hay entonces una relación de causalidad entre la falta del servicio y el daño causado.

"Respecto a la víctima, ésta también concurrió con el fenómeno fuerza mayor o caso fortuito al resultado, porque de manera imprudente se levantó apresuradamente a bajar la cuchilla del fogón, porque éste según anotación en la xeroscopia de una fotografía anexa a la demanda por el actor, la misma cuchilla y el lugar no sufrieron deterioro alguno y esa fotografía y leyenda se solicitó por el actor que se tuviera como parte integrante del punto quinto de los hechos. Es así como otras personas del sector que inclusive tuvieron contactos con paredes, puertas, etc., que se encontraban energizadas por el fenómeno tan raro e improvisto, no sufrieron siquiera quemaduras, y para el caso léase la declaración de la testigo Lilia Gutiérrez de Calderón y de María Lucero Toro de Londoño. Igualmente la necrop-

sia practicada por el médico legista al señalar: quemaduras eléctricas en dedo medio de la mano derecha, a nivel de falangue ungüeal..." Lo que nos lleva a deducir con lógica razonable la forma apresurada e imprudente que obró la víctima posiblemente alarmado con lo que estaba sucediendo, y lo que no sucedió con las otras personas que obraron con prudencia al darse cuenta del peligro que corrían. Y la misma colaboradora fiscal del Tribunal deduce la culpa de la víctima en el respectivo concepto fiscal (fl. 264 y 265 cdno. 1).

"... ... ..."

"*Tercero.* El honorable Tribunal Administrativo de Risaralda, en la sentencia apelada, omitió vincular a las partes llamadas en garantía, a pesar de que éstas se hicieron presentes en el proceso de la referencia. Porque de ahí que por estar expresamente sometido el llamamiento en garantía a lo dispuesto en los artículos 55 y 56 del Código de Procedimiento Civil, en virtud del aparte final del artículo 57 *ibídem*, le sea aplicable el último inciso del artículo 56, que dispone que en la sentencia se resolverá sobre la relación sustancial entre denunciante (o convocante) y denunciado (o convocado), sin que por esto sea pertinente ese pronunciamiento en caso de no ser acogidas las súplicas de la pretensión de la demanda como en el caso que se somete a consideración de la Sección Tercera de la Sala Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado por apelación de la sentencia dictada en el proceso de la referencia" (fl. 266, cdno. 1).

"... ... ..."

"Con fundamento a todo lo anteriormente expuesto en el presente escrito sustentatorio del recurso de apelación, solicito muy respetuosamente al señor consejero ponente, lo siguiente:

"Principalmente se revoque la sentencia de primer grado, en el sentido de negar las súplicas de la demanda por darse el fenómeno de la fuerza mayor o caso fortuito.

"En caso de no accederse a lo primero se declare la compensación de culpas, sin modificar el criterio consignado por el Tribunal de primera instancia sobre la valorización del dolor, por las razones siguientes: el Tribunal en sentencia de octubre 27 de 1987, expediente número 606, acción de reparación directa, demandante Aceneth Morales Pulgarín, expuso: 'Finalmente, cabe advertir que se toma como fecha para hacer la equivalencia del valor de los perjuicios morales en gramos oro la de la ocurrencia del hecho dañino, atendiendo el Tribunal la tesis del honorable magistrado doctor Gartner Tobón en el sentido de que no debe estimarse el precio del dolor moral en término de valor constante (upaquización del dolor), pues, por afortunado designio de la Divina Providencia, o si se quiere, por la peculiar

índole de la naturaleza humana, dicho dolor tiende a disminuir, hasta desaparecer, por el transcurso del tiempo, es decir, se trata de emoción que, dentro de la terminología económica y ya que dentro de nuestro derecho positivo tiene una valoración de tal naturaleza, sufre con el paso del tiempo depreciación y valorización'. Tal aserto está apoyado en la experiencia universal. Por ello, el dolor tiene su real y más alto 'precio' en el momento mismo en que se produce el hecho que lo genera" (fls. 267 y 268 del cdno. 1).

El concepto fiscal:

La Fiscalía Séptima de esta Corporación, en su concepto, solicita que confirme la sentencia apelada reformándola en algunos aspectos y decidiendo lo relativo al llamamiento en garantía, que la sentencia del *a quo* olvidó.

Dice así el colaborador fiscal en lo pertinente:

"1ª La negación de la indemnización por perjuicios materiales es manifiestamente *injusta,* pues las rentas del señor Arias se pudieron calcular por su última declaración de renta y, en el peor de los casos, por el salario mínimo legal. Desafortunadamente, este aspecto de la sentencia no fue impugnado y la resignación de los demandados en el resarcimiento de los daños morales es asunto que ni la Fiscalía ni el Consejo tienen capacidad legal para suplir. Bajo este respecto, pues, el fallo debe considerarse ejecutoriado y, en todo caso, intocable porque el *ad quem* no obtuvo competencia para revisarlo.

"2ª La parte inhibitoria del fallo adolece también de un formalismo exagerado que sacrifica el derecho sustancial en aras del ritualismo y que olvida que en el actual proceso administrativo el juez no es simple y pasivo árbitro de partes porque obra en interés de la justicia legal con facultades que al menos se pueden calificar como de moderadamente inquisitivas. Con el criterio de que la constancia de la paternidad en la copia del registro notarial de nacimiento es, en juicios como el presente, parte inseparable de los anexos requeridos para una demanda en forma presentada por legítimos personeros procesales, el Tribunal no ha debido admitir la demanda sino conceder el término legal para completarla, señalando el defecto. En lugar de hacer ésto, admitió la demanda para todos los demandantes y a partir de este momento todos ellos adquirieron la calidad de partes procesales. Si el juez no es mero convidado de piedra en el proceso administrativo, menos puede ser testigo inmóvil de la consumación de una injusticia al amparo del más estricto y trasnochado formalismo y aún menos puede ser actor de tal drama cerrando los ojos a una verdad que consta materialmente en el proceso de un modo cierto y auténtico. Por estos motivos, y también porque no son descabellados los argumentos del actor recurrente en cuanto a que no fue extemporánea la aducción o complementación de tales medios de prueba,

la Fiscalía considera que debe revocarse el numeral 3º del fallo apelado y, en su lugar, ordenar las correspondientes indemnizaciones por perjuicios morales en favor de los dos hijos excluidos. A esto podríase agregar que con las culpas u omisiones del juez no tiene por qué cargar ninguna de las partes (y en este caso se las están cargando al demandado, que es la parte débil del proceso).

"3ª La pretensión del demandado de que se lo exonere de responsabilidad por caso fortuito o fuerza mayor y (aún al menos parcialmente) por culpa de la víctima, carece por entero de fundamento. Las Empresas Públicas Municipales de Pereira son un ente oficial que tiene a su cargo —administrativamente—, la prestación del servicio público de energía eléctrica en esa ciudad y otros sectores aledaños. La causa primera del siniestro fue la ostensible falla del servicio que se presentó cuando las redes domiciliarias, previstas para 110 voltios, recibieron desde el exterior —desde fuentes manejadas y controladas por las propias Empresas— un sobrevoltaje de 13.000 voltios. Nada más absurdo que pensar que un fenómeno como este puede ser previsible para el ciudadano que se encuentra en el interior de su hogar e ignora por completo las manipulaciones que los operarios de las Empresas están efectuando sobre el servicio de provisión de electricidad. Nada más necio tampoco que insinuar que el ciudadano que observa algo irregular en las redes eléctricas de su residencia y, bajo la impresión de un posible corto circuito, acude a la vía normal de cortar mecánicamente el servicio por medio de una cuchilla predispuesta, realiza una conducta imprudente o negligente. Aunque se haga descalzo, pisando terreno húmedo y sin aislantes adicionales, esta maniobra no ofrece mayor peligro si el flujo eléctrico conserva el voltaje que siempre ha debido conservar (110 voltios aproximadamente). Pero aún suponiendo negligencia o imprudencia en esta conducta de la víctima, la que aparece como determinante y por ende como exclusiva jurídicamente es la culpa antecedente de la administración al prestar tan mal un servicio que, por maniobras temerarias de sus agentes, se produce en las redes domiciliarias una sobre carga de 13.000 voltios (fls. 275 a 278 cdno. 1).

"... ... ..."

"El ciudadano en fin, tenía derecho a confiar en que fuera de pequeñas y normales oscilaciones el voltaje de las redes de conducción eléctrica de su domicilio no se convertiría jamás en alta tensión y también en que los pequeños alambres que llevan el fluido a su modesta estufa eléctrica no resultarían convertidos, de la noche a la mañana, en redes primarias. Al tener el derecho a esta confianza en la normal prestación del servicio, no se puede jamás considerar como culposa la conducta del particular que a ella se atiene, sin poseer siquiera la posibilidad de sospechar lo otro, lo temible, la grave falla del servicio (sobrevoltaje de retorno por la línea neutra, frente al cual

son inútiles los medios ordinarios y normales de protección que suelen disponer a la entrada del circuito eléctrico en las casas de familia).

"4ª Como los perjuicios morales subjetivos no son directamente tasables en dinero, la ley ha previsto para ellos ciertas escalas de indemnización en gramos oro. Y como el oro no es moneda corriente, el pago debe hacerse por equivalencia, o sea por lo que valga el oro al momento del pago (que ha de suponerse que es el de la ejecutoria de la sentencia de condena). El victimario no tiene por qué favorecerse con el mayor valor que en el mercado alcance el gramo oro entre el tiempo del hecho y del pago; la víctima si porque a ella al fin de cuentas no le han pagado el equivalente ni entregado los gramos de oro correspondientes. El argumento de que el dolor moral de los humanos no se 'upaquiza' o crece con el tiempo sino que, por el contrario, se 'desupaquiza' y decrece, es más florido y efectista que verdadero. Fuera de que se trata de un asunto eminentemente discutible y polémico, es lo cierto que el precio legal de ese dolor, no el dolor mismo, si está legalmente (indexado). Posiblemente no es razonable premiar al que, para pagar los daños que ocasiona, se atiene al fallo de la justicia, pues éste necesariamente tarda un poco y resulta por esto justo que con los riesgos monetarios de esta tardanza cargue el que la ocasiona, esto es, el deudor que en lugar de pagar se hace llevar a juicio".

"5ª En lo que atañe al llamamiento en garantía, la sentencia de primer grado no contiene ningún pronunciamiento, pero podría pensarse que el denunciado ha sido absuelto al negarse todas las súplicas 'de la demanda'. Que no fueron expresamente reconocidas, una de las cuales es precisamente ese llamamiento. Dado que la sentencia ha de surtir efectos de cosa juzgada frente al llamado en garantía, conviene declarar su responsabilidad en la parte resolutiva del fallo, pues al fin y al cabo el llamado en garantía adquiere el carácter de parte demandada y el fallo ha de surtir frente a él los efectos de la cosa juzgada y la ejecutividad" (fls. 283 y 284).

Consideraciones de la Sala:

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

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

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

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

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

1º Partida de defunción del señor Rubén Antonio Arias Rincón (fl. 4).

2º Acuerdo número 2 expedido por el Concejo Municipal de Pereira, por medio del cual se dicta el estatuto orgánico de las Empresas Públicas de ese municipio (fls. 90 y ss.).

3º Copias auténticas de los actos de nombramiento y posesión del doctor Luis Enrique Arango Jiménez, como gerente de las Empresas Públicas de Pereira (fls. 104 y 105).

4º Copia auténtica de la necropsia practicada al cadáver del señor Rubén Antonio Arias Rincón, en la cual consta que su muerte "...fue consecuencia natural y directa de paro respiratorio por electrocución..." (fl. 100).

5º Memorando enviado por ingenieros del Departamento de Energía al asesor jurídico de las Empresas Municipales el día 27 de noviembre de 1986, en el cual informan de los sucesos acaecidos el 22 de noviembre del mismo año, en que perdió la vida el señor Rubén Antonio Arias Rincón y que narran así:

"... ... ..."

"El día sábado al proceder a abrir la primera caja primaria esta se reventó en la parte superior creándose un arco eléctrico entre la parte superior desprendida de la caja y la inferior de la misma, esto ocasionó descarga a través del herraje de la misma alcanzando la línea de aterrizaje que es la misma del neutro del transformador, que le da servicio a esta parte de La Bella y que se encuentra sobre el mismo poste, el sobre voltaje viajó a través de dicho neutro ocasionando la quema completa de varios tomas y bombillos en algunas casas que tienen servicio de energía neutro.

"Según informes recibidos del señor Jorge Julio Mosquera secretario de la inspección de La Bella y el señor Antonio García presisidente de la Asociación de Padres de Familia de La Bella, en una residencia que se encuentra a unos doscientos metros del sitio del problema, el señor Rubén Antonio Arias R., observó que una cuchilla que le daba servicio a un fogón eléctrico chispeaba por lo que fue a bajarla encontrándose a pie limpio y sobre un piso húmedo, lo que ocasionó por estas condiciones que recibiera un corrientazo.

"Según informes de los mismos señores y del jefe de cuadrilla, el señor Arias se tragó la lengua y no presentaba ninguna quemadura ni en la mano ni en los pies que sería una muestra visible por fuerte descarga eléctrica, el citado señor falleció.

"El caso de que una caja primaria se reviente al abrirla, es el primero que se presenta y que tengamos conocimiento, lo que denota el haber recibido con anterioridad un golpe que la averió y el cual no se detecta fácilmente" (fls. 32 y 33 del cdno. 1).

6º Se recibieron testimonios relacionados con la ocurrencia y circunstancias del accidente que sufrió el señor Rubén Antonio Arias Rincón. Los testigos narran en lo pertinente los siguientes hechos:

Antonio García Callejas. "...Eso fue a las seis y media de la mañana, me parece que un sábado estuvieron en la vereda La Bella cuatro (4) trabajadores de las Empresas Públicas de Pereira..." "...vinieron ahí a la capilla a quitar la luz para poder instalar el transformador La Colonia, en ese momento cuando fueron a bajar la cuchilla hubo un corto en las primarias y se prendió la caja, y en esas hubo el corto de todo el caserío de La Bella..." "...enseguida hubo el comentario de que el corto circuito había matado a un señor; cuando salimos de la casa haber (sic) si era cierto, ya el señor estaba muerto". "...Sí me consta que el corto circuito ocasionó la muerte del señor Rubén Antonio Arias Rincón, también me consta que quemó artículos eléctricos y en algunos casos instalaciones eléctricas..." (fls. 143 a 146).

Lilia Gutiérrez de Calderón. "...Si sé que trabajadores de las Empresas Públicas provocaron un corto circuito en la vereda de La Bella, cuando estaban en el transformador cerca de la capilla, cuando ya se incendiaron las casas yo salí de la casa mía para el interior o sea, para el patio. Cuando ya se apagó el corto abrí las puertas y salí a la calle y oí que decían que había matado a una persona a don Rubén". "...Sí me consta que el corto circuito ocasionó la muerte del señor Arias Rincón" (fls. 146 a 148).

María Lucero Toro de Londoño. "Sí el día 22 de noviembre salieron a hacer un trabajo en el transformador (se refiere a los trabajadores de las Empresas Públicas de Pereira) y en vez de avisar de que pusieran cuidado en las estufas, que iban a arreglar la luz, no dijeron nada y eran por ahí las seis y media o siete, yo estaba en la cama cuando comenzaron a explotar todas las instalaciones de las cuerdas, yo iba a bregar a salir afuera de la escuela donde yo vivo, al yo ir a abrir las puertas todas estaban electrizadas y no pude salir, cuando ya dejó de crispear entonces abrí la puerta y salí afuera, ya la gente decía que la luz había matado a don Rubén, yo corrí y miré en la casa de él y lo ví en el suelo" (fls. 148 a 150).

Amanda Higuita de Arias. (Actora en este proceso). Preguntada sobre la forma en que se produjo la muerte de Rubén Antonio Arias Rincón, dijo: "Luego nosotros por la mañana como él acostumbraba a levantarse a alzar la agua de panela, yo estaba en la cama y él estaba sentado hacia la orilla de la cama mía, cuando yo sentí ese zumbido tan horrible, entonces dijo él: mija corto, corto, porque estaba todo incendiado, entonces yo salí hacia la puerta de la calle y él salió hacia la cocina, cuando yo volvía a regresar donde él, cuando yo ya llegué a la puerta de la cocina él estaba tirado en el suelo, tendido, ya estaba muerto cuando yo me le tiré encima a palmotearlo a ver" (fl. 160).

Jahir Valencia Correa (ingeniero electricista). El testigo hace una amplia descripción sobre la forma en que funcionan los transformadores del tipo que originó el fenómeno que causó la muerte de Rubén Arias y sobre las diferentes posibilidades que pudieron dar lugar al mismo (fls. 161 a 167).

José Isaías Patiño (trabajador de las Empresas Públicas de Pereira), dice sobre los sucesos de 22 de noviembre de 1986: "... se llegó a la vereda La Bella donde existen el partidor o cajas primarias que abren el ramal hacia donde nosotros íbamos a hacer el montaje del transformador. Se abrió la cañuela, al abrir la cañuela, se hizo un arco, el circuito lógicamente, antes de accionar las cañuelas, se llama a la subestación o planta para que le sacaran el recierre al circuito, ya sacado el recierre del circuito se abren las cañuelas, cuando se abrió una cañuela hizo arco (fogonazo), luego como a los cinco o diez minutos aproximadamente vino un señor que al parecer como que era inspector o secretario, no se que puesto ocupa o ocupaba, y me informó que se había muerto un señor. ." (fls. 167 y 168).

7º A los folios 151 y 152 del expediente obra diligencia de inspección judicial cuyo contenido nada aporta al esclarecimiento de los hechos. Tal medio de prueba se limita a dar plazo a los peritos para que rindan su dictamen y autorizar a los operadores de las partes para que amplíen los cuestionarios respectivos.

8º La peritación por su parte fue tramitada por el Tribunal con desconocimiento de las pautas que para tales efectos establecen las normas procesales (arts. 237 y 238 del C. de P. C.).

Efectivamente, se designaron los peritos como lo prevee la ley (fl. 76) pero el dictamen se produjo separadamente por cada uno de ellos como si se tratara de dos medios de prueba (fls. 170 y ss. y 176 y ss.); del dictamen o dictámenes se dio traslado por el término legal (fl. 184) y la parte demandada objetó por error grave el dictamen rendido por uno de los peritos sin mencionar el del otro, (fl. 185); el Tribunal aceptó el escrito de objeción así propuesto y, para resolverla, curiosamente no designan nuevos peritos de la lista de auxiliares de la justicia sino que decide aceptar la petición de la parte

demandada en el sentido de oficiar a la Central Hidroeléctrica de Caldas —CHEC—, con sede en Manizales, para que ésta designe dos ingenieros electricistas con el fin de que se pronuncien sobre la objeción (fl. 202); la citada empresa nombra los dos peritos (fl. 205) y éstos se pronuncian por medio de oficio dirigido al gerente de la CHEC, fotocopia informal del cual obra en el expediente (fls. 209 y 210); de este último "dictamen" se dio traslado a las partes, indicando que "los señores peritos inicialmente designados puedan intervenir" (fl. 210).

En conclusión procesalmente, no hubo dictamen pericial porque su práctica no se sometió a los requisitos que para su validez establecen las leyes procesales y, por otra parte, el oficio de los señores ingenieros de la CHEC tampoco se puede tomar como uno de los informes técnicos previstos por el artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, puesto que, como ya se dijo se trata de una fotocopia informal de un escrito que ni siquiera está dirigido al Tribunal *a quo* que, sin embargo, sustentó su sentencia en tales medios de prueba tan irregularmente practicados.

Además, al haberse dado trámite a la objeción por error grave, esta debió ser decidida en la sentencia, cosa que tampoco se hizo.

Así las cosas, de las pruebas practicadas se han de excluir en la valoración final la inspección judicial, que nada aporta, y los llamados dictámenes periciales por no haberse practicado conforme a las normas que rigen los procedimientos del caso.

Ahora bien: apreciadas las pruebas legalmente aportadas al proceso dentro de las reglas de la sana crítica (art. 187 del C. de P. C.), es decir, haciendo un análisis objetivo y razonado, de las mismas, para luego compararlas entre sí y finalizar con una síntesis de los elementos de hecho plenamente demostrados, se llega a la conclusión ineludible de que la muerte de la persona que sirve de fuente a las pretensiones procesales ocurrió como consecuencia del manejo imprudente, o por lo menos desafortunado, que los trabajadores de las Empresas Públicas de Pereira dieron a las maniobras necesarias para proceder a la instalacción de un transformador de energía eléctrica en el sector de La Colonia, que produjeron como consecuencia el ingreso de corrientes de alto voltaje en las instalaciones eléctricas de las viviendas del paraje de La Bella con el resultado ya anotado.

Los testigos concuerdan en las circunstancias de tiempo modo y lugar y establecen la ciencia de su dicho en cuanto a hechos que son determinantes para la decisión que se ha de tomar. Todos afirman que el día 22 de noviembre de 1986 en las primeras horas de la mañana una cuadrilla de trabajadores de las Empresas Públicas de Pereira manipuló un transformador en el sitio de La Bella, que inmediatamente se produjo un corto circuito de grandes proporciones y que el señor Rubén Antonio Arias estando en su casa de habitación

trató de bajar una cuchilla que interrumpía el flujo de corriente y al hacerlo murió electrocutado.

Estos testimonios apreciados en conjunto con la prueba documental que obra en el expediente, especialmente el informe del folio 32 y la necropsia que aparece al folio 100, demuestran plenamente las circunstancias objetivas en que se sucedió el hecho base que fundamenta la demanda.

La responsabilidad de la administración:

Para la Sala existe convicción plena de que la muerte del señor Rubén Antonio Arias Rincón se produjo como consecuencia de irregularidad e ineficacia en el servicio de energía eléctrica que prestan las Empresas Públicas de Pereira, en desarrollo de una actividad considerada por sí misma como eminentemente peligrosa. La ausencia de las debidas precauciones y seguridades en la manipulación del transformador que permitía el suministro de energía eléctrica al paraje de La Bella fue lo que ocasionó que corrientes de alta tensión llegaran a las viviendas y, como consecuencia, se produjera la muerte del señor Arias Rincón.

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

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

El nexo causal entre la falla en la prestación del servicio y el daño causado también se hace notorio. Sin la falla del servicio no se hubiera producido la muerte y sin esta no existiría daño; no existe duda alguna al respecto.

Se presentan, por consiguiente, los elementos estructurales de la responsabilidad extracontractual de la administración.

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

En cuanto a los planteamientos de la parte demandada sobre fuerza mayor o caso fortuito y culpa de la víctima, la Sala comparte en su totalidad lo que al respecto expone el señor fiscal de la Corporación.

Los perjuicios:

El perjuicio es actual, cuando ha existido antes de la acción indemnizatoria o al tiempo de iniciarse esta; futuro cuando se manifiesta con posterioridad al hecho que lo genera, 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 los perjuicios reclamados son de carácter actual según se desprende del *"petitum"* de la demanda y de los hechos que la sustentan.

La demanda se refiere al pago de perjuicios materiales en un 50% para la viuda y otro 50% para repartirlo proporcionalmente entre los hijos (fl. 25) y en el hecho 10 afirma que todos ellos dependían económicamente de Rubén Antonio Arias Rincón.

Pero no hay dentro del proceso elemento alguno de prueba que tienda a demostrar que los perjuicios materiales existieron y se concretaron. Se trata de simples afirmaciones que no pueden aceptarse para establecer el pago de perjuicios materiales. No es *"injusto"* como dice el colaborador fiscal (fl. 276) la negativa del Tribunal a concederlos; es que los perjuicios materiales hay que demostrarlos en el plenario en tal forma que su existencia no ofrezca duda alguna. Probada plenamente su objetividad y naturaleza y solamente entonces puede el juez condenar *in génere* a su pago por cuanto lo único que falta por determinar en este último caso es la cuantía y esta sí puede obtenerse a través del incidente respectivo. Y como el perjuicio debe ser cierto y determinado o determinable no se puede acceder al pago de perjuicios materiales como bien lo dice el *a quo* en el fallo recurrido.

En cuanto a los perjuicios morales subjetivos se considera que sí se presentaron porque, como lo ha venido sosteniendo la Sala reiteradamente, esta indemnización tiende a satisfacer el dolor ocasionado por el hecho dañino, siendo natural que una tragedia como la sucedida en el caso en estudio incida profundamente en el ámbito sentimental de la familia. Estos perjuicios se reconocen con la simple demostración del parentesco, cuando los padres o hijos son los que demandan, o del acto matrimonial, cuando de esposos se trata.

En cuanto al pago de perjuicios morales a los demandantes Rubén Antonio y María Amanda Arias Higuita, el Tribunal se declaró inhibido para fallar de mérito "por su carencia de legitimación ante el proceso" (fl. 247) dado que los registros civiles de nacimiento aportados con la demanda (fls. 5 y 6) carecen de virtualidad suficiente para demostrar parentesco. Por fuera de las oportunidades probatorias la parte actora aportó al proceso las partidas idóneas para probar parentesco de acuerdo con la ley (fl. 60 y 61).

El señor fiscal de la Corporación opina al respecto que se obró equivocadamente porque si los registros no eran prueba suficiente del parentesco de los demandantes con el fallecido Rubén Antonio Arias Rincón "el Tribunal no ha debido admitir la demanda sino conceder el término legal para completarla, señalando el defecto" (fl. 276).

Sobre este aspecto la Sala se ha pronunciado en múltiples oportunidades señalando claramente que en este tipo de acciones la responsabilidad es directa y los demandantes, aun cuando sean parientes del fallecido, no actúan como herederos por lo cual la prueba del parentesco no es requisito de la demanda y se puede demostrar dentro del proceso en las oportunidades del caso. Se trata, en estos casos, de un problema de legitimación en la causa que no es presupuesto de la demanda.

Sin embargo, el Consejo de Estado buscando, antes que la aplicación del rigorismo de la ley, la concreción de la justicia y la equidad como principios superiores del ordenamiento jurídico, decidió oficiosamente decretar el tener como prueba los registros civiles inoportunamente allegados, con lo cual se subsanó el problema existente para decretar el pago de perjuicios a favor de los dos demandantes ya indicados. Por tanto, se decretará el pago de perjuicios morales a favor de los demandantes de Rubén Antonio y María Amanda Arias Higuita por el valor equivalente a un mil (1.000) gramos oro para cada uno de ellos según el precio que para tal efecto certifique el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de esta providencia. Se revocará, entonces, el punto tercero del fallo recurrido.

En relación con los demandantes Amanda Higuita Arias, Hugo Antonio y Oscar Antonio Arias Higuita el *a quo* condenó al pago de perjuicios morales por el valor equivalente a un mil (1.000) gramos oro para cada uno de ellos pero considerado su precio en la fecha en que murió el señor Rubén Antonio Arias Rincón, o sea el 22 de noviembre de 1986.

La condena efectuada en esa forma no se sustenta en motivo alguno en el fallo recurrido y es contraria a reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado que ha considerado que el valor del oro debe ser el que se establezca a la fecha de ejecutoria de la sentencia que produce la condena.

Sin embargo, la Sala encuentra que este punto de la providencia no se puede modificar puesto que el apoderado de la parte actora limitó el alcance de su apelación el punto tercero de la sentencia; "manifiesto que, por no estar de acuerdo con la sentencia proferida por su despacho, *en la parte correspondiente al numeral tercero de la misma,* que fue desfavorable a las pretensiones de la demanda, *apelo de ella respecto de dicho numeral...*" (fl. 250) (subrayas de la Sala).

Encontrándose la parte actora satisfecha con los resultados del proceso en primera instancia en lo que no se refiera al numeral tercero de la sentencia, la Sala no puede modificar el monto de la condena contenida en el numeral segundo de la misma porque se violaría el principio de la *reformatio in pejus* (art. 357 del C. de P. C.) en virtud del cual el superior no puede "enmendar la providencia en la parte que no fue objeto de recurso" lo cual indica que no puede hacerse más gravosa la situación del único apelante, como sucedería en este caso si el *ad quem* la modificara oficiosamente.

Se confirmará, por tanto, el numeral segundo del fallo materia del recurso.

El llamamiento en garantía:

Como se dijo inicialmente la parte demandada en este proceso, buscando la aplicación del artículo 57 del Código de Procedimiento Civil, llamó en garantía a la sociedad "Seguros Universal S. A.", por considerar que existiendo un contrato de seguros por responsabilidad extracontractual con la mencionada compañía esta debía garantizar el pago de una posible condena (fl. 50).

El Tribunal dispuso llamar en garantía a la compañía de seguros y notificar personalmente a su representante legal (fl. 166).

La aseguradora compareció al proceso en razón del llamamiento y solicitó:

"1. ... ...".

"2. Que se absuelva de todos y cada uno de las pretensiones de la presente acción al demandado Empresas Públicas de Pereira, teniendo en cuenta su total ausencia de responsabilidad en los hechos que se le imputan.

"3. Que como consecuencia de la anterior declaración se declare igualmente libre de toda responsabilidad a Seguros Universal S. A., en su condición de aseguradora de las Empresas Públicas de Pereira.

"4. Que en el eventual caso de resultar condenada la parte demandada, se disponga que la responsabilidad de la aseguradora, se circunscriba a los términos y condiciones y limitaciones de la póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual, siempre y cuando el asegurado Empresas Públicas de Pereira haya cumplido a cabalidad sus obligaciones, y no haya violado las prohibiciones que le imponen tanto el contrato de seguro como la ley.

"5. Igualmente que en el eventual caso de resultar condenada la parte demandada en este proceso, la responsabilidad de la asegura-

dora, si llegare a existir, comenzará a partir de la fecha en que el citado demandado y asegurado, sea condenado mediante sentencia judicial ejecutoriada, y haya pagado la indemnización en favor de la parte demandante" (fl. 71 cdno. 1).

Además, coadyuvó la petición de pruebas de la parte demandada.

El Tribunal al fallar el proceso guardó silencio sobre lo relacionado con el llamamiento en garantía.

El señor fiscal de la Corporación considera que la sentencia debe ser completada en este aspecto: "Dado que la sentencia ha de surtir efectos de cosa juzgada frente al llamado en garantía, conviene declarar su responsabilidad en la parte resolutiva del fallo, pues al fin y al cabo el llamado en garantía adquiere el carácter de parte (demandada) y el fallo ha de surtir los efectos de la cosa juzgada y la ejecutividad" (fl. 284).

Se debe decidir ahora sobre la procedencia de tal fenómeno jurídico en este proceso.

Dice el artículo 57 del Código de Procedimiento Civil: "Quien tenga derecho legal o contractual de exigir a un tercero la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquel, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación. El llamamiento se sujetará a lo dispuesto en los artículos anteriores".

"Los artículos anteriores" se refieren a los requisitos, trámites y efectos de la denuncia del pleito.

Tales normas son aplicables en los procesos de reparación directa y cumplimiento de conformidad con el artículo 217 del Código Contencioso Administrativo.

Del contexto de las normas que regulan la materia se desprende para la Sala la procedencia del llamamiento en garantía en casos como el presente. Así lo ha venido sosteniendo la Corporación en el caso específico de los contratos que aseguran el riesgo propio de la responsabilidad contractual. En auto de 21 de julio de 1987, siendo actor Industrias Metálicas del Quindío —INDUMETAL S. A.—, con ponencia del consejero doctor Carlos Betancur Jaramillo se dijo al respecto:

"Se ha dicho que el llamamiento en garantía se da en los casos en que la persona que lo hace tenga por ley o por contrato una acción reversiva contra el tercero llamado, en el caso de que resultare aquélla condenada por la sentencia.

"De allí que, en principio, cuando se pide ese llamamiento el que lo formula tiene que tener un título coetáneo. *Así se entiende que en una acción de responsabilidad, la entidad demandada puede llamar en garantía a la compañía que aseguró, con anterioridad los riesgos propios de esa responsabilidad...*" (el subrayado es de la Sala).

Siendo procedente el llamamiento en garantía hecho por las Empresas Públicas Municipales de Pereira a la Compañía Seguros Universal S. A., se procederá a condenar a ésta última a reembolsar a la primera las sumas que tenga que pagar como consecuencia de esta sentencia de acuerdo con lo estipulado en el contrato de aseguramiento respectivo.

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

Falla:

Primero. Confírmase los puntos primero y segundo del fallo recurrido.

Segundo. Revócase el punto tercero del mismo fallo.

Tercero. Condénase a las Empresas Públicas Municipales de Pereira a pagar a los señores Rubén Antonio y María Amanda Arias Higuita, a título de indemnización por perjuicios morales subjetivos, la suma equivalente a un mil (1.000) gramos oro para cada uno de ellos, según el precio que certifique el Banco de la República para la fecha de ejecutoria de esta providencia.

Cuarto. Las sumas de dinero que se establezcan como consecuencia de esta condena devengarán intereses comerciales durante los seis meses siguientes a la ejecutoria de esta providencia e intereses moratorios después de ese término, conforme lo prevee el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.

Quinto. A la presente sentencia se le dará cumplimiento dentro del término previsto por el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo.

Sexto. Condénase a la Compañía Seguros Universal S. A., a reembolsar a las Empresas Públicas Municipales de Pereira las sumas que éstas paguen como consecuencia de la presente sentencia, de acuerdo con lo estipulado en el contrato de seguros por razón del cual dicha compañía fue llamada en garantía.

Séptimo. Declárase no probada la objeción que por error grave hizo la parte demandada al dictamen pericial.

Octavo. Niéganse las demás súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Esta providencia fue discutida y aprobada en Sala en sesión de la fecha.

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

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO. INCORA. Procedimiento agrario. OPERACION ADMINISTRATIVA.

En algunos eventos de excepción los procedimientos cumplidos en forma irregular o con marcada ligereza también pueden ser fuente de responsabilidad como causante de daño, máxime cuando con ellos se rompe el principio de la igualdad frente a las cargas públicas, y cuando la culminación anormal de tales procedimientos no permite acciones de impugnación con efectos resarcitorios de perjuicios, tal como podría darse cuando el INCORA, sin razón valedera alguna, abandona de hecho los procedimientos de adquisición ya iniciados.

DERECHO DE ACCION. Naturaleza.

Ha dicho la jurisprudencia, tanto de la Corte como de esta Corporación, que la carencia de acción no es propiamente una excepción, sino una simple manifestación genérica de oposición hecha por la parte demandada, en el sentido de que el demandante no tiene derecho a lo pretendido. Tal formulación no implica una defensa de fondo, porque la parte que la propone se limita en esta forma a contradecir o negar en general el derecho del actor, sin afirmar la existencia de un hecho extintivo, modificativo o impeditivo que traiga como consecuencia que la relación jurídica no produjo su efecto legal y viene a ser lo que realmente configura la excepción.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., tres de marzo de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente número 2675. Indemnizaciones. Actor: Rómulo Trujillo y Cía. S. C. Molino La María.

En escrito presentado el 15 de febrero de 1979 la Sociedad Comercial "Rómulo Trujillo y Cía. —Molino La María—" Rómulo Trujillo Serrano y Jeannette Cabrera Trujillo demanda al INCORA para que se declare su responsabilidad por los perjuicios causados a las citadas personas con los trámites administrativos judiciales, legales y

temerarios cumplidos en relación con los predios "El Salitre", "Las Margaritas", "El Floral" y "La María" de propiedad de los demandantes y se le condene al pago de la indemnización que se acredite dentro del proceso.

Como hechos, se narran en síntesis:

a) Que la Sociedad Rómulo Trujillo y Cía S. C. —Molino La María—, es propietaria de los predios "El Salitre", "Las Margaritas" y "El Floral" ubicados en Purificación (Tolima).

b) Que el señor Rómulo Trujillo S., es dueño del fundo "La María", el que perteneció en su totalidad a la señora Jeannette Cabrera de Trujillo.

c) Que el INCORA inició el proceso de adquisición de los predios mencionados desde el año de 1976.

d) Que cumplidas las primeras etapas resultó evidente que el INCORA estaba en incapacidad jurídica y económica de adquirir esas tierras "por cuanto diversas providencias judiciales e instrucciones del presidente de la República, contenidas nada menos que en mensajes al Congreso Nacional, hicieron palmario que la Ley de 1961, precisamente en las materias relacionadas con la adquisición de los predios ya citados, no podía ser objeto de aplicación por el INCORA, en los términos y dentro de los plazos utilizados para el procedimiento al cual me vengo refiriendo. Además el Instituto carecía de la capacidad económica para pagar el precio o la indemnización".

e) Que los demandantes solicitaron, entonces, la suspensión o terminación de los procedimientos administrativos, sin que el INCORA atendiera la petición.

f) Que el Instituto, a sabiendas de la ilegalidad y en franca decisión temeraria, ordenó la expropiación de los predios.

g) Que el Tribunal Administrativo del Tolima al resolver la consulta instaurada contra los actos de expropiación, declaró no viables los procesos correspondientes e ilegales las actuaciones.

h) Que tales diligencias ocasionaron graves perjuicios a los demandantes, se vieron obligados a bajar la producción de las fincas, toda vez que con motivo de los procedimientos seguidos por el INCORA les fueron cerrados los créditos.

i) Que como consecuencia de la restricción crediticia los demandantes no pudieron pagar las deudas contraídas con antelación y se vieron obligados a reconocer altísimos intereses.

j) Que, además, debido a la actuación administrativa perdieron la confianza de los acreedores y quedaron en situación altamente delicada y comprometida para recuperar su anterior prestigio.

En el capítulo "Normas violadas" se citan como infringidos con la conducta oficial, los siguientes artículos: 16 de la Constitución, 54, inciso 2º, 56 y 58 de la Ley 135 de 1961; 71 numeral 2, 72 y 74 del Código de Procedimiento Civil.

En la explicación de la *causa petendi,* alega la parte actora que la demanda descansa en la operación administrativa integrada por las deficientes actuaciones del INCORA, operación tendiente a la adquisición de los predios señalados en la demanda e integrada por actos, legales unos e ilegales otros, causantes de un conjunto de serios perjuicios, como constitutivos de una actuación temeraria e injusta.

De ese aparte de la demanda se destaca un párrafo que la Sala considera importante para la definición de la controversia como punto central de la *causa pentedi.*

Allí se lee:

"Es verdad, como dice el Consejo de Estado, que la operación administrativa a que se refiere el artículo 68 del Código Contencioso Administrativo es 'no escrita', y que para los efectos de esta demanda, casi todas las actuaciones que integran esa operación descansan en manifestaciones escritas. Mas, también es cierto que no me refiero a cada uno de esos actos administrativos (entre otras cosas no demandables), sino a la actitud o decisión de cumplirlos dentro de un proceso o secuencia que constituye, en sí una operación. Por ello creo que este planteamiento se ajusta a la siguiente definición del Consejo: 'La figura jurídica que ese precepto designa con el nombre de operación administrativa, no es más que una decisión exteriorizada, seguida de los actos materiales de ejecución. Esa resolución no se ha escrito, no se ha publicado, ni se ha notificado. Simplemente se ha ejecutado' (Sección Tercera. Sentencia octubre 28 de 1976).

"Síntesis: la administración pública, cuyas autoridades están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en cambio de hacerlo, comete actos contrarios a este precepto y a través de ellos daña la honra y los bienes de los gobernados, y esas actuaciones no son el resultado de propósitos ajustados al querer y la voluntad de la ley sino que evidencian una conducta ilegal, injusta y temeraria, está incurriendo en responsabilidad por operación administrativa".

Cumplido el trámite de rigor, es oportuno entrar a decidir. Se hace la advertencia que en la dilación de este proceso jugaron por igual la falta de colaboración de la parte actora durante el período probatorio y el incendio del Palacio de Justicia, acaecido durante los días 6 y 7 de noviembre de 1985.

Para resolver, se considera:

Para la señora fiscal colaboradora la demanda no está llamada a prosperar, ya que la sentencia deberá ser inhibitoria. Así conceptúa en su vista de abril 15 del año pasado (a fls. 74 y siguientes del cdno. núm. 1). De esa opinión se destaca:

> "La demanda presenta una defectuosa formulación del *petitum* que hace imposible entrar a estudiar el fondo del asunto toda vez que se pretende se declare la responsabilidad del ente demandado por las actuaciones surtidas dentro del trámite del procedimiento de expropiación de unos terrenos que terminó con la expedición de los respectivos actos administrativos que ordenaron tal expropiación. Es evidente entonces que resultaría improcedente el declarar la responsabilidad por haber efectuado las diligencias necesarias para proferir un acto administrativo sin que se cuestione la legalidad del mismo acto, el que se presume legal si no ha sido anulado.
>
> "Siendo así se considera que el actor podía ejercer la acción de reparación directa consagrada en el artículo 68 del Código Contencioso Administrativo vigente a la época de la presentación de la demanda, por cuanto la causa de los supuestos perjuicios radica en la expropiación de los terrenos, que se ordenó mediante los actos administrativos correspondientes.
>
> "Las actuaciones efectuadas por la administración y que el actor califica de arbitrarias e ilegales culminaron con el acto administrativo que ordenó la expropiación de los terrenos, lo que indica claramente que la lesión del derecho del demandante se produjo en razón directa del acto administrativo y no por un hecho u operación administrativa como lo plantea en la demanda, concluyéndose que la acción de reparación directa impetrada no es la procedente y en consecuencia se presenta una ineptitud sustantiva de la demanda que impide un pronunciamiento de fondo".

Durante la etapa de los alegatos tanto la parte actora como el INCORA presentaron sus alegaciones.

El Instituto mencionado propuso las excepciones de carencia de acción o de legitimación en la causa, cosa juzgada, caducidad, indebida acumulación de pretensiones; y pidió además que se denegaran las súplicas de la demanda.

Por su lado, el apoderado de la parte actora insiste en los puntos de vista expuestos en la demanda con nuevos argumentos.

Vistos los planteamientos de las partes y la posición del Ministerio Público, considera la Sala que para una mejor comprensión del asunto la motivación deberá seguir el siguiente orden: a) La acción intentada; b) las excepciones propuestas por el INCORA; c) los supuestos de la responsabilidad; d) las pruebas; y e) la conclusión.

a) La acción.

De los términos de la demanda se desprende que los actores formularon pretensiones de reparación directa por los perjuicios causados por el INCORA con la operación administrativa de adquisición de unos predios, con fines de reforma agraria, que resultó fallida.

La acción así intentada es viable. Se hace esta afirmación pese a la orientación en sentido contrario que se venía aceptando a la sazón.

La responsabilidad del Estado, tanto en el régimen anterior al nuevo Código como en el actual, se compromete no sólo por los actos administrativos y los hechos de la administración, sino también por las operaciones administrativas. Y aunque esta figura no tenía mucha claridad en la Ley 167 de 1941, como que ese calificativo comprendía figuras más o menos disímiles, la jurisprudencia de la época aceptaba la responsabilidad extracontractual por los hechos y por las operaciones administrativas, tomando éstas como el conjunto de actos materiales de ejecución de un acto o decisión administrativa.

Pero no aceptaba la responsabilidad derivada de los procedimientos mismos tomados como un todo, aunque resultaran fallidos por irregularidades en su desenvolvimiento y hubieran sido productores de perjuicios.

Ese criterio restrictivo se ve claramente explicado en la sentencia de marzo 17 de 1983 (proceso 2725) de esta misma Sala.

Allí se dijo:

> "La responsabilidad estatal puede resultar comprometida fundamentalmente por sus actos o por sus hechos. Por los primeros, mediante acciones de plena jurisdicción en las que el restablecimiento viene a ser la consecuencia de la nulidad del acto por razones de ilegalidad. Y por lo segundo, mediante acciones de reparación directa, en las que ese restablecimiento es la consecuencia de unos hechos ilegales o no, lesivos de los derechos subjetivos de una persona o de un conjunto de personas, constitutivos de un riesgo especial. Hechos que, como es obvio, no permiten una declaración previa de anulación y que imponen la petición indemnizatoria ante la jurisdicción en forma principal y no condicionada.
>
> "Pero la ley y la doctrina hablan también de la operación administrativa como posible productora de perjuicios

indemnizables. Estima la Sala que aquí operación administrativa debe entenderse no como el procedimiento que debe seguirse para la expedición de un acto administrativo definitivo (casos de liquidación de impuestos, declaración de extinción del dominio privado, adquisición de inmuebles para fines de reforma agraria, etc., etc.) sino como equivalente a actos materiales de ejecución de un acto administrativo.

"Baste leer el artículo 68 del Código Contencioso Administrativo que contempla, según la doctrina y la jurisprudencia, la acción de reparación directa por hechos u omisiones de la administración, para concluir que allí 'operación' indica actos de ejecución y no actos administrativos, porque de serlos el restablecimiento del derecho lesionado por los mismos no podría ordenarse sino como consecuencia de su anulación, con lo que se configurarían las acciones contempladas en los artículos 67 y 68 del Código Administrativo.

"Precisando un poco se observa:

"a) Si la lesión la produce el acto ilegal, la acción es de plena jurisdicción (art. 67). Su ejecución será siempre ilegal.

"b) Si el perjuicio lo causa la defectuosa ejecución de un acto que se estima legal, la acción será la del artículo 68. Aquí esa ejecución conforma una operación administrativa.

"c) Si el perjuicio se deriva de un hecho legal o ilegal de la administración, incluyendo en éstos las abstenciones u omisiones, constitutivo de una falla del servicio o de un riesgo especial (por quiebra del principio de la igualdad ante las cargas públicas) la acción será igualmente la del artículo 68.

"d) Pero si el perjuicio se hace derivar de la operación administrativa de expedición de un acto administrativo definitivo, no podrá hablarse de una acción de reparación directa o extracontractual, porque las distintas medidas que se cumplieron dentro de ese proceso tuvieron sus propios medios o recursos de impugnación que debió utilizar el afectado en tiempo; y porque, el acto final que lo culminó tiene a su turno las acciones ordinarias o especiales señaladas en las leyes administrativas.

"Ejercidos o no estos derechos (recursos y acciones propios) el interesado no puede a continuación crear, a su arbitrio, una acción indemnizatoria con prescindencia de los mismos; algo similar a lo que sucede frente al acto administrativo perjudicial, el que no admite sino una acción de plena jurisdicción y no una de reparación directa.

"Pero aún aceptando que pudiera en el presente caso ser viable una acción de responsabilidad por falla en el servicio, configurada por irregularidades cometidas durante el trámite de adquisición del predio *Igua,* habría que denegar las súplicas de la demanda, no sólo porque no se configura esa falla, sino porque no se acreditó el perjuicio sufrido por el demandante.

"No cree la Sala que pueda conformarse una falla del servicio con efectos indemnizatorios de la interpretación que de las normas que debe aplicar haga la administración. Porque si así fuera, habría que concluir que todo error de derecho con incidencia en un acto administrativo o en un procedimiento, sería, a la vez, constitutivo de ilegalidad y alegable en acción de plena jurisdicción; y conformador de falla del servicio enjuiciable en acción de reparación directa" (*Anales* T. 104 núms. 477 y 478, págs. 1091 y ss.).

La Sala considera que la jurisprudencia que se deja transcrita, en lo pertinente, merece algunas precisiones.

Si bien es cierto que la idea predominante era en ese entonces la que expone en la sentencia transcrita, no es menos cierto que en algunos eventos de excepción los procedimientos cumplidos en forma irregular o con marcada ligereza también pueden ser fuente de responsabilidad como causantes de daño, máxime cuando con ellos se rompe el principio de la igualdad frente a las cargas públicas, y cuando la culminación anormal de tales procedimientos no permite acciones de impugnación con efectos resarcitorios de perjuicios, tal como se observa en el caso *sub judice* en el que el proveído que desata la consulta no permite debate jurisdiccional alguno. Y tal como podría darse cuando el INCORA, sin razón valedera alguna, abandona de hecho los procedimientos de adquisición ya iniciados.

Los propietarios rurales, en principio, dueños de ciertos predios están sometidos a la ley agraria. De allí que frente a ellos, el INCORA pueda seguir procedimientos de adquisición de conformidad con la ley. En tal sentido tienen esos propietarios una carga igual y cuando el procedimiento se cumple dentro del ordenamiento y el bien pasa al Instituto, no se puede hablar propiamente de perjuicios por el sólo hecho del procedimiento así cumplido.

Pero cuando a un propietario se le somete a un procedimiento irregular, con ausencia de estudios previos de factibilidad, con ligereza o carente de seriedad y por eso resulta fallido, luego de lapso de tiempo más o menos largo, se rompe ese principio de igualdad y deberá ser indemnizado si se demostraren los perjuicios que afirma sufrió.

Considera la Sala que los recursos establecidos en la ley y que pueden interponerse durante el trámite del proceso de adquisición controlan la legalidad de la actuación pero no sirven para obtener el resarcimiento de perjuicios, los que se pueden empezar a causar desde que se inscribe en la Oficina de Registro correspondiente la resolución que inicia el proceso de adquisición; inscripción que tiene el efecto, en la práctica, de sacar el bien del comercio.

Efecto reparador que ni siquiera se lograba con la decisión final del Tribunal que lo declaraba inexpropiable, porque este organismo sólo definía si el bien era expropiable o no y nada podía disponer en relación con los perjuicios que ese procedimiento hubiera podido causar.

En síntesis:

1º Los procedimientos agrarios seguidos regularmente por la administración y que cumplen el cometido querido por la ley, no pueden ser, en principio, causa de perjuicios y por ende, de responsabilidad.

2º En cambio cuando ese procedimiento resulta fallido, podrá ser fuente de perjuicios, siempre y cuando la impugnación de esa decisión final no permita el resarcimiento de tales perjuicios mediante una acción de restablecimiento; perjuicios que no se presumen por el sólo hecho de ser fallido, sino que deberán acreditarse dentro del proceso.

3º La responsabilidad surgirá así del resultado final, causado por las irregularidades en su procedimiento o por la cesación de hecho e intempestiva del mismo, como consecuencia inmediata del quebrantamiento del principio de la igualdad de los administrados frente a las cargas públicas.

b) Las excepciones:

El Instituto demandado propuso, como se dijo atrás, las excepciones de carencia de acción o de legitimación en causa, cosa juzgada, caducidad e indebida acumulación de pretensiones.

Ha dicho la jurisprudencia, tanto de la Corte como de esta Corporación, que la carencia de acción no es propiamente una excepción, sino una simple manifestación genérica de oposición hecha por la parte demandada, en el sentido de que el demandante no tiene derecho a lo pretendido. Tal formulación no implica una defensa de fondo, porque la parte que la propone se limita en esa forma a contradecir o negar en general el derecho del actor, sin afirmar la existencia de un hecho extintivo, modificativo o impeditivo que traiga como consecuencia que la relación jurídica no produjo su efecto legal y que viene a ser lo que realmente configura la excepción.

La carencia de legitimación en la causa tampoco conforma una excepción. La legitimación en causa es un presupuesto material de la sentencia favorable.

Además, la parte actora sí probó su legitimación en la causa; esa prueba surge de los documentos que acreditan la propiedad de los predios afectados en cabeza de los demandantes; y de las pruebas que vinculan a dichas personas al procedimiento de adquisición de sus inmuebles.

Así mismo, la actitud de la parte demandada es equivocada en su defensa, porque confunde el presupuesto legitimación en causa con el interés en la pretensión, al afirmar que "cabe señalar que fallan absolutamente los elementos axiológicos indispensables para la configuración de la *litis* pendencia alegada, *por cuanto la parte actora no es titular del derecho que reclama*".

La cosa juzgada tampoco aparece demostrada dentro del proceso y menos en la forma como la presenta el INCORA, haciéndola derivar de la consulta resuelta por el Tribunal del Tolima, en la cual este organismo declaró la no viabilidad de las expropiaciones propuestas. No es posible darle el efecto de cosa juzgada a tales decisiones, porque no se dan los supuestos que la ley exige para su procedencia y que aparecen señalados en el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil. Así, el actual proceso tiene por objeto la responsabilidad del Instituto por la operación administrativa o procedimiento de adquisición de unos predios, cumplido en forma irregular, y que resultó fallido; y la consulta, que ni siquiera constituye propiamente un proceso judicial, definió sólo la no expropiabilidad de dichos predios.

Pero aún aceptando que esa consulta fuera un proceso en estricto sentido, las causas serían diferentes, como también lo serían las partes involucradas jurídicamente en uno y otro proceso.

La indebida acumulación de pretensiones tampoco se configura en parte alguna. Dicha acumulación se hizo en la demanda y no requería decisión expresa que así lo dispusiera. Para el efecto bastaba que las distintas pretensiones pudieran resolverse en una misma sentencia por ajustarse a las exigencias señaladas en el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil.

La demanda permite esa racional interpretación y cuando el apoderado pidió que se ordenara esa acumulación, únicamente quiso significar que se admitieran todas, no sólo por razones de competencia, sino por seguir el mismo procedimiento y por no ser incompatibles o excluyentes entre sí.

Pensar lo contrario equivale a afirmar que la acumulación de pretensiones en una misma demanda impone el trámite y la decisión

propios de la acumulación de procesos, fenómeno conexo pero diferente.

Finalmente, tampoco procede la declaratoria de caducidad de la acción indemnizatoria propuesta, porque esta se inició oportunamente, dentro de los términos señalados para dicho efecto en el artículo 28 del Decreto 528 de 1964, vigente a la sazón. Basta confrontar la fecha de la presentación de la demanda (15 de febrero de 1979, a fl. 18 vuelto del cuaderno principal) con la culminación anormal de los distintos procesos de adquisición de los inmuebles de los actores, para confirmar este aserto. Existe constancia (a fl. 157 y siguientes del cdno. núm. 4) de que tales procedimientos culminaron con decisión de no expropiabilidad los días 6, 9 y 11 de febrero de 1978 dictadas por el Tribunal Administrativo del Tolima al estudiar el grado de consulta. En esas fechas se supo finalmente que esas propiedades recuperaban su status anterior.

De todo lo precedente se infiere que deberán declararse no probadas las excepciones propuestas.

c) Los supuestos de la responsabilidad.

Para el caso propuesto serán: el procedimiento irregular fallido; el perjuicio causado y la relación de causalidad entre éste y aquél.

El procedimiento seguido por la administración con determinado objetivo (operación en sentido lato como la serie de pasos o trámites cumplidos para la expedición del acto administrativo defintivo) por el sólo hecho de su cumplimiento no produce perjuicios ni se presume legalmente que los cause. Y ni siquiera ellos se presumen cuando ese procedimiento resulte fallido o termine anormalmente. Pero esta circunstancia sí puede dañar a alguien en particular. Por eso cuando tal evento se da y el acto final no permite impugnación en acción de restablecimiento, deberá establecerse el procedimiento cumplido y el perjuicio que ese accionar de la administración produjo, para comprometer la responsabilidad de ésta.

En el caso *sub judice* está bien demostrado el primer extremo. Pero no sucedió igual con el perjuicio y esa relación causal, por lo que se impondrá la absolución del ente demandado.

Para sustentar este aserto, se observa:

Los perjuicios alegados por la parte actora, que debieron probarse adecuadamente, aparecen detallados en los hechos 9, 10 y 11 del libelo y fueron los siguientes:

> "9º El cumplimiento de estas diligencias, por la temeridad con que procedió el INCORA, ocasionó grandes perjuicios a los dueños de las tierras, quienes, por razón de las actuaciones a que me he referido, se vieron forzados a disminuir

verticalmente la producción de las fincas, toda vez que los establecimientos de crédito y otras personas con las cuales tradicionalmente se cumplían operaciones comerciales para desarrollar programas de inversión en siembras, arreglo de tierras, mano de obra, adquisición de semillas, producción de semillas mejoradas, uso de maquinaria, recolección de productos, venta de los mismos, cerraron completamente la posibilidad de continuar otorgando créditos, en vista de la amenaza que para los mismos representaba la afectación de esas tierras por el INCORA.

"10. De igual manera, y como consecuencia de la restricción en la disponibilidad de dinero, no fue posible a los propietarios cancelar oportunamente sus deudas o amortizarlas conforme a las normas y costumbres bancarias, viéndose obligados a pagar altísimos intereses de mora durante largo tiempo.

"11. Los establecimientos comerciales y las personas naturales que habían depositado su confianza en la seriedad de los dueños de los predios "El Salitre", "Las Margaritas", "La María" y "El Floral", por cuanto su cumplimiento había sido estricto hasta cuando se presentaron las dificultades nacidas de la actividad administrativa del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, perdieron dicha confianza en sus deudores morosos y esto se ha traducido en una situación altamente delicada, por cuanto el proceso de recuperar el antiguo prestigio, lesionado por causa no imputable a los dueños de las fincas citadas, sino directamente por la acción del INCORA, resulta largo, penoso y delicado".

Ahora bien. La práctica de las pruebas en este proceso se convirtió en un verdadero viacrucis. Pero no por culpa de la entidad demandada, la que estuvo atenta a colaborar y participar en su práctica, sino por la actitud francamente entorpecedora de la parte actora.

El desarrollo de la prueba pericial así lo demuestra (a fls. 250 y siguientes del cdno. núm. 2). Los peritos, pese a la orden del despacho, no recibieron la documentación requerida para el cumplimiento de su cometido. Los libros de contabilidad no se exhibieron en su totalidad y los que se trajeron al proceso estaban incompletos, sin respaldo en comprobantes, mostraban inconsistencias, borrones y tachaduras no subsanadas en la forma legal, que no permitieron absolver el cuestionario formulado.

Es elocuente lo que a guisa de conclusiones exponen en su dictamen:

"Considerados los hechos y situaciones anteriormente enunciados dentro del contenido total de este informe pericial, manifiestan expresamente los peritos:

"*Primero.* No les es posible dar respuesta al cuestionario que aparece a folios 11 y 12 vueltos cuaderno número 3, numeradas las preguntas 1), 2), 3), 4), 5), 6) y 7), transcritas al efecto en la página 4 de este informe, por cuanto pese a su pedimento y plazo concedido a los interesados, no les fueron suministrados ni exhibidos los libros, documentos y archivos fiables y consistentes que lo hubieran permitido.

"*Segundo.* Los libros aportados al proceso y que fueron materia de la inspección judicial y del examen de los peritos, no ofrecieron a estos fiabilidad alguna dadas sus inconsistencias, y además, por cuanto globalizan movimientos de contabilidad que originaron comprobantes de diario y soportes internos y externos de sus asientos y registros, que no se suministraron a los peritos, constituyen informaciones sin comprobación legal alguna, por cuanto no se ajustan a las normas contenidas en el Título IV de los libros.

"*Tercero.* No se suministraron a los peritos libros de contabilidad ni documento alguno que permitiera algún conocimiento sobre la situación patrimonial y rentística de las personas naturales Rómulo Trujillo y Jeannette de Trujillo, intervinientes en el proceso.

"*Cuarto.* Tampoco les es posible a los peritos dar respuesta por las razones ya anotadas, al punto III, inspección ocular acompañada de peritos, página 3 de este informe ni cumplir, mediante su peritación el objetivo predeterminado en la petición de pruebas, punto II, también transcrito en la parte inicial de la página 3ª, de este informe".

El despacho insistió en ese deber de colaboración y la actora hizo caso omiso. Así se le apremió durante la inspección judicial que obra a folios 276 y siguientes para que suministrara a los peritos toda la documentación requerida, con la advertencia de las consecuencias que le podía traer esa falta de colaboración con la justicia. Pese a esto y como aparece en la constancia dejada por el despacho en la diligencia de inspección judicial (continuación de la anterior) la demandante, que ni siquiera concurrió, incumplió la orden dada. Allí el despacho dejó la siguiente constancia:

"En vista de que la parte actora no dio cumplimiento a la exigencia de poner a disposición del despacho los libros de comercio y demás documentos indispensables para su práctica, el despacho considera que ya no debe insistir en esta prueba y deja a constancia de la falta de colaboración de la parte actora para facilitar su evacuación. Esta conducta será calificada al tomar la decisión final (fl. 28 del cdno. núm. 2).

d) Las pruebas:

Lo expuesto atrás muestra que quien tenía la carga de demostrar los supuestos de la responsabilidad no cumplió su cometido. Algunas pruebas porque ni siquiera se practicaron, sin razón alguna, como la testimonial. Otras, las fundamentales, por la falta de colaboración de la misma parte actora; falta de colaboración que se puso de presente y que impidió que el dictamen pericial fuera todo lo completo que se requería.

Esta conducta está sancionada en la ley. Expresamente el artículo 242 del Código de Procedimiento Civil (aplicable por remisión del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo) la sanciona como indicio en contra de quien incumplió ese deber. Además, por mandato del artículo 249 del mismo Código el juez podrá deducir indicios de la conducta procesal de las partes.

Los supuestos de ese indicio son elocuentes y debidamente probados. Y este indicio, unido a la prueba incompleta o insuficiente que se evaluó, impone por fuerza la aplicación de la regla de carga probatoria, o sea el fallo desfavorable para quien debiendo probar los supuestos de hecho de las normas que contemplan el derecho pretendido, no lo hizo. En otras palabras, puede inferirse de la conducta probatoria de la parte demandante que ésta no sufrió realmente un perjuicio o que no existía la prueba adecuada para su reconocimiento.

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

Falla:

Deniéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 2 de marzo de 1989.

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

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

INDICE GENERAL

PRIMERA PARTE

FUNCION CONSULTIVA

TITULO I

CAPITULO I

REVISION DE CONTRATOS

Págs.

1. La Nación colombiana y la Federación Nacional de Cafeteros. Consulta sobre revisión de contrato de prestación de servicios. Concepto de 6 de abril de 1989. Consejero ponente: Doctor Jaime Betancur Cuartas. Radicación número 276. Publicación autorizada mediante oficio 227 de 12 de abril de 1989. 9

2. Ministerio de Minas y Energía. Consulta relacionada con el contrato de exploración y explotación de yacimientos carboníferos ubicados en los Municipios de Becerril, El Paso y La Jagua de Ibirico, en el Departamento del Cesar, celebrado entre CARBOCOL y PRODECO S. A. Concepto de 14 de abril de 1989. Consejero ponente: Doctor Javier Henao Hidrón. Radicación número 269. Publicación autorizada mediante oficio 276 de 25 de abril de 1989. 13

Salvamento de voto del doctor Humberto Mora Osejo. 16

3. La Nación colombiana, ADPOSTAL y AVIANCA. Consulta relacionada con el contrato de asociación celebrado entre el Ministerio de Comunicaciones y AVIANCA, para la prestación conjunta de servicios postales aéreos. Concepto de 24 de abril de 1989. Consejero ponente:

Págs.

Doctor Jaime Paredes Tamayo. Radicación número 258. Publicación autorizada mediante oficio 271 de 25 de abril de 1989. 21

Salvamento de voto del doctor Humberto Mora Osejo. 27

4. Ministerio de Minas y Energía. Consulta sobre contrato de exploración y explotación de yacimientos carboníferos celebrado entre CARBOCOL y PRODECO S. A. Concepto de 9 de junio de 1989. Consejero ponente: Doctor Hernán Cardozo Durán. Radicación número 269. ... 28

Salvamento de voto del doctor Humberto Mora Osejo. 33

CAPITULO II

CONSULTAS DEL GOBIERNO

1. Ministerio de Justicia. Consulta sobre la naturaleza jurídica del certificado de carencia de informes por tráfico de estupefacientes (Ley 30 de 1986, art. 93). Concepto de 25 de octubre de 1988. Consejero ponente: Doctor Javier Henao Hidrón. Radicación número 233. Publicación autorizada mediante oficio 17219 de 9 de noviembre de 1988. 39

2. Ministerio de Minas y Energía. Consulta sobre procesos de servidumbre, imposición de conducción de energía eléctrica (Ley 56 de 1981). Concepto de 5 de diciembre de 1988. Consejero ponente: Doctor Jaime Paredes Tamayo. Radicación número 255. Publicación autorizada mediante oficio 02348 de 29 de diciembre de 1988. 44

3. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Consulta sobre la aplicación del Decreto 2160 de 1986 a las Cajas de Compensación Familiar. Concepto de 24 de noviembre de 1988. Consejero ponente: Doctor Javier Henao Hidrón. Radicación número 241. Publicación autorizada mediante oficio 00750 de 2 de enero de 1989. 47

4. Ministerio de Salud. Consulta relacionada con los Tribunales de Etica Médica, su naturaleza jurídica y régimen legal aplicable. Concepto de 1º de diciembre de 1988. Consejero ponente: Doctor Jaime Be-

Págs.

tancur Cuartas. Radicación número 248. Publicación autorizada mediante oficio 1632 de 18 de enero de 1989. 52

5. Ministerio de Desarrollo Económico. Consulta relacionada con los funcionarios del INCOMEX. Pago del subsidio de alimentación. Concepto de 6 de diciembre de 1988. Consejero ponente: Doctor Jaime Betancur Cuartas. Radicación número 256. Publicación autorizada mediante oficio 022 de 23 de enero de 1989. 58

6. Ministerio de Desarrollo Económico. Consulta sobre régimen aplicable a los trabajadores oficiales del Instituto de Crédito Territorial, referente a permisos sindicales para viajar al exterior. Concepto de 14 de diciembre de 1988. Consejero ponente: Doctor Humberto Mora Osejo. Radicación número 250. Publicación autorizada mediante oficio 023 de 23 de enero de 1989. 62

Aclaración de voto de los doctores Jaime Betancur Cuartas y Jaime Paredes Tamayo. 66

7. Ministerio de Educación Nacional. Consulta relacionada con el reintegro de empleados oficiales, reconocimiento y pago de sueldos y prestaciones sociales. Concepto de 18 de noviembre de 1988. Consejero ponente: Doctor Jaime Betancur Cuartas. Radicación número 244. Publicación autorizada mediante oficio 2022 de 22 de febrero de 1989. 73

8. Departamento Nacional de Planeación. Consulta sobre aplicabilidad del Estatuto de administración de personal de CORPOURABA. Concepto de 7 de febrero de 1989. Consejero ponente: Doctor Jaime Paredes Tamayo. Radicación número 235. Publicación autorizada mediante oficio SG-029 de 22 de febrero de 1989. 76

9. Ministerio de Gobierno. Consulta sobre la Contraloría General de la República, autonomía administrativa frente al inciso 2º del artículo 59 de la Constitución Política. Concepto de 24 de febrero de 1989. Consejero ponente: Doctor Jaime Betancur Cuartas. Radicación número 268. Publicación autorizada mediante oficio 115 de 3 de marzo de 1989. 81

Págs.

10. Departamento Administrativo del Servicio Civil. Consulta sobre permisos sindicales a empleados públicos. Concepto de 13 de febrero de 1989. Consejero ponente: Doctor Jaime Paredes Tamayo. Radicación número 223. Publicación autorizada mediante oficio 02003 de 8 de marzo de 1989. 89

Salvamento de voto de los doctores Humberto Mora Osejo y Javier Henao Hidrón. 100

11. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Consulta sobre alcances de la decisión de la Junta Administradora del Instituto de Seguros Sociales en Acta número 085 de diciembre 16 de 1983, en relación con exoneración de pagos atrasados a una sociedad. Concepto de 5 de diciembre de 1988. Consejero ponente: Doctor Jaime Paredes Tamayo. Radicación número 247. Publicación autorizada mediante oficio de fecha 9 de marzo de 1989. 103

12. Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas. Consulta sobre el alcance de la Ley 54 de 1983, en la cual se destina un porcentaje de la prima de vacaciones en favor de la Cooperativa de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público. Concepto de 16 de febrero de 1989. Consejero ponente: Doctor Javier Henao Hidrón. Radicación número 261. Publicación autorizada mediante oficio 252 de 13 de marzo de 1989. 107

13. Ministerio de Gobierno. Consulta sobre la competencia disciplinaria de los Personeros Municipales. Concepto de 16 de marzo de 1989. Consejero ponente: Doctor Javier Henao Hidrón. Radicación número 265. Publicación autorizada mediante oficio 140 de 27 de marzo de 1989. 112

14. Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Consulta sobre el momento en que rige un acto administrativo que niega una recusación. Concepto de 2 de marzo de 1989. Consejero ponente: Doctor Jaime Paredes Tamayo. Radicación número 263. Publicación autorizada mediante oficio 00224 de 29 de marzo de 1989. 121

15. Ministerio de Gobierno. Consulta sobre elección de Alcaldes y Concejales municipales. Concepto de 17 de marzo de 1989. Consejero po-

Págs.

nente: Doctor Jaime Paredes Tamayo. Radicación número 267. Publicación autorizada mediante oficio 225 de 7 de abril de 1989. 126

16. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Consulta sobre convención colectiva de trabajadores no sindicalizados. Concepto de 7 de abril de 1989. Consejero ponente: Doctor Humberto Mora Osejo. Radicación número 266. Publicación autorizada mediante oficio 227 de 12 de abril de 1989. 129

17. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Consulta relacionada con la aplicación a los años 1976 y 1977, de los reajustes pensionales ordenados por la Ley 4ª de 1976. Concepto de 14 de abril de 1989. Consejero ponente: Doctor Javier Henao Hidrón. Radicación número 269. Publicación autorizada mediante oficio de 19 de abril de 1989. 133

18. Ministerio de Gobierno. Consulta sobre liquidación de prestaciones de los empleados que se reintegren a la administración, en cumplimiento de una sentencia. Concepto de 25 de abril de 1989. Consejero ponente: Doctor Humberto Mora Osejo. Radicación número 270. 138

19. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Consulta sobre contratos interadministrativos entre el Instituto de Seguros Sociales y el Banco Central Hipotecario. Concepto de 4 de mayo de 1989. Consejero ponente: Doctor Jaime Paredes Tamayo. Radicación número 275. 142

20. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Consulta sobre los organismos adscritos al Sistema Nacional de Salud, en cuanto a la clasificación de sus servidores. Concepto de 27 de abril de 1989. Consejero ponente: Doctor Javier Henao Hidrón. Radicación número 273. Publicación autorizada mediante oficio de 12 de mayo de 1989. 146

21. Ministerio de Desarrollo Económico. Consulta sobre aplicación del porcentaje del incremento salarial ordenado por el Gobierno, para el personal vinculado antes de 27 de agosto de 1980, al Instituto de Crédito Territorial. Concepto de 25 de abril de 1989. Consejero ponente: Doctor Humberto Mora Osejo. Radicación número 274. Publicación autorizada mediante oficio 343 de 23 de mayo de 1989. 154

Págs.

22. Ministerio de Gobierno. Consulta sobre las facultades de las Asambleas Departamentales para expedir reglamentos de policía. Concepto de 25 de mayo de 1989. Consejero ponente: Doctor Hernán Cardozo Durán. Radicación número 277. 156

23. Ministerio de Desarrollo Económico. Consulta sobre la calidad de congresista y su incompatibilidad con el ejercicio del cargo de Presidente de una bolsa de valores. Concepto de 14 de abril de 1989. Consejero ponente: Doctor Jaime Betancur Cuartas. Radicación número 276. Publicación autorizada mediante oficio 369 de 6 de junio de 1989. 160

24. Ministerio de Gobierno. Consulta sobre aplicación del artículo 125 de la Ley 9ª de 1989, al Distrito Especial de Bogotá. Concepto de 12 de junio de 1989. Consejero ponente: Doctor Humberto Mora Osejo. Radicación número 291. Publicación autorizada mediante oficio 316 de 16 de junio de 1989. 164

25. Ministerio de Gobierno. Consulta sobre carrera administrativa de empleados del Servicio de Salud de Bogotá. Concepto de 12 de junio de 1989. Consejero ponente: Doctor Humberto Mora Osejo. Radicación número 282. Publicación autorizada mediante oficio 315 de 16 de junio de 1989. 166

26. Ministerio de Desarrollo Económico. Consulta sobre órgano competente para dirimir conflictos cuando una práctica comercial restrictiva se traduce en competencia desleal. Concepto de 24 de mayo de 1989. Consejero ponente: Doctor Jaime Paredes Tamayo. Radicación número 271. Publicación autorizada mediante oficio 389 de 13 de junio de 1989. 169

27. Ministerio de Educación Nacional. Consulta sobre límites para devengar dos asignaciones del Estado. Concepto de 23 de mayo de 1989. Consejero ponente: Doctor Jaime Paredes Tamayo. Radicación número 283. Publicación autorizada mediante oficio 0698 de 13 de junio de 1989. 175

28. Ministerio de Educación Nacional. Consulta sobre el Consejo de Monumentos Nacionales. Naturaleza jurídica. Concepto de 5 de mayo de

Págs.

1989. Consejero ponente: Doctor Jaime Betancur Cuartas. Radicación número 284. Publicación autorizada mediante oficio 0697 de 13 de junio de 1989. 177

29. Ministerio de Educación Nacional. Consulta sobre comisiones sindicales de los docentes. Concepto de 21 de junio de 1989. Consejero ponente: Doctor Jaime Paredes Tamayo. Radicación número 287. ... 182

30. Ministerio de Gobierno. Consulta sobre recaudo de aportes al Servicio Nacional de Aprendizaje —SENA—. Concepto de 26 de junio de 1989. Consejero ponente: Doctor Hernán Cardozo Durán. Radicación número 285. Publicación autorizada mediante oficio 0071 de 26 de junio de 1989. 188

31. Ministerio de Justicia. Consulta sobre liquidación, pago de sueldos y primas de los funcionarios de la Rama Jurisdiccional y cuerpo administrativo de la Carrera Judicial. Concepto de 22 de junio de 1989. Consejero ponente: Doctor Jaime Betancur Cuartas. Radicación número 299. Publicación autorizada mediante oficio 8917 de 27 de junio de 1989. 194

SEGUNDA PARTE

FUNCION JURISDICCIONAL

TITULO I

ORDEN NACIONAL

CAPITULO I

DECRETOS DEL GOBIERNO

Págs.

1. Decreto número 432 de marzo 26 de 1969. Artículo 11. Sentencia de 7 de febrero de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número 269. Actor: Julio César Díaz Perdomo. 209

2. Decreto número 0308 de 31 de enero de 1985. Sentencia de 10 de febrero de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja. Expediente número 93. Actor: Pablo Cárdenas Pérez. 213

3. Decreto número 432 de 26 de marzo de 1969. Artículo 14. Sentencia de 23 de febrero de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente número 747. Actor: Ernesto Rey Cantor. 235

4. Decreto número 1887 de julio 5 de 1983 del Gobierno nacional. Sentencia de 15 de marzo de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Alvaro Lecompte Luna. Expediente número 1412. Actor: Jorge Eliécer Pardo Rodríguez. ... 240

Págs.

5. Decreto reglamentario 2579 de 12 de septiembre de 1983. Artículo 25. Auto de 3 de abril de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Jaime Abella Zárate. Expediente número 2319. Actor: Jaime González Bendiksen. 247

6. Decreto número 1660 de 4 de agosto de 1978. Artículo 14. Sentencia de 12 de abril de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número 661. Actor: Ernesto Rey Cantor. 251

7. Decreto reglamentario número 260 de 6 de febrero de 1987. Artículos 7º, 8º, 9º, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18 y 19. Sentencia de 21 de abril de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Guillermo Chahín Lizcano. Expediente número 1620. Actora: Sofía Regueros de Ladrón de Guevara. 259

8. Decreto número 943 de 21 de marzo de 1986. Artículo 3º. Sentencia de 16 de mayo de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera ponente: Doctora Clara Forero de Castro. Expediente número 2890. Actor: Edgardo Insignares Carroll. 265

9. Decreto autónomo número 2200 de 7 de septiembre de 1984. Artículos 2º, literales a) y b), y 4º. Auto de 19 de mayo de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente número 1159. Actor: Robinson Ricardo Rada G. 271

10. Decreto ejecutivo número 3517 de 9 de diciembre de 1982 del Ministerio de Relaciones Exteriores. Sentencia de 30 de junio de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente número 2903. Actor: Fabio Avella Martínez. 275

CAPITULO II

DECRETOS DEL GOBIERNO

Nulidades

1. Decreto número 38 de 13 de enero de 1988. Declaratoria de nulidad del literal c) del artículo 9º. Sentencia de 20 de enero de 1989. Sala

Págs.

de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente número 842. Actor: Hélmer Zuluaga Vargas. 291

2. Decreto reglamentario número 1569 de 6 de junio de 1985. Declaratoria de nulidad del artículo 1º. Sentencia de 20 de enero de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente número 339. Actor: Pablo Segundo Galindo Nieves y otra. 297

3. Decreto reglamentario número 1023 de 11 de abril de 1983. Declara la nulidad de la expresión: "Vinculado o no laboralmente a la empresa" contenida en el artículo 4º; el artículo 5º y el numeral 1º del artículo 6º. Sentencia de 17 de marzo de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Jaime Abella Zárate. Expediente número 0287. Actor: Isidoro Arévalo Buitrago. 306

4. Decreto número 80 de 18 de enero de 1984. Declara la nulidad de la expresión: "O dentro de los dos meses siguientes al vencimiento del plazo legal para declarar", contenida en el primer inciso del artículo 27. Sentencia de 12 de mayo de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Jaime Abella Zárate. Expediente número 1720. Actor: Emilio Wills Cervantes. ... 320

Salvamento de voto del doctor Guillermo Chahín Lizcano. 328

5. Decreto reglamentario número 3116 de 21 de diciembre de 1984. Declaratoria de nulidad de los artículos 43, ordinales a), b), c), d) y e); 63, 82, 83, 84, 85, 92 y 105, literales c y d). Sentencia de 19 de mayo de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente número 914. Actor: Hernán Antonio Barrero Bravo. 330

6. Decreto reglamentario número 0350 de 1987. Declaratoria de nulidad del inciso segundo del artículo 5º (Ministerio de Comunicaciones). Sentencia de 26 de junio de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente número 595. Actor: Jaime Horta Díaz. 343

Págs.

CAPITULO III

DECRETOS DEL GOBIERNO
Suspensión provisional

1. Decreto reglamentario número 1889 de 13 de septiembre de 1988. Se decreta la suspensión provisional de los efectos de la disposición contenida en el artículo 6º, en la parte que dice: "Y entrega material de bienes dentro de dichas zonas". Auto de 26 de enero de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor José Ignacio Narváez García. Expediente número 2367. Actor: Francisco Eladio Gómez G. 355

2. Decreto número 1976 de 23 de septiembre de 1988. Se decreta la suspensión provisional de los efectos de tal ordenamiento. Auto de 27 de enero de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja. Expediente número 1063. Actor: Pablo J. Cáceres Corrales. 358

3. Decreto número 1189 de 17 de junio de 1988. Se suspende provisionalmente los efectos del artículo 46, que dice: "Se entenderá cumplido el suministro de información a que se refiere el inciso segundo del artículo 20 del Decreto 2503 de 1987, manteniendo dentro de la contabilidad del comisionista de bolsa la información allí solicitada". Auto de 16 de febrero de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Carmelo Martínez Conn. Expediente número 2324. Actor: Pedro Silvio Pulido Pinto. 365

NOTA DE RELATORIA: La norma demandada fue el artículo 16 del Decreto 1189 de 1988, pero en la parte resolutiva se suspendió provisionalmente el artículo 46 del citado decreto.

4. Decreto número 341 de 25 de febrero de 1988. Se suspenden provisionalmente los artículos 71, 72, 73, 74, 79 y 100. Auto de 17 de febrero de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente número 1069. Actor: Guillermo Salamanca Molano. 368

5. Decreto número 0515 de 17 de febrero de 1986. Se suspende provisionalmente el artículo 9º en la parte que dice: "Y podrá ser suspen-

Págs.

dido o revocado definitivamente cuando se compruebe que el organismo deportivo reconocido no cumple sus fines, o las disposiciones legales, estatutarias o reglamentarias. La providencia mediante la cual se suspende o revoca definitivamente el reconocimiento deportivo deberá motivarse y, contra ella procede el recurso de reposición". Y el 11 en el texto del parágrafo que dice: "...especialmente para que verifique si es preciso suspender o revocar definitivamente el reconocimiento deportivo que les corresponde otorgar a dichas entidades". Auto de 1º de marzo de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente número 1123. Actor: César Castro Perdomo. 377

6. Decreto reglamentario número 1976 de 1988. Se confirma el auto que decretó la suspensión provisional. Auto de 7 de abril de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente número 1063. Actor: Pablo J. Cáceres Corrales. 382

7. Decreto reglamentario número 1059 de 13 de abril de 1983. Se suspende provisionalmente el artículo 3º. Auto de 12 de abril de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente número 1132. Actor: Pablo Segundo Galindo Nieves. 392

8. Decreto reglamentario número 0341 de 25 de febrero de 1988. Se suspende provisionalmente los artículos 71, 72, 73, 74, 79 y 100. Auto de 19 de mayo de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente número 1069. Actor: Guillermo Salamanca Molano. ... 395

CAPITULO IV

RESOLUCIONES Y ACTOS MINISTERIALES

1. Ministerio de Minas y Energía. Resoluciones número 00786 de 28 de junio de 1985, número 1161 de 26 de noviembre de 1985, y número 412 de 3 de junio de 1986. EXPLOTACION DE CARBON. Permiso. Sentencia de 26 de enero de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Carlos Ramírez Arcila. Expediente número 4977. Actor: Jean Guy Moggio Magaud. 401

Págs.

2. Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Resolución por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento del señor Sergio Calvo Tovar. EMPLEADO PUBLICO. Estabilidad. INCAPACIDAD POR ENMEDAD. INSUBSISTENCIA. Sentencia de 27 de enero de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente número 336. Actor: Sergio Calvo Tovar. 414

3. Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Resolución número 07426 de 2 de noviembre de 1981. EMPLEADO OFICIAL. Sanciones. DESTITUCION. Sentencia de 7 de febrero de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera ponente: Doctora Clara Forero de Castro. Expediente número 949. Actor: Francisco José Galindo Vargas. 418

4. Ministerio de Desarrollo Económico. Resolución número 800 de junio 11 de 1982. NULIDAD PROCESAL. Falta de justificación. ACTO DE NOMBRAMIENTO. Funcionario competente. DIRECTIVA PRESIDENCIAL. Sentencia de 8 de febrero de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente número 1551. Actor: Germán Alfonso Oliveros Castro. 422

5. Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Resolución número 06903 de 4 de diciembre de 1980. INSUBSISTENCIA. Sentencia de 17 de marzo de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente número 1130. Actor: Gonzalo Pabón Rojas. 427

6. Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Artículo 3º del Decreto 597 de 1988, Ley 153 de 1887. CONSEJO DE ESTADO. COMPETENCIA POR CUANTIA. Sentencia de 17 de marzo de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente número 3646. Actores: César Guilombo Ramírez y otros. 431

7. Ministerio de Defensa Nacional. Resoluciones números 7014 de 8 de noviembre de 1984 y la 205 de 22 de enero de 1985. TEORIA DE LA IMPREVISION. EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO. Sentencia de 18 de abril de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo.

Págs.

Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente número 5426. Actor: Sociedad Representaciones Prodeinco Ltda. 434

8. Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Resolución número 01438 de 2 de marzo de 1981. PROCESO DISCIPLINARIO. DESTITUCION. Sentencia de 19 de abril de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera ponente: Doctora Clara Forero de Castro. Expediente número 692. Actor: Saín Aguirre. 442

9. Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Resolución número 00374 de 4 de febrero de 1985. Acuerdo número 060 de 8 de noviembre de 1985 del Fondo Rotatorio de Aduanas. MINISTRO. DELEGACION DE FUNCIONES. Sentencia de 27 de abril de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número 17. Actor: Alirio Martínez Serna. 446

10. Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Oficio número 0777 de 24 de enero de 1977. SUSPENSION DEL CARGO. Reintegro. Orden de autoridad competente. Sentencia de 5 de mayo de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente número 707. Actor: Sigifredo Medina Bermúdez. 454

11. Ministerio de Salud. Resoluciones número 19259 de 16 de diciembre de 1985 y número 02813 de 7 de marzo de 1986. ACTO ADMINISTRATIVO. Inexistencia. RETIRO DEL ACTO. Sentencia de 29 de junio de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente número 393. Actor: Jorge Ruiz Gutiérrez. 460

12. Ministerio de Educación Nacional. Resolución número 2384 de 25 de mayo de 1982. CADUCIDAD. DERECHO DE ACCION. Sentencia de 12 de mayo de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Alvaro Lecompte Luna. Expediente número 155. Actora: Graciela Oviedo Oviedo. 466

13. Ministerio de Defensa Nacional (acto ficto). SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO. Expediente. Reconstrucción. Sentencia de 12

Págs.

de mayo de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Alvaro Lecompte Luna. Expediente número 1786. Actor: Oscar Iván Retallack Silva. 471

Aclaración de voto del Magistrado doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente número 1786. 479

CAPITULO V

RESOLUCIONES MINISTERIALES
Nulidad

1. Ministerio de Minas y Energía. Se declara la nulidad de las Resoluciones números 339 de 9 de marzo de 1979 y número 1449 de 3 de septiembre de 1979, por medio de las cuales dicho Ministerio se abstuvo de tramitar la oposición formulada por el Municipio de Toluviejo a la solicitud de licencia número 7407. EXPLOTACION DE MINAS. Trámite administrativo. Sentencia de 26 de enero de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Carlos Ramírez Arcila. Expediente número 2873. Actor: Municipio de Toluviejo. 483

2. Ministerio de Comunicaciones. Resolución número 1634 de 21 de abril de 1986. Se declara la nulidad del artículo 3º, en la parte que asigna frecuencias para emisoras de la clase tercera, en canales de radiofusión sonora en frecuencia modulada (FM), en la zona que comprende el Distrito Especial de Bogotá. MINISTERIOS. POTESTAD REGLAMENTARIA. RADIODIFUSION. Sentencia de 2 de marzo de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja. Expediente número 519. Actor: Ciro Alfonso Gómez Rodríguez. 497

3. Ministerio de Salud. Se declara la nulidad de las Resoluciones números 16718 de 17 de noviembre de 1987 y 1178 de 11 de febrero de 1988. MINISTERIO DE SALUD. Facultades. PRECIO DE MEDICAMENTOS. Auto de 19 de mayo de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente número 944. Actor: Sociedad Mead Johnson International Ltda. 504

Págs.

CAPITULO VI

RESOLUCIONES MINISTERIALES
Suspensión provisional

1. Ministerio de Obras Públicas y Transporte. Se decreta la suspensión provisional en prevención de la Resolución número 8400 expedida por el señor Ministro de Obras Públicas y Transporte el 8 de septiembre de 1988, "por la cual se fijan unos *valores de subsidio al transporte colectivo urbano y se retiran del programa algunos buses subsidiados por el Estado*". SUSPENSION PROVISIONAL EN PREVENCION. SUBSIDIO DE TRANSPORTE. Auto de 19 de enero de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente número 1040. Actora: Marta Rueda Ardila. 511

2. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Se suspende provisionalmente los efectos de las Resoluciones número 4064 de 27 de octubre de 1988 y número 4988 de 26 de diciembre de 1988, dictadas por el señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social, mediante las cuales se suspende por el término de un año la personería jurídica otorgada por Resolución número 1983 de 3 de julio de 1975 a la organización "SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA ELECTRICIDAD DE COLOMBIA —SINTRAELECOL—" y se confirma esta sanción, respectivamente. SUSPENSION PROVISIONAL. SINDICATO. PERSONERIA JURIDICA. Suspensión. Auto de 21 de febrero de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Alvaro Lecompte Luna. Expediente número 4016. Actor: SINTRAELECOL. 520

CAPITULO VII

ACTOS DE OTRAS AUTORIDADES DEL ORDEN NACIONAL

1. Instituto de Desarrollo de los Recursos Naturales Renovables "INDERENA". Resolución número 1362 de 28 de septiembre de 1983, expedida por el Gerente General del INDERENA. RECURSOS NATU-

Págs.

RALES RENOVABLES. FAUNA SILVESTRE. Sentencia de 16 de enero de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente número 199. Actor: Alvaro León Cajiao Bolaños. 525

2. Ejército Nacional. Nulidad de las Circulares números 19175 CEDEI-SD-029 de 7 de marzo de 1984, numerales 1, 2, 3, primera parte y 4. Número 30562 CEDEI-SD-029 de 24 de agosto de 1984, numerales 1 y 2 primera parte, y número 25383 DECEI-SD-029 de 10 de septiembre de 1985, numerales 3, 4 y 5, expedidas por el Comando del Ejército Nacional. COOPERATIVAS. CREDITOS. Limitaciones. Sentencia de 19 de enero de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja. Expediente número 366. Actor: Nelson Parra Leyva. 532

3. Administración Postal Nacional. Resoluciones números 1964 de 16 de agosto, número 2057 de 23 de agosto, número 2300 de 13 de septiembre y número 2547 de 6 de octubre, todas de 1988, expedidas por la Administración Postal Nacional. EMPLEADO PUBLICO. COMISION SINDICAL. Auto de 25 de enero de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente número 3840. Actor: Contraloría General de la República. 543

4. Contraloría General de la República. Resolución orgánica número 012364 de 11 de febrero de 1988 y Resolución número 012500 de 3 de mayo de 1988, expedidas por el Contralor. ACCION DE NULIDAD. Improcedencia. ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. CONTROL FISCAL. Auto de 26 de enero de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número 988. Actor: Gran Central de Abastos del Caribe S. A. 546

5. Superintendencia de Industria y Comercio del Ministerio de Desarrollo Económico. Oposición de 19 de diciembre de 1980 de registro de una marca. ACUERDO DE CARTAGENA. REGISTRO DE MARCA. Sentencia de 27 de enero de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera, Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente número 153. Actor: Daimler-Benz Aktiengesellschaft. 550

Págs.

6. Caja Nacional de Previsión Social. Resoluciones números 4964 de 20 de diciembre de 1977 y 0056 de 22 de mayo de 1979. PENSION DE INVALIDEZ. DICTAMEN DE MEDICINA LABORAL. Valor probatorio. Sentencia de 27 de enero de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera ponente: Doctora Clara Forero de Castro. Expediente número 308. Actor: Ramón Emilio Muñoz. 558

7. Superintendencia Bancaria. Resoluciones números 4023 de 27 de junio y 5390 de 7 de septiembre de 1979. JUNTA MONETARIA. COMPETENCIA. ENCAJE. DEMANDA. Contenido. Sentencia de 10 de febrero de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejera ponente: Doctora Consuelo Sarria Olcos. Expediente número 1198. Actor: Corporación de Ahorro y Vivienda Colmena. 563

8. Superintendencia Bancaria. Resoluciones números 5831 de 28 de septiembre de 1979 y 6685 de 12 de noviembre de 1979. SUPERINTENDENCIA BANCARIA. COMPETENCIA. ENCAJE BANCARIO. JUNTA MONETARIA. Sentencia de 10 de febrero de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejera ponente: Doctora Consuelo Sarria Olcos. Expediente número 1079. Actor: COLMENA. 571

9. Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares. Resoluciones números 103 y 125 de fechas 25 de febrero y 11 de marzo de 1981 y del auto de 2 de abril del mismo año. PRESIDENTE DE LA REPUBLICA. Facultad discrecional. INSUBSISTENCIA. ACCION DE PLENA JURISDICCION. ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. CADUCIDAD. Sentencia de 17 de febrero de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente número 1703. Actor: Gilberto Cardona Restrepo. 580

10. Servicio Nacional de Aprendizaje —SENA—. Resolución número 0094 de 18 de enero de 1983. PENSION DE VEJEZ. PENSION DE JUBILACION. Incompatibilidad. EMPLEADO PUBLICO. REGIMEN PRESTACIONAL. RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION. Presentación. Sentencia de 17 de febrero de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera ponente: Doctora Clara Forero de Castro. Expediente número 2733. Actora: Flor Angela Gutiérrez Acero. 588

Págs.

11. Superintendencia de Control de Cambios. Resolución número 00359 de 16 de junio de 1986. VIA GUBERNATIVA. Agotamiento. DEMANDA. Ineptitud. PERSONAS DE DERECHO PUBLICO. Representación. SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DE CAMBIOS. Auto de 3 de marzo de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente número 493. Actores: Jorge Alberto Ochoa Ochoa y Luz Stella Ochoa P. 594

12. Instituto Geográfico Agustín Codazzi. Resoluciones números 25-740-010-83 de 30 de agosto de 1983, expedida por el Jefe de dicha Seccional de Catastro de Cundinamarca del Instituto Geográfico Agustín Codazzi y la número 1797 de 27 de septiembre de 1983 expedida por el Director General del Instituto Geográfico Agustín Codazzi. SENTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD. Efectos. Sentencia de 9 de marzo de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja. Expediente número 112. Actor: Eternit Colombiana S. A. 600

13. Caja Nacional de Previsión Social. Resolución número 9611 de 28 de noviembre de 1980, expedida por la Subdirección de Prestaciones Económicas de la Caja Nacional de Previsión Social. PENSION DE JUBILACION. Liquidación. Sentencia de 9 de marzo de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera ponente: Doctora Aydée Anzola Linares. Expediente número 1665. Actor: Caja Nacional de Previsión Social. 613

14. Superintendencia de Sociedades. Autos números OC-MZ-00167 de 29 de enero de 1987, OC-MZ-01664 de 16 de septiembre de 1987 y OC-MZ-02151 de 3 de diciembre de 1987. PROCESO CONCORDATARIO. Naturaleza. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Función Jurisdiccional. Auto de 27 de marzo de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número 1023. Actor: Luis Fernando García Cerón. 621

15. Consejo Superior de la Administración de Justicia. Acto Administrativo de 19 de octubre de 1988. CARRERA JUDICIAL. CONCURSO. Convocatoria. SUSPENSION EN PREVENCION. CONSEJO SUPERIOR DE ADMINISTRACION DE JUSTICIA. Funciones. Auto de 28 de marzo de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda.

Págs.

Consejera ponente: Doctora Aydée Anzola Linares. Expediente número 4038. Actor: Jaime Horta Díaz. 632

16. Superintendencia de Control de Cambios. Acto administrativo de 12 de diciembre de 1984 y del acto administrativo de 4 de enero de 1985. ACTUACION ADMINISTRATIVA. Principios generales. PRINCIPIO DE ECONOMIA. PERSONERIA ADJETIVA. Principio de celeridad. Sentencia de 30 de marzo de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja. Expediente número 187. Actores: Fernando Dueñas y Andrés Rodríguez Pizarro. 638

17. Caja Nacional de Previsión Social. Resoluciones números 1255 de 2 de marzo y 00087 de 11 de septiembre, ambas de 1979. PENSION DE JUBILACION. SUSTITUCION PENSIONAL. CAMBIO JURISPRUDENCIAL. Sentencia de 31 de marzo de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente número 314. Actor: Roberto Díaz Castro. 650

18. Instituto Nacional de Tránsito y Transporte. Resolución número 1766 de 26 de octubre de 1987, proferida por el Director General del INTRA. RECURSO DE REPOSICION. Requisitos. Auto de 5 de abril de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente número 874. Actor: Expreso Trejos Ltda. 656

19. Ferrocarriles Nacionales. Orden de Gerencia número 415 de 15 de septiembre de 1987, artículos 11 y 12, proferida por el Gerente General de los Ferrocarriles Nacionales. SUSPENSION PROVISIONAL. CESANTIA PARCIAL. Reconocimiento. PAGO. Auto de 5 de abril de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera ponente: Doctora Aydée Anzola Linares. Expediente número 3633. Actores: Ricardo Cruz Meza y José de los Santos Meza D. 660

20. Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior ICFES. Resoluciones números 002074 de 1º de octubre de 1987 y 00067 de 28 de marzo de 1988, proferidas por el Director General del ICFES. ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.

Págs.

CADUCIDAD. Auto de 6 de abril de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente número 992. Actor: Corporación Universidad Libre. 662

21. Administración Aduana de Barranquilla. Resolución número 1278 de 16 de septiembre de 1988. LEGISLACION ADUANERA. VIA GUBERNATIVA. Agotamiento. ACCION DE NULIDAD. Efectos. TEORIA DE LOS FINES Y MOTIVOS. Auto de 15 de abril de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente número 1093. Actor: Sociedad Colombiana del Caribe S. A. —COLCARIBE S. A.—. 665

22. Instituto de Crédito Territorial. Resoluciones números 1660 de 9 de mayo de 1983 y 1782 de 13 de mayo de 1983, proferidas por la Gerencia General del INSCREDIAL. RENUNCIA. TESTIMONIO. Valor probatorio. Sentencia de 18 de abril de 1989. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: Doctor Miguel González Rodríguez. Expediente número R-083. Actor: Luis Ramón Castañeda Contreras. 670

23. Empresa Nacional de Telecomunicaciones TELECOM. Resolución número 03400-0606 de 11 de febrero de 1983. ACTO ADMINISTRATIVO. Motivación. DESVIACION DE PODER. Sentencia de 19 de abril de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Alvaro Lecompte Luna. Expediente número 1886. Actor: Carlos Adolfo Marsiglia Bettín. 680

24. Fondo Nacional Hospitalario. Resoluciones números 004 de 10 de febrero de 1984 y la 007 de 17 de abril de 1984, expedidas por la Junta Administradora del Fondo Nacional Hospitalario. DEMANDA. Contenido. CUANTIA. Sentencia de 20 de abril de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Gustavo de Greiff Restrepo. Expediente número 5442. Actor: Eduardo Bahamón Castilla. 688

25. Superintendencia Bancaria. Resoluciones números 5007 de 1985, artículos 1º y 3º y número 1016 de 1986. INDEBIDA ACUMULACION DE PRETENSIONES. Auto de 21 de abril de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor

Págs.

Guillermo Chahín Lizcano. Expediente número 0483. Actor: Banco de Crédito. 701

26. Caja Nacional de Previsión Social. Resoluciones números 2275 de 8 de agosto de 1977 de la Seccional especial de Cundinamarca de la Caja Nacional y la número 00912 de 8 de junio de 1978 de la Dirección General de la Caja Nacional de Previsión. PENSION DE JUBILACION. Régimen aplicable. Sentencia de 26 de abril de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Alvaro Lecompte Luna. Expediente número 804. Actora: Margarita Leonor Murcia viuda de Hernández y otros. 705

27. Fondo Aeronáutico Nacional. Resolución número 2183 de 9 de abril de 1985. SUSPENSION PROVISIONAL. SUSPENSION EN PREVENCION. ACTO ADMINISTRATIVO. ACTO PROCESAL. CONTRATO DE MANDATO. Auto de 27 de abril de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Gustavo de Greiff Restrepo. Expediente número 5371. Actor: Héctor Luis Gallo Santucho. 715

28. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución número 1119 de 1987. COADYUVANTE. Facultades. Auto de 4 de mayo de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente número 826. Actor: Ernesto Cavelier. 722

29. Superintendencia Bancaria. Oficio número 25815 y Resolución número 5157 de 16 de octubre de 1984. SUPERINTENDENCIA BANCARIA. COMPETENCIA. POLICIA ADMINISTRATIVA. ACTO ADMINISTRATIVO. Motivación. Sentencia de 5 de mayo de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejera ponente: Doctora Consuelo Sarria Olcos. Expediente número 0517. Actor: Pablo Michelsen Niño. 725

30. Empresa Nacional de Telecomunicaciones —TELECOM—. Resolución número 034000-55 de 21 de septiembre de 1982, expedida por el Presidente de TELECOM. CARRERA ADMINISTRATIVA. NOMBRAMIENTO EN OTRO CARGO. DERECHOS DEL ESCALAFONADO. Sentencia

Págs.

de 12 de mayo de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Alvaro Lecompte Luna. Expediente número 1778. Actor: Antonio José Martínez Magaña. 736

Salvamento de voto del Magistrado doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. 744

Reconstrucción. Sentencia de 28 de junio de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Alvaro Lecompte Luna. Expediente número 1778. Actor: Antonio José Martínez Magaña. 746

31. Caja Nacional de Previsión Social. Resoluciones sin número, por las cuales se le negó el derecho a disfrutar de una sustitución pensional. SUSTITUCION PENSIONAL. Sentencia de 15 de mayo de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera ponente: Doctora Clara Forero de Castro. Expediente número 642. Actor: José Guillermo Pinilla Pinilla. 748

Salvamento de voto de la Magistrada doctora Aydée Anzola Linares. 753

32. Comisión de la Mesa de la Cámara de Representantes. Resolución número 109 de 20 de julio de 1986. EMPLEADOS DEL CONGRESO. Estabilidad. Sentencia de 16 de mayo de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera ponente: Doctora Clara Forero de Castro. Expediente número 2497. Actor: Jairo López Morales. 755

33. Instituto de Seguros Sociales. Resolución número 00871 de 11 de marzo de 1983 del Director General del Instituto de Seguros Sociales. RETIRO DEL SERVICIO. ABANDONO DEL CARGO. Sentencia de 16 de mayo de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente número 1180. Actor: José Ricardo Pinzón Leal. 760

34. Comité de Clasificación de Películas. Resoluciones números 0434 de 16 de diciembre de 1988 y 019 de 10 de enero de 1989, del Comité de Clasificación de Películas y la número 0220 de 16 de enero de 1989 dictada por el señor Viceministro de Comunicaciones, por medio de

Págs.

las cuales se prohibió la exhibición pública en todo el territorio nacional, de la película "LA ULTIMA TENTACION DE CRISTO". COMITE DE CLASIFICACION DE PELICULAS. CINEMATOGRAFIA. SUSPENDE PROVISIONALMENTE. Auto de 19 de mayo de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente número 1170. Actor: Cinema Internacional Corporation Ltda. 764

35. Caja Nacional de Previsión Social. Peticiones de 5 de mayo de 1980 y el 25 de agosto de 1983. SUSTITUCION PENSIONAL. Oscilación. Sentencia de 23 de mayo de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera ponente: Doctora Clara Forero de Castro. Expediente número 1706. Actora: Inés y María Leticia Guerrero Estévez. 769

36. Fondo Nacional del Ahorro. Resoluciones números 01086 de 19 de agosto de 1987 y 01384 de 22 de octubre de 1987. CONTRATO DE DERECHO PRIVADO DE LA ADMINISTRACION. ACTO UNILATERAL. CONTROL JURISDICCIONAL. JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA. Auto de 11 de junio de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Gustavo de Greiff Restrepo. Expediente número 5401. Actor: Sociedad Construcciones e Inversiones Vélez V. Ltda. COINVE LTDA. 777

37. Empresa Nacional de Telecomunicaciones. Resolución número 01681 de 28 de febrero de 1985, emanada de la Presidencia de TELECOM. PENSION DE JUBILACION. Reconocimiento. Sentencia de 15 de junio de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera ponente: Doctora Clara Forero de Castro. Expediente número 3449. Actora: María Eunice Rincón de Millán. 781

38. Instituto Colombiano de la Reforma Agraria. Resoluciones números 04389 de 3 de diciembre de 1980 y 01475 de 6 de mayo de 1982, proferidas por el Gerente General del INCORA. INCORA. BALDIOS. ACCION DE REVISION. Sentencia de 16 de junio de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente número 3741. Actora: Nohemí Céspedes de Tejeiro. 787

39. Dirección de Impuestos Nacionales. Oficio número 28105 de 26 de octubre de 1984, emitido por la Subdirectora Jurídica de la Dirección

Págs.

de Impuestos Nacionales. IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS. Exención. DROGAS. Sentencia de 16 de junio de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Jaime Abella Zárate. Expediente número 1663. Actor: Omar Rodríguez Olaya. 829

40. Instituto Colombiano de la Reforma Agraria. Resolución número 1278 de 26 de octubre de 1982. SUSPENSION PROVISIONAL. Trámite. PRINCIPIO DE LA DOBLE INSTANCIA. Auto de 22 de junio de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente número 5715. Actor: Franz Luepke Liebscher. 836

41. Instituto Geográfico "Agustín Codazzi". Resolución número 497 de 13 de abril de 1978, proferida por el Director General del Instituto Geográfico. INSUBSISTENCIA. ACTO DISCRECIONAL. Sentencia de 21 de junio de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Alvaro Lecompte Luna. Expediente número 517 (7116). Actor: Ciro Enrique Rodríguez Arenas. ... 848

42. Corporación Nacional de Turismo. Acuerdo número 031 de 27 de julio de 1984, artículos 50, 51, 53, 54, 55, 56 y 57. Expedido por la Junta Directiva de la Corporación Nacional de Turismo. CORPORACION NACIONAL DE TURISMO. Facultades. REGLAMENTO. Noción. Auto de 22 de junio de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número 1124. Actor: Juan Manuel Arboleda Perdomo. ... 867

43. Instituto Colombiano de la Reforma Agraria. Resolución número 05913 de 1º de diciembre de 1983, proferida por el Gerente General del INCORA que revocó la Resolución número 0712 de 19 de julio de 1977, emanada de la Gerencia Regional del Proyecto Norte de Santander, mediante la cual se adjudicó un inmueble. INCORA. BALDIOS. Adjudicación. ACCION DE REVISION. CADUCIDAD. SENTENCIA. Motivación. Sentencia de 22 de junio de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente número 5255. Actora: Nelly Esther Castillo de Infante. 878

44. Dirección General de Aduanas. Acto administrativo de 21 de diciembre de 1987, proferido por el Subdirector Técnico, la Jefe de la

Págs.

División Legal y por el Jefe de la División de Valorización de la Dirección General de Aduanas y por el Subdirector de Protocolo del Ministerio de Relaciones Exteriores. DEMANDA. Ineptitud. COPIA DEL ACTO. Sentencia de 26 de junio de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente número 947. Actor: Juan Manuel Arboleda Perdomo. 908

45. Instituto Colombiano Agropecuario, ICA. Resolución número 1210 de 28 de julio de 1982. INSUBSISITENCIA. Sentencia de 28 de junio de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Alvaro Lecompte Luna. Expediente número 1520. Actor: Juan Pablo Hernández Jaramillo. 912

TITULO II

ORDEN METROPOLITANO

CAPITULO UNICO

ACTOS DE AUTORIDADES METROPOLITANAS

. . . . . .

1. Instituto Metropolitano de Valorización de Medellín. Resolución número 232 de 21 de junio de 1985. ACTO ADMINISTRATIVO. Determinación. ACTO DE TRAMITE. CONTRIBUCION DE VALORIZACION. Auto de 17 de marzo de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejera ponente: Doctora Consuelo Sarria Olcos. Expediente número 1980. Actor: Carlos Jaramillo Zuluaga. 923

2. Area Metropolitana de Bucaramanga. Acuerdo número 022 de 19 de mayo de 1983, proferido por la Junta Directiva del Area Metropolitana de Bucaramanga. JUNTA METROPOLITANA. Facultades. REGLAMENTO DE POLICIA. Sentencia de 2 de mayo de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número 883. Actor: Alfonso Gómez Castaño. 929

3. Instituto Metropolitano de Valorización de Medellín "INVAL". Resolución número 232 de 21 de junio de 1985, expedida por la Junta Di-

Págs.

rectiva de INVAL. CONTRIBUCION DE VALORIZACION. ACTO ADMINISTRATIVO. Auto de 5 de mayo de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejera ponente: Doctora Consuelo Sarria Olcos. Expediente número 0093. Actor: Ignacio Mejía Velásquez. 936

Salvamento de voto del doctor Carmelo Martínez Conn. 941

TITULO III

ORDEN DEPARTAMENTAL

CAPITULO I

ASAMBLEAS DEPARTAMENTALES

1. Asamblea Departamental del Cesar. Ordenanza número 024 de 30 de noviembre de 1984. Sentencia de 3 de marzo de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente número 633. Actor: Carlos Rodolfo Ortega Montero. 945

2. Asamblea Departamental del Cauca. Ordenanza número 040 de 1987. Auto de 2 de mayo de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja. Expediente número 1022. Actor: Pablo J. Cáceres Corrales. 951

CAPITULO II

ACTOS DEL GOBERNADOR

1. Gobernación del Departamento del Tolima. Decreto número 0716 de 31 de mayo de 1984. Sentencia de 17 de enero de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número 559. Actor: Lubin Piedrahita Gutiérrez. 965

Págs.

2. Gobernación del Departamento de Cundinamarca. Decretos números 058 de 31 de mayo de 1982 y 0980 de 1º de junio de 1982. Sentencia de 15 de marzo de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Alvaro Lecompte Luna. Expediente número 895 (12257). Actor: Luis Bernardo Castro Garzón. 971

3. Gobernación del Departamento del Quindío. Acuerdo número 001 de 7 de febrero de 1985. Sentencia de 5 de mayo de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente número 2506. Actor: José Jesús Laverde Ospina. 979

4. Gobernación de Cundinamarca. Decreto número 2769 de 1982, artículo 3º. Sentencia de 16 de mayo de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera ponente: Doctora Aydée Anzola Linares. Expediente número 3351. Actor: Víctor Julio Correa Forero. 985

5. Gobernación del Deparatmento del Quindío. Presupuesto para CAPREQUINDIO, expedido el 11 de enero de 1989. Auto de 14 de junio de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente número 1164. Actor: José Jesús Laverde Ospina. 994

CAPITULO III

ACTOS ADMINISTRATIVOS DE OTRAS AUTORIDADES DEL ORDEN DEPARTAMENTAL

1. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo. Acuerdo número 035 de 28 de septiembre de 1988. SUSPENSION PROVISIONAL. DIRECCION SECCIONAL DE INSTRUCCION CRIMINAL. Facultades. Auto de 27 de enero de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja. Expediente número 1058. Actor: Jair Gabriel Fonseca. 999

2. Universidad de Córdoba. Resolución número 634 de 13 de marzo de 1986. JURISDICCION CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA. JURISDICCION ORDINARIA. Sentencia de 20 de febrero de 1989. Sala de lo

Págs.

Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Alvaro Lecompte Luna. Expediente número 2598. Actor: Luis Eduardo Alvarino Narváez. 1003

3. Instituto de Seguros Sociales de Antioquia. Resolución número 1021 de 9 de mayo de 1980, expedida por el Gerente Seccional del Instituto de Seguros Sociales de Antioquia. PENSION DE JUBILACION. Incompatibilidad. Sentencia de 1º de marzo de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera ponente: Doctora Clara Forero de Castro. Expediente número 602. Actor: Javier Gutiérrez Ramírez. 1013

4. Empresas Municipales de Cali, EMCALI. Resolución número 010 de 1987, artículos 1º y 2º, expedida por la Junta Directiva de EMCALI. CONTRATO DE OBRA PUBLICA. EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI. CODIGO FISCAL DE CALI. LICITACION. ADJUDICACION DEL CONTRATO. Auto de 6 de abril de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Carlos Ramírez Arcila. Expediente número 5527. Actor: Carlos E. Campillo P. 1022

5. Servicio de Salud de Bogotá. Resoluciones sin número, en las cuales se impuso multa al actor por violación del artículo 1º del Decreto Distrital 165 de 1980. SERVICIO SECCIONAL DE SALUD. LEGITIMACION POR PASIVA. Sentencia de 12 de abril de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente número 1009. Actor: Jaime Forero Rincón. 1036

6. Servicio Seccional de Salud de Risaralda. Resolución número 0732 de 29 de julio de 1986. MEDIOS DE POLICIA. MEDIDA SANITARIA. SANCIONES. SALUBRIDAD PUBLICA. Sentencia de 13 de abril de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número 731. Actor: Sociedad Indaco Ltda. 1043

... ...

7. Electrificadora de Boyacá S. A. Artículo II, inciso 2º, de la reforma estatutaria de la Empresa Electrificadora de Boyacá y artículos 39 y 43 de la misma reforma y la Resolución número 09884 de 17 de diciembre de 1984, por la cual la Superintendencia de Sociedades

Págs.

aprobó aquella reforma. EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO. EMPLEADO OFICIAL. Clasificación. EMPLEADO PUBLICO. Sentencia de 19 de abril de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente número 490-10211. Actor: Ignacio Reyes Posada y otros. 1066

8. Servicio Seccional de Salud del Magdalena. Resolución número 683 de 15 de julio de 1974, expedida por el Jefe del Servicio Seccional de Salud del Magdalena. PERSONERIA SUSTANTIVA. SERVICIO SECCIONAL DE SALUD. DESVIACION DE PODER. Sentencia de 19 de abril de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Alvaro Lecompte Luna. Expediente número 2504. Actor: Lázaro Vanstrahlen Guzmán. 1075

Aclaración de voto del doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. 1095

9. Lotería de Cundinamarca. Resolución número 228 de noviembre de 1984. EMPLEADO PUBLICO. Estabilidad. Sentencia de 19 de abril de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera ponente: Doctora Clara Forero de Castro. Expediente número 3594. Actor: Luis Andrés Sáenz Martínez. 1096

10. Universidad de Córdoba. Resoluciones número 366 de 6 de junio de 1985, dictada por el Rector de la Universidad de Córdoba, y la número 495 de 5 de agosto de 1985. REVOCACION DIRECTA DEL ACTO. Sentencia de 19 de abril de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Alvaro Lecompte Luna. Expediente número 2637. Actores: Hugo Iguarán Cotes y otro. 1099

11. Universidad del Quindío. Memorando General número 1527 de 14 de mayo de 1984, Oficio número 106-2634 de diciembre 10 de 1984 y Oficio número 603-2692 de diciembre 13 de 1984, emanados de la Secretaría General de la Universidad del Quindío. ACTO ADMINISTRATIVO. Determinación. Sentencia de 21 de abril de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Alvaro Lecompte Luna. Expediente número 699. Actor: Juan Bautista Flórez Moreno. 1121

12. Consejo Seccional de la Carrera Judicial de Pasto. Acuerdo número 42 de 6 de octubre de 1988, Opción 1. Acuerdo número 19 de 19 de

Págs.

octubre de 1988, Opción 1. SUSPENSION PROVISIONAL EN PREVENCION. Auto de 4 de mayo de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Alvaro Lecompte Luna. Expediente número 4231. Actor: Javier Ojeda Jurado y otros. 1131

13. Servicio Seccional de Salud de Córdoba. Resoluciones números 1484 y 1485 de 10 de julio de 1985, expedidas por el Jefe del Servicio Seccional de Salud de Córdoba. EMPLEADOS DEL SERVICIO SECCIONAL DE SALUD. SERVICIO SECCIONAL DE SALUD. Sentencia de 17 de mayo de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente número 2673. Actora: Ibeth Stella David Zabala. 1136

14. Consejo Superior de la Universidad del Cauca. Acuerdo número 36 de 15 de julio de 1985. DOCENTES DE CATEDRA. ESCALAFON DOCENTE. Sentencia de 1º de junio de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente número 2031. Actor: Luis Andrade Ríos. 1142

15. Caja Departamental de Previsión Social del Quindío. Acuerdo Mensual de Gastos para el mes de octubre de 1988. ACTO DE EJECUCION. Auto de 29 de junio de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja. Expediente número 1119. Actor: José Jesús Laverde Ospina. 1147

Aclaración de voto del doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja. 1150

TITULO IV

ORDEN MUNICIPAL

CAPITULO I

CONCEJOS MUNICIPALES

1. Concejo Municipal de Cartagena. Artículo 3º. Acuerdo número 29 de 7 de diciembre de 1982. Auto de 20 de enero de 1989. Sala de lo Con-

Págs.

tencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Jaime Abella Zárate. Expediente número 0384. Actora: Rosa Ignacia Martínez de Vergara. 1155

2. Concejo Municipal de Purificación. Acuerdo número 008 de 1983. Sentencia de 28 de enero de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número 724. Actor: Luis Angel Martínez Sendoya. 1159

3. Concejo Municipal de El Cerrito. Acuerdo número 020 de 5 de septiembre de 1985. Sentencia de 14 de febrero de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja. Expediente número 321. Actor: Griceldino Reyes Triana. 1168

4. Concejo Municipal de Pereira. Artículos 3º, 4º y 6º. Acuerdo número 110 de 7 de diciembre de 1987. Auto de 11 de febrero de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número 870. Actor: Manuel Gonzalo Mesa Toro. 1180

5. Concejo Municipal de Ibagué. Artículo 5º. Acuerdo número 048 de 6 de mayo de 1987. Artículo 12. Acuerdo número 060 de 29 de julio de 1987. Auto de 3 de marzo de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejera ponente: Doctora Consuelo Sarria Olcos. Expediente número 2054. Actor: Corporación Autónoma Regional del TOLIMA "CORTOLIMA". 1189

6. Concejo Municipal de Villavicencio. Artículos 1º, 2º y 4º. Acuerdo número 106 de 28 de noviembre de 1987. Auto de 17 de marzo de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera ponente: Doctora Clara Forero de Castro. Expediente número 3914. Actor: Fabio Bonilla Fernández. 1194

7. Concejo Municipal de Cartagena. Acuerdos números 42 de diciembre de 1986 y 4 de 2 de marzo de 1987. Auto de 3 de mayo de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Carmelo Martínez Conn. Expediente número 1974. Actor: Alcides Arrieta Meza. 1200

Págs.

8. Concejo Municipal de Tuluá. Artículo 2º. Acuerdo número 36 de 1975 y el Código 108, literal B) Acuerdo número 01 de 1987. Código 103, literal B) del Acuerdo número 01 de 1987 y el artículo 1º del Decreto 063 de 1977 de la Alcaldía del mismo Municipio. Auto de 19 de mayo de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Guillermo Chahín Lizcano. Expediente número 2475. Actor: Marco A. Moreira. 1205

9. Concejo Municipal de los Patios (N. de Santander). Acuerdo número 19 de 24 de noviembre de 1988. Auto de 26 de junio de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja. Expediente número 1166. Actor: Francisco Jordán Peñaranda. 1209

10. Concejo de Medellín. Acuerdo número 39 de 21 de septiembre de 1981, artículo 8º con sus parágrafos 1º, 2º y 3º, e inciso 2º, por medio del cual se crea el establecimiento público Instituto Metropolitano de Valorización de Medellín "INVAL". CONTRALORIA MUNICIPAL. CONTROL FISCAL. ENTIDADES DESCENTRALIZADAS MUNICIPALES. Sentencia de 14 de junio de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja. Expediente número 84. Actor: Oscar J. Uribe Montoya. 1213

11. Concejo Municipal de Bucaramanga. Acuerdo número 057 de 21 de diciembre de 1985. Sentencia de 30 de junio de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Carmelo Martínez Conn. Expediente número 1870. Actor: Alfonso Gómez Castaño. 1220

CAPITULO II

ACTOS DEL CONCEJO DEL DISTRITO ESPECIAL DE BOGOTA

1. Concejo Distrital Especial de Bogotá. Acuerdo número 8 de 20 de mayo de 1987. Auto de 27 de enero de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Guiller-

Págs.

mo Benavides Melo. Expediente número 1044. Actor: José María Obando G. 1227

2. Concejo del Distrito Especial de Bogotá. Artículo 26. Acuerdo número 2 de 1980. Sentencia de 3 de marzo de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejera ponente: Doctora Consuelo Sarria Olcos. Expediente número 0435. Actor: Rafael Emiro Soto Pinedo. 1233

Salvamento de voto del doctor Carmelo Martínez Conn. 1239

3. Concejo del Distrito Especial de Bogotá. Artículo 22, Código 206. Acuerdo Distrital número 21 de 1983. Auto de 12 de mayo de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Jaime Abella Zárate. Expediente número 2458. Actor: Salomón Gómez López. 1241

CAPITULO III

ACTOS DE LOS ALCALDES

1. Alcalde de Chiquinquirá. Decretos números 002 de 30 de enero de 1987 y 005 de 11 de febrero de 1987. Auto de 3 de febrero de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente número 3659. Actor: Luis Fernando Heredia Rojas. 1247

2. Alcalde Municipal de Piedecuesta. Acto contenido en el Acta de adjudicación número 001 de 12 de agosto de 1988. Auto de 27 de marzo de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente número 1135. Actor: Jorge William Sánchez Latorre. 1251

3. Alcalde Municipal de Valledupar. Decreto número 000188 de 30 de diciembre de 1987. Sentencia de 6 de abril de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente número 996. Actor: Luis Fabián Fernández Maestre. 1254

Págs.

4. Alcalde Municipal de Envigado. Resoluciones números 05 de 17 de mayo de 1985 y 012 de 29 de mayo de 1985. Sentencia de 14 de abril de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Jaime Abella Zárate. Expediente número 1737. Actor: Compañía Colombiana de Tejidos S. A. COLTEJER. 1261

5. Alcalde Municipal de Cunday. Decreto número 008 de 30 de marzo de 1985. Sentencia de 19 de abril de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera ponente: Doctora Clara Forero de Castro. Expediente número 2663. Actora: Dora Inés Alvarez Espinosa. 1266

6. Alcalde Mayor de Tunja. Resoluciones números 207 de 29 de mayo de 1988 y 100 de 12 de abril de 1988. Auto de 22 de junio de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número 1116. Actor: Transportes Los Muiscas S. A. 1271

CAPITULO IV

ACTOS DE OTRAS AUTORIDADES DEL ORDEN DISTRITAL

1. Universidad Distrital Francisco José de Caldas. Acto administrativo ficto, producido por el Rector de esa Universidad. Sentencia de 7 de marzo de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Alvaro Lecompte Luna. Expediente número 2171. Actor: Carlos Alberto Marín Ramírez. 1279

2. Junta Distrital de Hacienda. Resoluciones números 249 de 23 de marzo de 1982 y 815 de 5 de octubre de 1983. Sentencia de 14 de abril de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Jaime Abella Zárate. Expediente número 0422. Actor: Fundación Unidad de Orientación y Asistencia Materna. ... 1288

3. Junta Distrital de Hacienda. Resolución número 251 de 23 de marzo de 1982. Resoluciones 134 y 135 de 17 de marzo de 1981, proferidas por el Jefe de Industria y Comercio de la Dirección de Impuestos del

Págs.

Distrito Especial de Bogotá. Sentencia de 12 de mayo de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Jaime Abella Zárate. Expediente número 0157. Actor: CRUMP Y CIA. 1292

4. Junta Distrital de Hacienda de Bogotá. Resoluciones números 1397 de 1981 y 181 de 1984. Sentencia de 19 de mayo de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Guillermo Chahín Lizcano. Expediente número 1821. Actor: Corporación Promotora de Medios de Comunicación Social "PROMEC". ... 1307

TITULO V

INDEMNIZACIONES

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

1. PERJUICIOS MORALES A HERMANOS. Sentencia de 26 de enero de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Carlos Ramírez Arcila. Expediente número 5274. Actores: Carlos Adán García y otros. 1315

2. TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO. DERECHOS DE AUTOR. JURISDICCION ORDINARIA. COMPETENCIA. ACCION DE REPARACION DIRECTA. JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA. Sentencia de 31 de enero de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente número 5284. Actor: Luis Eduardo Cuartas Galvis. 1332

3. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO. FALLA DEL SERVICIO POR OMISION. Sentencia de 7 de febrero de 1989. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: Doctor Miguel González Rodríguez. Expediente número S-067. Actores: Juan Evangelista Mesa Hernández y otros. 1345

Salvamento de voto del doctor Carmelo Martínez Conn. 1358
Salvamento de voto de la doctora Consuelo Sarria Olcos. 1360
Salvamento de voto de la doctora Clara Forero de Castro. 1365

Págs.

4. EMPRESA DE ENERGIA ELECTRICA DE BOGOTA. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. Sentencia de 13 de febrero de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Carlos Ramírez Arcila. Expediente número 4009. Actor: Alberto Pradilla Bermúdez. 1367

Aclaración de voto del doctor Carlos Ramírez Arcila. 1395

5. DEMANDA. Requisitos. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA. *JURA NOVIT CURIA*. ACCION DE REPARACION DIRECTA Y CUMPLIMIENTO. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO. FALLA DEL SERVICIO. RESPONSABILIDAD POR DAÑO ESPECIAL. RESPONSABILIDAD POR EXPROPIACION Y OCUPACION DE INMUEBLES. RESPONSABILIDAD POR RIESGO. PRINCIPIO DE IGUALDAD. PERJUICIOS. DAÑO EMERGENTE. LUCRO CESANTE. Sentencia de 20 de febrero de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Antonio José de Irisarri Restrepo. Expediente número 4655(97). Actor: Alfonso Sierra Velásquez. 1397

6. RESPONSABILIDAD POR EXPROPIACION Y OCUPACION DE INMUEBLES. EXPROPIACION. OCUPACION PERMANENTE DE INMUEBLE. VIA DE HECHO. Sentencia de 24 de febrero de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Carlos Ramírez Arcila. Expediente número 5286. Actor: Pedro José Silva Rodríguez. 1423

7. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. FALLA DEL SERVICIO. PERJUICIOS MATERIALES. Demostración. Sentencia de 27 de febrero de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Carlos Ramírez Arcila. Expediente número 5229. Actoras: Amanda Higuita de Arias y otros. 1442

8. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO. INCORA. Procedimiento agrario. OPERACION ADMINISTRATIVA. DERECHO DE ACCION. Naturaleza. Sentencia de 3 de marzo de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente número 2675. Actor: Rómulo Trujillo y Cía. S. C. Molino La María. 1467

FONDO ROTATORIO DEL MINISTERIO DE JUSTICIA
INDUSTRIA CARCELARIA

Esta obra se terminó de imprimir en la Editorial
"PARA LA LIBERTAD" en el mes de diciembre
de 1993.
Penicentral de Colombia

SANTAFE DE BOGOTA, D. C. - COLOMBIA